

UNIVERSIDAD DE SALAMANCA.



**“LOS DELITOS CONTRA LOS DERECHOS DE LOS CIUDADANOS  
EXTRANJEROS: CAMBIO DE PARADIGMA EN EL ESTATUTO DE LA LEY  
PENAL Y EN LOS MECANISMOS DE CONTROL”**

**Dirigida por:** Cristina Méndez Rodríguez - Laura Zúñiga Rodríguez

**Elaborada por:** Agustina Iglesias Skulj

DOCTORADO: PROBLEMAS ACTUALES DE DERECHO PENAL. BIENIO 2003-2005.  
DEPARTAMENTO: DERECHO PÚBLICO GENERAL  
ÁREA: DERECHO PENAL



A Ignacio Lewkowicz.



Agradecimientos:

A Eça y Martín, por la valentía y la consecuencia. A Ine y Martu, Edo Skulj y mis abuelos, por su apoyo incondicional, por comprender.

A mis amigos de Valsaín, por todo lo que aprendí, recuerdo y vivo cotidianamente.

A mis directoras, Laura Zúñiga y Cristina Méndez.

A mis compañeros de seminario, por darme ánimo, por aguantar mis humores, mi locura y mi desorden durante todos estos años. También a Isabel porque con sus historias me alegra las mañanas.

A Alberto Daunis, por su generosidad al compartir ideas conmigo, por su amistad.

A Rodrigo "Fomito" Cardozo, por sus cuidados, su inteligencia, su sensibilidad. A Emma Sunz, por su particular biografía.

A Branda, por la potencia y la libertad.

A todos aquellos que con amor me enseñaron que la distancia es sólo cuestión de perspectiva.



## ÍNDICE

ABREVIATURAS .....	11
INTRODUCCIÓN.....	13
CAPITULO 1. LA CRISIS DEL ESTADO SOCIAL: EL DERECHO FLEXIBLE. TERROR VACUIS: ¿PERSPECTIVA DEL VACÍO? .....	29
1.1. PLANTEAMIENTO.....	29
1.2. DESPLAZAMIENTO DEL CONTROL. FOUCAULT Y DELEUZE .....	33
1.2.a. El cambio institucional .....	41
1.3. EL CONTEXTO DE LA GLOBALIZACIÓN. EFECTOS SOBRE EL SISTEMA PENAL.....	46
1.3. a. Algunas consideraciones y efectos de la globalización.....	49
1.3.b. Las diferentes perspectivas de análisis del fenómeno global.....	54
1.4. ACTORES “GLOBALES” .....	59
1.5. LOS PROCESOS GLOBALES: 3 CONTRADICCIONES APARENTES: DE SOUSA SANTOS.....	64
1.5.a. Tensión entre lo local y lo global: cuatro formas de globalización.....	66
1.6. CONSECUENCIAS DE LOS PROCESOS GLOBALES EN EL ESTADO-NACIÓN .....	68
1.6. a. ¿Se trata de la creación de un nuevo espacio o de la redefinición de los ya existentes? Las políticas “glocales” .....	71
1.7. LA RELACIÓN CRÍTICA ENTRE ESTADO, SOBERANÍA, Y DERECHO .....	73
1.8. EL ORDEN IMPERIAL .....	82
1.9. LA LEGITIMACIÓN DEL IMPERIO.....	84
1.10. EL CONTRATO SOCIAL. ORDEN: PARADIGMAS MODERNO Y BIOPOLÍTICO .....	85
1.10. a. Los confines del contrato.....	94
1.10.b. Paisajes del Warfare.....	99
1.10. c. Comunicación del terror.....	105
1.10. d. Excedencia y movilidad: trabajo migrante .....	108
1.11. Los cánones modernos: La Ley penal y su legitimidad .....	111
1.12. CRÍTICA AL DISCURSO DE LA MODERNIDAD .....	121
1.12. a. Los efectos de la racionalidad instrumental moderna .....	123
1.13. REARTICULACIÓN DEL ORDEN: RIESGO Y VACÍO.....	127
1.13. a. El orden natural.....	128
1.13. b. ¿Qué progreso?.....	130
1.14. FRENTE AL CAOS.....	134
CAPITULO 2. TOPOGRAMA MÖBIUS: ANÁLISIS DEL CONTROL SOCIAL ACTUAL: DIFUMINACIÓN DE LAS FRONTERAS Y EXCEPCIÓN PERMANENTE.....	143
2.1. PLANTEAMIENTO.....	143
2.2. SOCIEDAD DEL RIESGO. MODERNIDAD REFLEXIVA.....	146
2.2.a. Riesgo moderno, opacidad tardía .....	156
2.2.b. El enfoque postmoderno de Jameson.....	158
2.2.c. El riesgo según Luhmann.....	160
2.3. EPISTEMOLOGÍA DEL RIESGO.....	162
2.3.a. Riesgo y decisión.....	164
2.3.b. La distribución del riesgo .....	167

2.3.c. Riesgo y fiabilidad .....	170
2.3.d. Prospect theory.....	172
2.3.e. Principio de tolerancia .....	172
2.3.f. Principio de precaución.....	173
2.3.g. Toma de postura.....	175
2.4. EL PARADIGMA DE LA PREVENCIÓN .....	181
2.4.a. ¿Derecho imperial?.....	183
2.4. b. La guerra como paradigma de control.....	187
2.5. LA EXCEPCIÓN .....	190
2.5.a. El estado de excepción en Schmitt .....	193
2.5.b. Anomia y decisión .....	198
2.5.c. El homo sacer .....	204
2.6. LA MILITARIZACIÓN DEL CONTROL SOCIAL.....	206
2.6.a. La “necesidad” del enemigo .....	211
2.7. CONTROL SOCIAL MÖBIUS .....	214
2.7.a. El sistema penal del Estado de bienestar .....	224
2.7.b. La erosión de los límites de los ámbitos público y privado .....	228
2.7.c. Seguridad acotada o de las criminologías de la vida cotidiana .....	234
2.8. LA PRODUCCIÓN DE ORDEN POSTFORDISTA. ....	241
2.8.A. EL ESTATUTO DE LA LEY PENAL .....	243
2.8.c. Las tendencias de la Política criminal .....	249
2.9. LA FRAGMENTACIÓN DEL DISCURSO .....	252
2.9.a. Las adjetivaciones de la “seguridad” .....	254
2.9.b. El terror como consenso político.....	257
CAPITULO 3. INMIGRACIÓN: GESTIÓN DE UN GRUPO DE RIESGO .....	263
3.1. PLANTEAMIENTO.....	263
3.2. LOS DISPOSITIVOS DE CONTROL DE LA INMIGRACIÓN IRREGULAR.....	267
3.2.a. Less Eligibility.....	274
3.2.b. Política criminal de la seguridad: la libertad “flexibilizada” .....	278
3.3. MIGRANTES: FENÓMENO GLOBAL/RIESGO GLOCAL .....	284
3.3. a. La irregularidad construida .....	286
3.3. b. Los mecanismos de gestión .....	296
3.3.b.1. Los centros de detención de inmigrantes.....	311
3.4. LA EXPULSIÓN. SEGREGACIÓN SELECTIVA .....	317
3.5. LA RACIONALIDAD TECNOCRÁTICA: LAS INMEDIACIONES PRODUCTIVAS DE LA GESTIÓN DEL RIESGO .....	333
CAPITULO 4. POLÍTICA CRIMINAL DEL ENEMIGO: LA LEY PENAL COMO REDEFINICIÓN DE LOS CONTORNOS DE LA EXCLUSIÓN .....	340
4.1. PLANTEAMIENTO.....	341
4.2. ¿DERECHO PENAL DEL ENEMIGO? .....	344
4.3. DE LA EXCEPCIÓN COMO ESTABILIZACIÓN NORMATIVA .....	348
4.4. NORMA Y DECISIÓN .....	357
4.5. FIDELIDAD VS. DESOBEDIENCIA .....	362
4.6. DESINTERMEDIACIÓN DEL DERECHO: EFICIENTISMO PENAL. DEL RIESGO DE CONTAMINACIÓN.....	367
4.7. NECESSITAS LEGEM NON HABET .....	373
4.8. LA DESPERSONALIZACIÓN.....	377
4.9. INEFICACIA NORMATIVA E INFIDELIDAD .....	387
4.10. RASGOS FENOTÍPICOS DEL “DERECHO PENAL DEL ENEMIGO” .....	397
4.11. LA PROTECCIÓN DE LA FUNCIONALIDAD .....	401



4.12. LA ALTERIDAD DEMONIZADA.....	413
4.13. LA CONSTRUCCIÓN SIMBÓLICA DE SIGNIFICADO .....	418
4.14 EL DECURSO DEL DISCURSO.....	430
<b>CAPÍTULO 5. PROPUESTA POLÍTICO CRIMINAL. EL BIEN JURÍDICO COMO LA BARRERA INFRANQUEABLE DE UN DERECHO PENAL DEMOCRÁTICO .....</b>	<b>437</b>
5.1. LAS NECESIDADES FUNCIONALES DE LAS SOCIEDADES COMPLEJAS.....	437
5.2. LA CARGA ARGUMENTATIVA DEL DERECHO.....	443
5.2.a. El subsistema del Derecho según Niklas Luhmann .....	444
5.2. b. La pena como reafirmación de expectativas .....	451
5.2.c. La fidelidad a la norma como categoría neutral.....	455
5.2. d. Los imperativos sistémicos: la “emergencia” ante los riesgos.....	465
5.3. DE LA LESIÓN DE UN BIEN A LA EXPRESIÓN DE SIGNIFICADO.....	471
5.3. a. Bien jurídico y función.....	473
5.3. b. La crisis argumentativa .....	477
5.4. EL PAPEL DE LAS INSTITUCIONES DEMOCRÁTICAS EN LA SOCIEDAD DEL RIESGO.....	481
5.4. a. La dimensión universalista de la razón práctica.....	482
5.4. b. El principio democrático de Habermas.....	488
5.4.c. El código jurídico.....	489
5.4. d. La ética procedimental del discurso.....	490
5.5. LOS ALCANCES DE LA “ÉTICA DEL DISCURSO” EN EL DERECHO PENAL .....	492
5.5.a. Postura de Günther. La integridad de la condición de partícipe de las interacciones sociales.....	493
5.5.b. Críticas a la teoría del discurso en el ámbito del Derecho penal .....	495
5.5.c. La propuesta de Feijóo Sánchez .....	496
5.5.d. El “principio democrático” de Díez Ripollés .....	498
5.5.e. “El método democrático” de Donini .....	499
5.6. ¿CONSENSO O TECNOLOGÍA SOCIAL? .....	501
5.7. EL BIEN JURÍDICO COMO ÁGORA: EL CARÁCTER DEMOCRÁTICO - VALORATIVO DE LA POLÍTICA CRIMINAL.....	505
5.8. ALGUNOS CRITERIOS DE RACIONALIDAD PARA LA RECUPERACIÓN DE LA ÚLTIMA RATIO .....	519
5.9. EL CONTENIDO MATERIAL DEL BIEN JURÍDICO .....	525
5.9. b. Las teorías constitucionalistas .....	528
5.9. c. Teorías sociológicas.....	533
5.9. d. Teorías eclécticas .....	539
5.9. e. Toma de postura.....	545
<b>CAPITULO 6. DERECHO PENAL SIMBÓLICO Y CONTROL DE LA EXCEDENCIA</b>	<b>549</b>
6.1 PLANTEAMIENTO.....	549
6.1.a. Excurso: La prohibición de exceso .....	554
6.2. LA “EXCLUSIVIDAD” DE LA CIUDADANÍA.....	558
6.2. b. La política migratoria en el seno de la Unión Europea.....	579
6.3. EL STATUS DE INMIGRANTE EN LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA Y SU REGULACIÓN A TRAVÉS DE LA LEY DE EXTRANJERÍA.....	589
6.5. INSTRUMENTALIZACIÓN DEL DERECHO PENAL POR LA POLÍTICA PUNITIVA SIMBÓLICA. DESMANTELAMIENTO DEL CONTENIDO LIBERAL GARANTISTA DEL BIEN JURÍDICO EN BUSCA DE OBEDIENCIA.....	600
6.5. a. El tipo penal: Artículo 318 bis CP .....	605
6.5. LOS CONCEPTOS DE TRÁFICO ILEGAL DE PERSONAS E INMIGRACIÓN CLANDESTINA	615
6.5.b. Análisis del bien jurídico del inciso primero del artículo 318 bis CP .....	624
6.5.c. La construcción artificial de la antijuridicidad material .....	644

6.5. c.1. Técnica legislativa.....	647
6.6. LOS PROBLEMAS DERIVADOS DE LA INEXISTENCIA DE BIEN JURÍDICO PENAL. POLÍTICA PUNITIVA DEL ENEMIGO.....	656
6.6. a. En los subtipos agravados del art. 318 bis CP .....	664
6.6.a.1. Con fines de explotación sexual.....	664
6.6.a.2. Ánimo de lucro o el empleo de determinados medios.....	668
6.6.a.3. Por la condición de autoridad o funcionario público del autor.....	670
6.6.a.4. Pertenencia a una organización o asociación.....	670
6.6. b. Problemas derivados de las situaciones concursales .....	671
6.6.b.1. Con el Artículo 313.1 CP.....	671
6.6. c. Las relaciones entre el artículo 54.b de la LOEx y el artículo 318 bis CP: poder comunicativo y poder administrativo.....	676
6.6.d. ¿Estado de la Seguridad? El carácter contingente de la última ratio .....	679
6.7. EL PROYECTO DE REFORMA DEL CÓDIGO PENAL.....	686
6.7.1. El contexto criminológico de la reforma .....	688
6.7.1.a. Deconstrucción del discurso trafiquista .....	693
6.7.2. El artículo 177 bis CP del Anteproyecto.....	695
CONCLUSIONES: .....	701
REFERENCIAS DE LA JURISPRUDENCIA UTILIZADA.....	709
BIBLIOGRAFÍA.....	712

## **ABREVIATURAS**

**AA.VV.** Autores Varios.  
**ACAIP** Sindicato de Prisiones  
**ACNUR** Alto Comisionado Naciones Unidas para Refugiados.  
**AENA** Aeropuertos Españoles y Navegación Aérea.  
**APDHA** Asociación pro Derechos Humanos de Andalucía.  
**ATC** Acuerdo del Tribunal Constitucional  
**BEPA** Bureau of European Public Advisers.  
**BOE** Boletín Oficial del Estado.  
**CE** Constitución Española.  
**CEAR** Comisión Española de Ayuda al Refugiado  
**CEPAL** Comisión Económica para América Latina y el Caribe.  
**CIDOB** Centro de Investigaciones Internacionales y Desarrollo  
**CIE** Centro de Internamiento de Extranjeros.  
**CP** Código Penal  
**DGIP** Dirección General de Instituciones Penitenciarias.  
**DGP** Dirección General de Policía  
**DOCE** Diario Oficial de las Comunidades Europeas.  
**DUDH** Declaración Universal de Derechos Humanos.  
**EURODAC** Reglamento (CE) núm. 2725/2000 del Consejo, de 11 de diciembre del 2000, relativo a la creación del sistema «Eurodac» para la comparación de las impresiones dactilares para la aplicación efectiva del Convenio de Dublín.  
**EUROPOL** European Police Office.  
**FGE** Fiscalía General del Estado  
**FISO** Frontex Intelligence Support Office  
**FMI** Fondo Monetario Internacional.  
**FNUP** Fondo de las Naciones Unidas para la Población.  
**FRONTEX** Agencia Europea para la Gestión de la Cooperación Operativa en las Fronteras Exteriores.  
**GBI** Guerra de Baja Intensidad.  
**GRECO** Programa Global de Coordinación de la Extranjería y la Inmigración.  
**L.O.** Ley Orgánica.  
**LIBE** Comisión de Libertades Civiles, Justicia e Interior.  
**LOEx** Ley Orgánica sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su integración social (LO 4/2000, modificada por LO 8/2000, por LO 11/2003 y 14/2003).  
**LOGP** Ley Orgánica General Penitenciaria.  
**OIM** Organización Internacional de Migraciones.  
**OIT** Organización Internacional del Trabajo.  
**ONG** Organización no Gubernamental.  
**ONU** Organización de Naciones Unidas.  
**ORG** Organización.  
**PBI** Producto Bruto Interno  
**PIDCP** Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos  
**PNUD** Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo  
**R.D.** Real Decreto.  
**REDILE** Reglamento de Ejecución de la Ley de Extranjería.  
**RJAP y PAC** Ley 30/1992 Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común.

**SAP** Sentencia Audiencia Provincial.  
**SIS** Sistema de Información Schengen.  
**SIVE** Servicio Integrado de Vigilancia Exterior.  
**STC** Sentencia Tribunal Constitucional.  
**STDH** Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.  
**STS** Sentencia Tribunal Supremo.  
**TEDH** Tribunal Europeo de Derechos Humanos.  
**UNICEF** United Nations Children`s Fund.

## INTRODUCCIÓN

Los vectores de análisis trazados por la ciencia del Derecho Penal a partir de fines de la década de los años noventa del siglo pasado encontraron en la teoría de la *sociedad del riesgo* una plataforma epistemológica a partir de la cual estructurar el análisis de los cambios que se estaban produciendo en las legislaciones penales en distintas latitudes. Esta metodología permitió que durante algunos años el debate discurriera sobre las condiciones de posibilidad de desarrollar herramientas epistemológicas y sistemáticas que permitieran a nuestra ciencia, en principio, contemplar nuevos fenómenos y la pretensión de encontrar respuestas garantistas frente a lo que se denominó “la expansión del Derecho Penal”. En esta categoría lograron amalgamarse materias de diversa embergadura, con diversas implicaciones y explicaciones de los actores involucrados, de las novedosas regulaciones, de las materias, de los objetos y de las circunstancias.

En este sentido, el trabajo pionero en el ámbito español del Profesor Silva Sánchez *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales* que retomaba la tesis de la *sociedad del riesgo* de Ulrich Beck –que por cierto llevaba más de una década de existencia y evolución- con el fin de realizar un planteamiento novedoso para explicar los devenires de la política criminal y el aumento de la intervención penal en los conflictos que se daban a nivel social y global. Tomando como premisas del análisis las mutaciones que se producían en la entidad de los conflictos -cuya complejidad creciente tornaba cada vez más difícil la adecuación con los principios del Derecho penal moderno- postuló un Derecho Penal de tres velocidades. Esta propuesta, retomó los estudios previos de Winfried Hassemer que postulaba un *Derecho penal de intervención* más flexible respecto de la rigidez de las garantías del Derecho penal con el objetivo de poder contemplar nuevos fenómenos.

En estos últimos años la proliferación de trabajos, investigaciones, artículos y monografías respecto del *Derecho Penal del riesgo* fue realmente impresionante. Los trabajos buscaban formas de lograr sistematizaciones y análisis coherentes para el interrogante de si el Derecho Penal era capaz de atender, sin erosionar sus pilares ni renunciar a sus postulados, a esta nueva realidad. En efecto, se observaba claramente la *expansión* de legislaciones penales a esferas que en otros momentos estaban reservadas al ámbito administrativo. Ello dio lugar a la crítica de la *administrativización* del Derecho Penal, es decir, un Derecho Penal que era menos rígido, menos garantista y que buscaba la eficacia mediante la incorporación de criterios que pertenecían a otras ramas del ordenamiento. Hasta aquí tenemos tres características del Derecho Penal actual: *expansivo, administrativoizado y simbólico*. Así las cosas, este trabajo de investigación emerge de los cuestionamientos, análisis y, fundamentalmente, de la crisis del Derecho Penal respecto de sus postulados de organización modernos. Las

preguntas que surgen frente a este panorama son múltiples y diversas, no sólo si el Derecho Penal es capaz de responder a la multiplicidad de los fenómenos a los que, aparentemente, se siente llamado, sino de hecho, por qué lo hace. Más concretamente, por qué la ciencia del Derecho Penal *problematiza* de esta y no de otra forma, *la sociedad del riesgo* y las mutaciones que ésta implica.

Con *problematización* queremos hacer referencia a las formas epistemológicas y analíticas con las cuales se traza un campo de investigación y de intervención en la realidad. En este sentido, al ir estudiando los trabajos dogmáticos y político-criminales encontrábamos que había un obstáculo de partida. Este obstáculo, de carácter epistemológico, radicaba en la *problematización*. En efecto, los puntos de partida que daban lugar a las hipótesis de investigación y los resultados alcanzados, desde nuestro punto de vista, resultaban insuficientes para explicar las novedosas semióticas y gramáticas adquiridas por el control social en sus derroteros actuales. Estimábamos, en el momento inicial del proyecto de esta investigación, que quedaban fuera una serie de vectores que darían por resultado otra *problematización*. Es decir, si lográbamos conjugar otros factores, otras epistemologías y otros puntos de vista respecto de la *expansión* del Derecho Penal podríamos introducir nuevos interrogantes y por supuesto, otras metodologías que considerábamos más adecuadas para intentar responder por qué el sistema penal se *expandía* crecientemente.

Desde nuestro punto de vista, la noción de riesgo se inscribe en el desarrollo mismo de la gubernamentalidad liberal, donde la producción de bienes lleva aparejada también la producción de males. Sin embargo, en este punto la tesis de la *sociedad del riesgo* debe ser matizada. Beck define el riesgo como un evento peligroso que desafía la capacidad política de gestión y de previsión, mientras que desde nuestro punto de vista, el riesgo es un modulador de las tecnologías de poder. Hablar de “sociedad del riesgo” en este último sentido implica necesariamente entenderla como una sociedad gobernada a través del riesgo como dispositivo.<sup>1</sup>

No se trata entonces de una *problematización* estructurada en función de si el Derecho Penal moderno sería capaz de atender a las demandas de una sociedad crecientemente compleja, sino que la cuestión reside en cambiar el punto de partida de esa *problematización*. No nos eran suficientes las respuestas elaboradas por la doctrina hasta el momento, y por ello apostamos por una genealogía de la noción de riesgo que intenta responder al interrogante de qué sucede con el *estatuto de la ley penal* en la postmodernidad. Esta *problematización* nos remite necesariamente a estudiar el tendencial declive del Estado Nación en un contexto de globalización, asimismo, entender que nos encontramos en una transición, es decir que se agotan las formas antiguas, pero no contamos todavía

---

<sup>1</sup> La matización que hacemos de la tesis de Beck es retomada del trabajo de San Martín Segura, D., “*El riesgo como dispositivo de gobierno*”, en Brandariz García, J.A., /Fernández de Rota, A., /González, R., *La globalización en crisis. Gubernamentalidad, control y política de movimiento*, Universidad Libre Experimental- Universidad Invisível, Málaga, 2009, págs. 51-68.

con formas acabadas en las cuales anclar el análisis. Lo importante es habitar la transición e intentar trazar líneas de fuga a partir de las cuales producir agenciamientos que enriquezcan el análisis respecto de las derivas del control en la postmodernidad.

Lo anterior se enmarca dentro del pasaje de la sociedad disciplinaria analizada por Michel Foucault a la sociedad de control descrita por Gilles Deleuze; ya que el riesgo es un dispositivo que corresponde tanto a una como a otra forma de sociedad. En este sentido, se trata de tomar al riesgo como herramienta epistemológica y metodológica que permite rastrear las modulaciones que ha ido sufriendo el control social. Con esta premisa habremos de convocar al análisis condiciones de tipo económico, otras relativas a los discursos (saber-poder) y, *last but not least*, las mutaciones producidas en el estatuto de la ley penal.

El primero de los análisis reside en visualizar que desde inicios de la década de los 80 se produce la emergencia de una nueva forma de división del trabajo, basada en la globalización de la producción que ha tenido por epicentro las empresas transnacionales, gradualmente convertidas en los actores centrales de la nueva configuración económica. El modelo de la empresa red o transnacional, la disgregación del proceso productivo según cálculos de beneficio frente a costes laborales, impositivos o energéticos, la desconcentración y flexibilización de la mano de obra, se convierten en el medio idóneo en el cual el capital, necesitado de continuar con el ciclo de inversión y fluidez, impone como condiciones la amortización dinámica de las inversiones en tecnología. Todas estas medidas se adoptan en función de asumir la escala global del mercado, dado que lo nacional o regional no resulta suficiente para absorber la diversidad requerida para la producción de bienes y servicios, que crecen geométricamente.

Según Beck, este es un sistema mundial lleno “de facilidades para las empresas cuyo anhelo es un mercado único sin reglas ni barreras, donde la economía que actúa a nivel global socava los cimientos de las economías nacionales y de los Estados nacionales, lo cual desencadena, a su vez, una subpolitización de alcance completamente nuevo y de consecuencias imprevisibles. Se trata en definitiva, de la liberación del capitalismo transnacional respecto de los *corsés del trabajo y del Estado*. Pretenden, en definitiva, dismantelar el aparato y las tareas estatales con vistas a la realización de la utopía del anarquismo mercantil del Estado mínimo.”<sup>2</sup>

En efecto, el triunfo de este modelo productivo reside en la posibilidad de contar con fuerza de trabajo flexible y móvil para controlar el mercado de trabajo *interno*. También depende en gran medida de los acuerdos empresariales multinacionales para exigir a los Estados más infraestructuras, más subvenciones, mayor flexibilización laboral y menos impuestos “so pena de retirar las

---

<sup>2</sup> Beck, U., *¿Qué es la globalización? Falacias del globalismo, respuestas a la globalización*, Paidós, Barcelona, 1998, pág. 14.

inversiones, así como la deslocalización y destemporalización de las tareas productivas de forma que se pueda producir, vivir, vender, invertir y pagar impuestos en sitios diferentes, según convenga.”<sup>3</sup>

Desde nuestro punto de vista, aquella situación se deriva, en el ámbito internacional, de la ideología neoliberal que se ha extendido a través de los planes de ajuste estructural del Fondo Monetario Internacional y el Banco Mundial, bajo el “Consenso de Washington.” Esta ideología se basa en la liberalización y desregulación de los mercados, al desmantelamiento de los servicios sociales -ya precarios de por sí- en los países menos desarrollados. Como señala De Sousa Santos, aquel consenso neoliberal definió el papel de las políticas de desarrollo, y en particular limitó el papel que habría de jugar el Estado en el ámbito económico.<sup>4</sup> Todo este proceso está guiado por una idea fuerza, que consiste en la afirmación de que nos encontramos frente a un período en el cual las diferencias políticas han desaparecido. Asimismo, los conflictos que se gestan en la tensión entre el capital y el trabajo, en la era postfordista, se darán de manera tendencialmente desinstitucionalizada, sin que ello genere algún tipo de inestabilidad.<sup>5</sup>

Los países poderosos, a través de distintos mecanismos (intervención selectiva, manipulación de la ayuda internacional, control a través de la deuda externa) pretenden tener los focos de inestabilidad bajo control. Los conflictos de la era postfordista están deviniendo desinstitucionalizados, mientras la clase trabajadora se ha fragmentado y nuevos consensos están emergiendo, pero esta vez, en ámbitos menos institucionalizados y menos corporativos.<sup>6</sup>

En este contexto, se inaugura un espacio en el cual el trabajo migrante permite focalizar procesos de desestructuración del mercado de trabajo y de erosión de derechos que están muy lejos de afectar sólo a este grupo (postfordismo). Las mismas dinámicas están cargadas de implicaciones para las poblaciones de Europa y del resto de las naciones más o menos desarrolladas.

En consecuencia, hemos de investigar la forma en que se ubican los movimientos migratorios en las sociedades occidentales, ya que éstas pueden ser consideradas como un escenario caracterizado por la crisis de un modelo determinado de ciudadanía, que por medio del papel determinante y configurador que tenía el trabajo (fordismo), había encontrado su propia expresión en el Estado social y en los canales de integración activados por él.

---

<sup>3</sup> Bordas Martínez, J., *El terrorismo yihadista en la sociedad calidoscópica. (Aproximación criminológica al nuevo terrorismo del siglo XXI)*, Edisofer, Madrid, 2006, pág. 33.

<sup>4</sup> Sassen, S., *Una sociología de la globalización*, (trad. Rodil), Katz, Buenos Aires, 2007, págs. 192 ss; Klein, N., *The Shock Doctrine. The rise of disaster capitalism*, Metropolitan Books, New York, 2007, en especial págs. 252 ss.

<sup>5</sup> De Sousa Santos, B., “Los procesos de globalización”, en De Sousa Santos, B., *La caída del angelus novus: ensayos para una nueva teoría social y una nueva práctica política*, (introducción y notas de Rodríguez), ILSA, Bogotá, 2003, pág. 170.

<sup>6</sup> *Ibidem*, págs. 171 ss.



Bajo estas dinámicas de transformación, la figura del inmigrante sin permiso de residencia representa la figura simbólica de la exclusión; aparece como el cierre de un ciclo histórico de ampliación de la ciudadanía, al tiempo que simboliza la erosión de aquella categoría construida por el discurso moderno, es decir, del individuo como ciudadano.

En efecto, la figura del migrante y el control de los flujos migratorios permiten dar cuenta de las mutaciones que sufren los conceptos de soberanía, Estado y Derecho. Podemos referir a *lo actual* como un tiempo de transición del modelo de Estado que va abandonando tanto las estructuras como las epistemologías modernas; un *dejar de ser* imputable a la emergencia de otros órdenes discursivos, semióticos y de control no acabados, indefinidos.

La referencia a estos cambios paradigmáticos busca obtener elementos que nos permitan analizar la puesta en crisis del paradigma de control ya que este trabajo se estructura en función de un análisis genealógico de la política criminal y del Derecho penal en sus derroteros actuales. A partir del trazado de este horizonte de proyección la pregunta por la potencia punitiva a manos de Leviatán deviene ineludible, de modo que al referirnos a los cambios en el Estado estaremos convocando a otros ámbitos de análisis que nos servirán para trazar una línea investigadora que nos lleve de lo general a lo particular.

Así, el presente trabajo se organiza en torno de la respuesta penal frente al delito de tráfico de personas y la inmigración clandestina dispuesta en el art. 318 bis CP. Si bien esta norma ha sido objeto de profusos trabajos y análisis, nosotros proponemos otra perspectiva de investigación. En este sentido, la *protección de los derechos de los ciudadanos extranjeros* abre la posibilidad de múltiples planteamientos, ya que se dirige a la regulación de un fenómeno paradigmático, complejo y actual.

En consecuencia, hemos decidido cartografiar el control de los flujos migratorios, en especial, la subjetividad que lo encarna: el inmigrante irregular, porque ella nos permite rastrear los contornos de los nuevos confines que van siendo trazados por la diada inclusión/exclusión, que va diluyéndose en la transición hacia una nueva inscripción de la soberanía. Esta premisa epistemológica nos orienta para no caer en la trampa de seguir pensando e investigando el ejercicio de la potencia punitiva en el contexto de un orden reificado en Estado-nación moderno, ya que quedaría excluida la posibilidad misma de este planteamiento, esto es, la ambigüedad, la fluidez, el desorden propios de nuestra época que, en el ámbito de la política criminal y el Derecho penal, originan un cambio de paradigma que abre el espacio para la deconstrucción del discurso con que hasta ahora habían sido organizados.

En este sentido, los procesos globalizadores, el surgimiento de nuevos actores económicos, políticos y sociales, las nuevas formas de trabajo y producción inmaterial, configuran las premisas para comprender tanto la crisis que sufren los “interiores” de los centros disciplinarios, como las nuevas formas en que se ejerce el control. Para ello llevaremos a cabo la crítica del discurso de la

modernidad - remontada a partir del estudio de la categoría epistemológica de riesgo-, y serán analizados los conceptos de ley y de causalidad sobre los que descansa el paradigma de la modernidad y su institucionalización en la forma Estado-nación. En la sociedad del riesgo, la incertidumbre, lo incalculable, diseñan un espacio ilimitado que produce el declive del paradigma de la causalidad, concomitantemente con el de la hegemonía de la legalidad.

Contemplar las características de la crisis del paradigma de la modernidad introduce los contornos para poder deconstruir las lógicas de sentido que producen subjetividades, dispositivos y discursos en la actualidad. Con base en ello, el presente trabajo pretende transitar el desplazamiento del sistema fordista al postfordista para explicar las rearticulaciones de la soberanía y de la legitimidad que ella misma produce, es decir, analizar los nuevos escenarios que modifican el concepto de orden y la forma en la cual éste inaugura formas de control y dispositivos subjetivos para su cristalización. En este sentido, los atentados contra la legitimidad y las consecuencias de la quiebra del principio de causalidad, transpolados al ámbito de la política criminal, se expresan en una tendencia expansiva e inflacionaria que pone en entredicho al Derecho penal liberal en sus bases, debate que determina el acotamiento de la multiplicidad y complejidad del fenómeno a una mera contraevaluación de la eficiencia y las garantías, velando todas las demás cuestiones que necesariamente forman parte de él.

En virtud de ello, nosotros produciremos la crítica de este contexto presentándolo como un cambio en el estatuto de la ley penal, debido a que en el diseño de las estrategias de control el Estado postmoderno reconduce lo indeterminable a lo que siempre ha sido susceptible de ser controlado: la producción del sujeto delincuente.

Con base en esta hipótesis, el capítulo uno comienza con el análisis del cambio de paradigma de las sociedades disciplinarias a las sociedades de control. El pasaje de la disciplina al control se explica por el cambio en la dimensión espacio-temporal de la modificación postmoderna de las estructuras productivas; en la época fordista, la temporalidad podía medirse en función de ley *valor-trabajo*, que se oponía al tiempo de trabajo vivo para calcular el valor productivo del capital. Por el contrario, el postfordismo se caracteriza por un cambio en la medida y el valor de la temporalidad, ya que ésta no puede ser totalmente encerrada, discriminada, limitada; la nueva "fuerza" de trabajo se caracteriza por la producción inmaterial, intelectual y afectiva constante que produce la tendencial identificación del "tiempo de trabajo" con el "tiempo de vida." En este tránsito, un nuevo paradigma de poder se realiza, el cual es definido por las tecnologías, al reconocer a la sociedad como el terreno del biopoder.

Mientras que en la sociedad disciplinaria los efectos de las tecnologías biopolíticas eran aún parciales, en el sentido de que la ejecución de las normas se hacía según una lógica relativamente cerrada, geométrica y cuantitativa, en la sociedad de control el poder desciende hasta centros vitales de la estructura

social y de sus procesos de desarrollo. Esto repercute en la forma como reacciona la sociedad, y lo hace como un único cuerpo: es por ello que se establece una relación abierta, cualitativa y afectiva. El poder se expresa así como un control que invade las profundidades de las consciencias, de los cuerpos de la población y que se extiende, al mismo tiempo, a través de las relaciones sociales.

Para investigar estas mutaciones subjetivas e institucionales retomaremos la hipótesis básica que desarrollan Michael Hardt y Antonio Negri, que consiste en que la soberanía ha adquirido una forma nueva, compuesta por una serie de organismos nacionales, supranacionales y extranacionales unidos por una lógica común de dominio. Esta nueva forma global de soberanía es a la que llaman Imperio.<sup>7</sup> El punto de partida está constituido por una nueva noción de Derecho o, más bien una nueva inscripción de la autoridad y un nuevo diseño de la producción de normas e instrumentos legales de coerción para afrontar los conflictos.

Indagamos respecto del estatuto de la soberanía en la globalización porque, según nuestra hipótesis, el ejercicio de la potencia punitiva se despliega en esta época como un símbolo de la legitimidad del nuevo poder, que se basa en la eficacia que le exige el mantenimiento del nuevo orden. En este contexto asistimos a una fase genésica del poder y de su rearticulación, en la cual las funciones se conciben principalmente desde las relaciones de fuerza, antes que desde el punto de vista de síntesis de los conflictos, para, de esta manera, lograr una administración total de lo social que a la postre producirá una rearticulación de los criterios de inclusión/exclusión. Sin embargo, este binomio ya no puede configurarse de forma secante; por el contrario, a partir de las tácticas de la gestión para el control postmoderno de los flujos estas categorías se complejizan e indeterminan tornando imposible una discriminación entre ellas.

Sin duda, es inherente a los movimientos globalizadores la reproducción de supuestos de legitimidad que, desde la Revolución Francesa, se han incorporado al Estado nacional. Eso es predicable en tanto se comprenda que, interna como externamente, los tipos de dominio económico no pueden sucederse en el tiempo en tanto no estén vinculados a una determinada organización política, asentada en la reproducción de un discurso jurídico que la sostenga. En vistas a que el Estado nacional ya no puede subsistir como Estado de bienestar, el argumento decisivo para servir de consenso sólo puede ser aquello que esté fuera de las perspectivas del Estado nacional, esto es, la eficacia del mercado como medio adecuado para la satisfacción de las necesidades, que todavía permanece subordinada a cánones modernos: la ciudadanía nacional.

Por otra parte, arrojada a la propia funcionalidad del mercado, la soberanía tiene que hacer descansar su legitimidad en razones de seguridad personal: amenazas y miedos a los cuerpos, posesiones y hábitats humanos que surgen de las actividades criminales, de la conducta antisocial y del terrorismo

---

<sup>7</sup> Hardt, M., /Negri, T., *Imperio*, (trad. Alcira Bixio), Paidós, Barcelona, 2002.

global, para expandir simbólicamente el Derecho imperial. En la rearticulación soberana del Estado nación, se conjugan y surgen potencias de poder fluido que redefinen sus propios límites, su capacidad operativa y funcional con tácticas de carácter policial.

Partiendo de las características analizadas de las mutaciones en la soberanía, el Estado, el Derecho y la racionalidad instrumental moderna que las impulsa, la investigación continúa en el capítulo segundo con el análisis de algunos de los presupuestos esgrimidos por la teoría de la sociedad del riesgo,<sup>8</sup> debido a que entendemos que ella puede proporcionarnos los andamiajes discursivos para desvelar la epistemología que organiza los discursos y estrategias que modulan el control social del Estado postmoderno en la transición de los procesos globalizadores. Una vez construidos esos horizontes epistemológicos, intentaremos desvelar las *aparentes paradojas* que exhiben las nuevas segmentaciones del contrato social postfordista, debido a que, a diferencia de la inseguridad surgida del mercado, la seguridad alternativa con la cual el Estado pretende restaurar la legitimidad que ha perdido, debe fortalecerse de manera artificial, o cuando menos, dramatizarse mucho a fin de aspirar a un volumen de temor oficial con entidad suficiente como para ocultar las inseguridades provocadas por el “progreso” económico.

Para ello, estructuramos el capítulo en función de la rearticulación de las estrategias de control que el nuevo orden impone y proponemos la categoría del Derecho flexible para hablar sobre las transformaciones en el estatuto de la ley penal. Así, es preciso analizar el devenir postmoderno del Estado que diseña tácticas de gobierno bajo la epistemología del riesgo e inaugura nuevas semióticas de legitimidad correspondientes con la rearticulación de la soberanía.

La ausencia de *exterior* que caracteriza a las formas actuales de soberanía revela un profundo dislocamiento de las formas institucionalizadas por el Estado nación, donde el problema del orden global se ha visto desplazado hacia el ámbito *interior* de lo policial. En este sentido, *la función de la excepción* es de suma importancia. Para poder controlar y dominar una situación es necesario conceder a la autoridad interviniente, por un lado, la capacidad de definir -en cada ocasión de manera excepcional- las demandas de intervención y, por otro, la capacidad de poner en marcha las fuerzas y los instrumentos que puedan aplicarse de diferentes maneras a la diversidad y a la pluralidad de las categorías que estén en crisis.

En virtud de ello, intentaremos desvelar los cambios que se están produciendo en los mecanismos y en las estrategias de control anclados en el quiebre epistemológico y político del paradigma analizado en el primer capítulo. Por ello, en los primeros epígrafes analizaremos las legislaciones promulgadas

---

<sup>8</sup> Beck, U. *La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad*, (trad. Navarro/Jiménez/Borrás), Paidós, Barcelona, 1998; *La sociedad del riesgo global* (trad. Alborés), Siglo XXI, Madrid, 2002; *La sociedad del riesgo mundial: en busca de la seguridad perdida*, (trad. Carbó), Paidós, Barcelona, 2008.

con base en la amenaza terrorista surgida de los atentados del 11 de septiembre en Nueva York, que modificó la forma jurídica y su legitimidad mediante la construcción de un enemigo.

En este punto, hemos de retomar la construcción schmittiana, la que, por un lado, excluye cualquier cuestionamiento de las causas del conflicto apelando al Estado de valores como máquina neutral y, por otro lado, postulando la guerra como la consecuencia insoslayable de la enemistad, descartando de este modo cualquier otra vía que no sea aquella.<sup>9</sup>

La legitimidad soberana moderna operaba junto con la capacidad del soberano de rehusar la concesión de leyes positivas y de negar la posesión de derechos (incluidos los derechos humanos); en definitiva, se legitimaba por la capacidad de dejar de lado a los “enemigos”. Llegados a este punto confrontaremos la tesis de Agamben del *homo sacer* para hablar de la excepción postmoderna que ha dejado de estar temporalmente limitada y, en cambio, ha devenido la forma *normal* de gobierno biopolítico.<sup>10</sup>

Evidentemente, el cambio en el papel y las funciones del Estado en la nueva configuración política global generará nuevas formas de organización y definición de los conflictos, así como también de los dispositivos que diseñará la política criminal para construir nuevos modelos de control social. La aproximación genealógica que pretendemos sobre este punto nos lleva a la búsqueda de múltiples elementos determinantes de un fenómeno a estudiar, en este caso, el del control social en las sociedades del riesgo, y de sus distintas imbricaciones y relaciones, que tejerán nuevos paisajes políticos, institucionales y subjetivos. CAMBIO EN EL PARADIGMA RIESGO. VER DAVID.

En efecto, el control ya no se ejerce tanto sobre individuos concretos desviados – actuales o potenciales- cuanto sobre sujetos sociales colectivos que son institucionalmente tratados como *grupos productores de riesgo*. Los dispositivos del poder, utilizando metodologías de cuantificación y tratamiento del riesgo de desviación, parecen apuntar a la gestión de categorías enteras de población. La meta es redistribuir un riesgo de criminalidad que se considera socialmente inevitable.<sup>11</sup>

---

<sup>9</sup> Portilla Contreras, G., “Los excesos del formalismo jurídico neofuncionalista en el normativismo del Derecho penal”, en Portilla Contreras, G., (coord.), *Mutaciones de Leviatán. Legitimación de los nuevos modelos penales*, Akal, Madrid, 2005, pág. 65.

<sup>10</sup> Agamben, G., *Estado de excepción, Homo Sacer II, 1*, (trad. Cuspinera), Pre-textos, Valencia, 2004, *pássim*.

<sup>11</sup> De Giorgi, A., *Tolerancia Cero. Estrategias y prácticas de la sociedad de control*, (prefacio T. Negri, presentación y traducción de Rivera /Monclús), Virus, Barcelona, 2005, pág. 50, afirma “la disciplina se coloca entre las grandes estrategias con las que la modernidad ha pretendido controlar la imposibilidad de garantizar conformidad del actuar con las condiciones estructurales de la sociedad capitalista.” Asimismo, véanse Garland, D., *La cultura del control: crimen y orden social en la sociedad contemporánea*, (trad. Sozzo), Gedisa, Barcelona, 2005, *pássim*; Brandariz García, J.A., *Política criminal de la exclusión*, Comares, Granada, 2007, págs. 33 ss.

De esta lógica deriva la expresión “control actuarial”, que alumbra la semejanza entre las nuevas estrategias de control y los procedimientos matemáticos típicos del ámbito de los seguros. La llamada criminología actuarial representa un decisivo viraje respecto a la práctica criminológica reciente, un momento de ruptura que, si bien todavía no puede ser definido como radical, representa claramente la superación de una tradicional práctica y teoría del control social.

De lo anterior se deduce un cambio tanto en el sentido del control como de los mecanismos que utiliza, de modo que se puede explicar este fenómeno, al menos, desde dos tendencias: la primera, consiste en es que ciertas categorías de seres humanos, por ser sospechosas de connivencia con el enemigo, son despojadas de las garantías jurídicas normales a través de legislaciones de emergencia sancionadas para establecerse como forma de funcionamiento normal del control. Esta coyuntura generaliza la excepción y se enreda en los tejidos sociales, produciendo nuevas formas de control *líquido*.<sup>12</sup> La segunda tendencia hace referencia a la gestión *glocal* del Estado actual, que se propone racionalizar sus estrategias de control para que actúen de modo eficiente; éstas consisten en la aplicación de una política de segregación represiva y punitiva de las poblaciones de riesgo (jóvenes delincuentes, drogodependientes, migrantes irregulares) de talante autoritario y moralmente conservadora.

En efecto, las teorías actuariales que emergen de una mentalidad dirigida a la integración sistémica se cristalizan en estrategias focalizadas sobre los grupos de riesgo. Bajo este paradigma, la construcción del discurso criminológico respecto del control considera al delito como un problema no de privación, sino de control insuficiente o inadecuado. En este sentido, Garland denomina estas teorías como *criminologías de la vida cotidiana*, compuestas por aquellas de la elección racional, la de las actividades habituales, la del delito como oportunidad, y la de la prevención situacional, que se han convertido en un recurso para los gobiernos en las últimas dos décadas.<sup>13</sup>

Las medidas legislativas de este paradigma pueden ser descritas como una respuesta no adaptativa, y consistirán en un actuar irreflexivo e impulsivo que evita el tratamiento racional y meditado de los problemas subyacentes. Estas medidas están diseñadas para denunciar el delito y reasegurar al “público” bajo un juego de suma cero. Sin embargo, la capacidad de estos instrumentos para controlar delitos futuros se detiene tras la necesidad de una respuesta instantánea que atienda a los reclamos de la opinión pública respecto de la inseguridad ciudadana. En este punto resulta crucial el teorema de Thomas, que sostiene que

---

<sup>12</sup> Bauman, Z., *Modernidad líquida*, (trad. Rosenberg), Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 2002, *pássim*; del mismo, *Comunidad. En busca de seguridad en un mundo hostil*, (trad. J. Alborés), Siglo XXI, Madrid, 2003, *pássim*.

<sup>13</sup> Garland, D., *La cultura del control...*, op.cit., págs. 208 ss.

la empresa moral termina construyendo un escenario discursivo en el que no importa lo que se haga, sino los anclajes discursivos que lo articulan.<sup>14</sup>

En estos anclajes hemos de reparar cuando lleguemos al momento de analizar las políticas europeas de control de la inmigración en el capítulo tercero. Éste se dedica al análisis de la figura del migrante irregular y de los mecanismos biopolíticos que despliega la soberanía postmoderna como forma de gobierno frente a las migraciones irregulares. En este sentido, para topografiar el nuevo paradigma de control hemos de considerar al migrante irregular como una subjetividad emergente que habla de la crisis de la sociedad salarial y de un derecho a la ciudadanía que no se acierta a pensar y practicar fuera del trabajo. Tomaremos el estatus de irregularidad en cuanto nos permite cartografiar, en primer lugar, la construcción retórica de un espacio político europeo y, en segundo lugar, la gestión violenta de sus límites externos. En definitiva, este anclaje nos permite analizar la crisis del Estado-nación, su reaparición como continente policial y los trazados subjetivos promovidos por el derecho flexible.

En virtud de lo anterior, estudiaremos las políticas migratorias de la Unión Europea, que ha externalizado y deslocalizado su espacio. Estas estrategias políticas producen que las fronteras ya no establezcan la separación entre Estados, sino que se constituyen como un método interno de gobierno, una zona de control donde se confunden lo militar y lo policial.

Las políticas diseñadas en aras de consolidar el espacio de “libertad, seguridad y justicia”<sup>15</sup> *dentro de las fronteras de la UE*, abordar el problema de la inmigración ilegal mediante un “enfoque global”<sup>16</sup> o, sin más, “luchar contra la inmigración ilegal de nacionales de terceros países”<sup>17</sup>, sirven de base para el proceso de externalización y privatización de los controles migratorios que se lleva a cabo mediante la creación de un complejo organigrama para la vigilancia de las fronteras y la sanción de un *corpus* de normas que legitiman estas prácticas.

---

<sup>14</sup> Zaffaroni, E.R., /Alagia, A., /Slokar, A., *Derecho Penal. Parte General*, 2<sup>a</sup>da. ed., Ediar, Buenos Aires, 2002, nota 25, pág. 9.

<sup>15</sup> Éste podría ser considerado uno de los objetivos de la Unión Europea, conforme el denominado Tercer Pilar de la construcción de la UE, desde el Tratado de Amsterdam (1997-1999), que se ha consolidado a través del programa plurianual de Tampere (1999-2004) y el Programa de la Haya (2004-2009).

<sup>16</sup> Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo relativa a una política común de inmigración ilegal COM (2001) 672 final (no publicada en el boletín oficial), el documento se encuentra disponible en [http://eurlex.europa.eu/smartapi/cgi/sga\\_doc?smartapi!celexplus!prod!DocNumber&lg=es&type\\_doc=COMfinal&an\\_doc=2001&nu\\_doc=672](http://eurlex.europa.eu/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexplus!prod!DocNumber&lg=es&type_doc=COMfinal&an_doc=2001&nu_doc=672); Objetivo perteneciente a las conclusiones de la Presidencia del Consejo Europeo de Bruselas de 15 y 16 de diciembre de 2005, a las cuales se anexó el documento “Enfoque global de la emigración: actuaciones prioritarias centradas en África y el Mediterráneo”.

<sup>17</sup> Este objetivo se destaca en la Comunicación de la Comisión de 19 de julio de 2006, COM (2006) 402 final, sobre las prioridades políticas en la lucha contra la inmigración ilegal de los nacionales de terceros países.

Así, España, por su ubicación geo-política, queda determinada como el lugar privilegiado para el establecimiento de este tipo de instrumentos de control de la inmigración ilegal. El sucesivo proceso de *armonización* de las legislaciones locales, en aras de la creación de una única frontera exterior, ha sido impulsado por una perspectiva securitaria del control de las fronteras, que en el último tiempo, encuentra justificación en el terrorismo transnacional.

En consecuencia, es necesario subrayar la importancia del papel que detenta el control de la inmigración y cómo éste influye en la *normalidad* del Derecho penal, es decir, en qué medida el Derecho penal *normal* absorbe los análisis, juicios, perspectivas y planteamientos normativos del Derecho penal del control de la inmigración. En este contexto, analizar las mutaciones en los dispositivos de control nos acerca a observar también los nodos en los que la legitimidad de la intervención del Estado postmoderno comienza a transformarse bajo la epistemología del riesgo.

La gestión del riesgo permite que la lógica actuarial active los dispositivos de control de los migrantes en forma de modulaciones y abandone las gramáticas disciplinarias, de modo que las fronteras ya no son límites que dividen territorios, sino que crean espacios gestionados de forma más abierta o más cerrada de acuerdo con la velocidad que impone la fluidez del mercado. En efecto, los dispositivos de control de los flujos migratorios operan como *cámaras de descompresión* que se articulan en virtud de procesos de análisis de grandes volúmenes de información, los cuales a su vez modulan las prácticas biopolíticas del control.<sup>18</sup>

En esta línea, las leyes de extranjería proveen de los instrumentos idóneos para el control *modulable* de los migrantes, vgr. la detención policial en cualquier momento, el reconocimiento diferenciado de derechos de acuerdo con la situación administrativa, la posibilidad de privación de libertad en un centro de internamiento sin necesidad de sentencia judicial, o la expulsión del territorio, tanto de carácter administrativa como penal. Todos estos dispositivos de control habilitan una mayor arbitrariedad en los procesos de criminalización secundaria, tanto por el carácter irregular de la estancia como por sus formas de supervivencia inmersas en la economía informal.

En las tendencias expuestas, el riesgo ha devenido la medida y el parámetro de cuantificación y calificación de variables como la legitimidad de la actuación política, la eficacia, el contenido de la prevención y la finalidad y el sentido de la pena; de modo que se instituye como el indicador de lo que deberá interpretarse por sujeto destinatario de las normas en el ámbito de un Estado postmoderno. Por ello, el capítulo cuarto tiene por objeto analizar los discursos producidos a partir de las estrategias de control desplegadas por este modelo estatal, que nacen y se reproducen en la opacidad del establecimiento de la

---

<sup>18</sup> Mezzadra, S., /Neilson, B., “Border as method, or the Multiplication of labor”, 2008, disponible en <http://eipcp.net/transversal/0608/mezzadraneilson/en>.



diferencia entre normalidad y excepción, tanto en la creación como en la aplicación del Derecho.

En aquel capítulo hemos de recorrer los trazados de la toma de decisiones que delimitarán el ámbito de la inclusión/exclusión. Es por ello que nos enfrentaremos a la decisión política que apela a crear normalidad para que la aplicación de las leyes sea posible. A raíz de ello, analizaremos la figura del enemigo que, en la postmodernidad, es utilizada para establecer la *excepción permanente*.

En efecto, una vez analizados los cambios estructurales que condicionan las decisiones político-punitivas que aspiran a la pacificación interior mediante la adopción de medidas de carácter excepcional, nos proponemos el análisis de una de sus consecuencias "*la política punitiva del enemigo*". Asimismo, realizaremos la crítica de la pretensión de dotar de una univocidad de discurso a cuestiones que no tienen un continente epistemológico determinado, es decir, habremos de criticar la postura de Jakobs que lo acuña dogmáticamente como "*Derecho penal del enemigo*".<sup>19</sup>

Según el autor, los enemigos se caracterizan, en primer lugar, porque rechazan la legitimidad del ordenamiento jurídico y persiguen su destrucción, y segundo lugar, porque en virtud de ello, no prestan la garantía cognitiva mínima según la cual su comportamiento puede ser controlable y subsumible en expectativas. De esta forma emerge el Derecho penal del enemigo, que se convierte en una reacción frente a individuos que mediante su comportamiento exhiben la probabilidad de haberse apartado de manera duradera del Derecho y, por tanto, rechazan el tratamiento como personas.

Lo que nos interesa destacar de este análisis para el curso de la investigación reside en el momento en que Jakobs, siguiendo la lógica intrasistémica de su teoría, niega simultáneamente dos elementos esenciales del Derecho penal liberal: el bien jurídico y el principio de culpabilidad. A ello arribó gracias a un alto nivel de abstracción en busca de algún elemento de diferenciación funcional que posibilite que, sin atender a las particularidades de un sistema jurídico determinado, la pena preste una función para la que no existen equivalentes. En este sentido, el elemento que encuentra el autor es la confirmación de la identidad normativa de la sociedad.

En este sentido, para el profesor de Bonn, el bien jurídico representa un papel secundario, porque lo relevante es que el delito pone en tela de juicio la norma en tanto que orientadora de la acción. El delito es expresión de una falta de fidelidad al orden establecido, de allí que la pena se configure como la estrategia que restablece la confianza y anula el cuestionamiento. Asimismo, la categoría de la culpabilidad sufre una restricción grave en sus contenidos, a partir de la cual el sujeto de imputación se convierte en el depositario de la acción

---

<sup>19</sup> Jakobs, G., *Derecho penal del enemigo*, 2ªda. ed., Civitas, Madrid, 2006.

simbólica de la reafirmación.<sup>20</sup> En este sentido, el Derecho penal del ciudadano, garantía del ordenamiento jurídico, se transforma en una herramienta de defensa frente a riesgos, modificando el contenido de prevención general positiva, que queda integrado en un concepto más amplio de retribucionismo funcional.

Desde nuestro punto de vista, Jakobs construye su pensamiento a partir de la elusión de la referencia a la legitimidad de las medidas que se adoptan en aras de la perpetuación y reproducción de índole autopoiética del sistema social, perpetuando así el *status quo* y privando del significado político al Derecho y a la democracia; es decir, una construcción metodológica que enaltece la neutralidad mediante una combinación de elementos schmittianos, hegelianos y luhmannianos.<sup>21</sup>

Frente a la funcionalización del bien jurídico que propone Jakobs, el interrogante que intentaremos resolver en el capítulo quinto puede quedar formulado en los siguientes términos: ¿qué racionalidad será la que oriente la toma de decisiones político-criminales en un contexto de flexibilización del Derecho? Esta parte del trabajo está orientada a la *traducción* de las racionalidades que subyacen a la confección de programas político-punitivos que reorientan los miedos exacerbados frente a la caída del Estado social y democrático de Derecho. Por lo tanto, la consideración de las formas con que habremos de articular el ejercicio de la potencia punitiva de conformidad con el marco axiológico, epistemológico y político brindado por el anterior modelo de Estado, constituye el punto de partida para estructurar el análisis. Este planteamiento encuentra su razón de ser en que el tratamiento penal y las estrategias de gestión de las migraciones - no podría ser de otro modo en virtud de las coordenadas históricas en las cuáles acontece- exponen de forma clara todas las dificultades con que se topa la ley penal al momento de regular nuevos fenómenos, pero, sobre todo, permite cuestionar los cambios que sufren los principios que le otorgan legitimidad a la intervención.

Para ello, comenzamos por estudiar las diferentes perspectivas del análisis de los conflictos que engendra la complejidad social y cómo éstas influyen en la configuración institucional y subjetiva. En particular, las posibles respuestas podrían ir surgiendo a partir de la crítica respecto de las posturas que se autodenominan neutrales al tiempo que elaboran un discurso estático que mantiene la reproducción del sistema; de modo que estudiaremos algunas teorías que elaboran límites al discurso del poder a través de la discusión respecto del contenido de la validez jurídica, entre cuyas propuestas se encuentra la de

---

<sup>20</sup> Cancio Meliá, M., /Feijóo Sánchez, B., “¿Prevenir riesgos o confirmar normas? La teoría funcional de la pena de Günther Jakobs. Estudio preliminar”, en Jakobs, G., *La pena estatal: significado y finalidad*, (trad. Cancio-Feijóo), Civitas, Madrid, 2006, págs. 17 ss.

<sup>21</sup> Portilla Contreras, G., “La legitimación doctrinal de la dicotomía schmittiana en el Derecho penal y procesal penal del “enemigo”, en Cancio Meliá, M., /Gómez-Jara Díez, C., (coords.), *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, Vol. 2, Edisofer, BdeF, Buenos Aires, 2006, pág. 658.

Habermas. Asimismo, analizaremos la acogida de los conceptos habermasianos efectuada por la doctrina penal.

En un segundo momento, tomando en cuenta las críticas efectuadas a las anteriores epistemologías y frente a las derivas político-punitivas actuariales que describe el modelo de Estado actual buscamos la determinación de criterios de racionalidad adecuados a la transición del modelo de Estado que aún conserva los parámetros constitucionales anteriores en el contexto del postfordismo.

Así las cosas, nos proponemos confeccionar las orientaciones para la construcción de un modelo de política criminal que logre sincronizarse con el programa constitucional y con una ciencia del Derecho penal dinámica, cuyo discurso se construya con bases democráticas y con la seguridad de los derechos de todas las personas, ya que consideramos que en la *decisión* respecto de la *protección de intereses* radica la actual distorsión de la función de garantía del bien jurídico, hasta convertirse en el instrumento idóneo para la protección de la estabilidad sistémica. Con este fin hemos de analizar las distintas posturas doctrinales que han intentado dotar de contenido material al bien jurídico como instrumento de limitación del ejercicio del poder punitivo y, a continuación, presentar nuestra propuesta político-criminal.

Una vez sentados los criterios de legitimidad para la elección de los intereses que serán protegidos por la ley penal finalizamos el presente trabajo de investigación con el capítulo sexto, que tiene por objeto el tratamiento de la problemática que, con relación al bien jurídico, presenta el tipo básico del art. 318 bis CP. El análisis se configura a partir del intento de deconstruir la *aparente paradoja* que emerge de la consideración del migrante como sujeto pasivo del delito de tráfico de personas. Este enfoque tiene por finalidad esclarecer los presupuestos por los cuales el migrante, una vez que ha sido ilegalizado y expulsado del territorio de la humanidad por las políticas de control, es sujeto de reincorporación al espacio del Derecho, esta vez como víctima.



## CAPITULO 1. LA CRISIS DEL ESTADO SOCIAL: EL DERECHO FLEXIBLE. TERROR VACUIS: ¿PERSPECTIVA DEL VACÍO?

*“Ahora temblamos ante la desnudez del nihilismo en que un poder máximo va aparejado con un máximo vacío, y una máxima capacidad va aparejada con un mínimo saber sobre ella. La cuestión es si podemos tener una ética sin recuperar la categoría de lo sagrado, categoría que fue totalmente destruida por la Ilustración científica; una ética que pueda poner freno a esas capacidades extremas que hoy poseemos y que nos sentimos casi obligados a aumentar y ejercitar. Ante las consecuencias que a nosotros mismos nos acosan, el miedo puede ser –a menudo lo ha sido- el mejor sustitutivo de la auténtica virtud y sabiduría”. Hans Jonas<sup>22</sup>*

### **1.1. Planteamiento**

El núcleo central de este capítulo consiste en intentar cartografiar los ámbitos en los que se inscribe el control social en el espacio-tiempo global, sus estatutos de poder, de saber y de verdad;<sup>23</sup> entre sus efectos, identificar cuál es el sujeto que se modifica por este predicado – y viceversa-. Este trazado no se orienta por la búsqueda de una única causa genésica, sino de una *genealogía*, es decir, “de algo que intenta restituir las condiciones de aparición de una singularidad a partir de múltiples elementos determinantes, de los que no aparece como el producto sino como el efecto.”<sup>24</sup>

En consecuencia, el análisis no funciona según un principio de clausura por varias razones: en primer lugar porque se trata de las relaciones que se establecen entre los individuos o grupos, que implican comportamientos, decisiones, parámetros, con su lógica siempre cercada por los márgenes de la incertidumbre; por otra parte, tampoco clausura porque las relaciones que intentamos establecer para dar cuenta del acontecer constituyen la trama de una red que se contrae y dilata en distintos nodos.<sup>25</sup> De este modo, al analizar el poder ya no se lo identificará como un principio único de dominación, sino que habremos de contemplarlo como una relación en un campo mediado por interacciones y articulaciones que producen múltiples subjetividades.<sup>26</sup>

---

<sup>22</sup> Jonas, H., *El principio de responsabilidad. Ensayo de una ética para la civilización tecnológica*, Barcelona, Herder, 1995, pág. 58.

<sup>23</sup> Foucault, M., *Sobre la Ilustración*, Estudio Preliminar de De la Higuera, (trad. De la Higuera, Bello, Campillo), Tecnos, Madrid, 2003, pág. 10.

<sup>24</sup> *Ibidem*, pág. 91, siguiendo la propuesta de Foucault, la crítica que emprendemos en este trabajo va a realizarse no ya en la búsqueda de universales, de allí que no tenga carácter trascendental: es arqueológica en su método, lo cual implica que habremos de indagar sobre los discursos que articulan lo que pensamos, decimos y hacemos.

<sup>25</sup> *Ibidem*, págs. 32-33.

<sup>26</sup> Negri, A., *La fábrica de porcelana. Una nueva gramática de la política*, (trad. Lauro), Paidós, Barcelona, 2006, págs. 33 ss.

Partiendo desde estas premisas epistemológicas analizaremos, en el segundo capítulo, la teoría de la sociedad del riesgo<sup>27</sup> y las tendencias que expone el control social que le es propia. Tomaremos los presupuestos elaborados por U. Beck porque entendemos que las mutaciones sociales, económicas y políticas a las que estamos asistiendo, producen un desanclaje epistemológico con los conceptos que fueron acuñados en la modernidad. Aquello construirá la plataforma para investigar las re-configuraciones, en lo que hace a nuestro trabajo específicamente, del control social, de la política criminal y la ley penal que le son propias.<sup>28</sup>

En efecto, habremos de partir de la idea que afirma que la sociedad moderna se construyó con base en la negación rotunda de su pasado, instalándose en el porvenir mediante el acelaramiento del presente, tratando de anticipar, predecir y pronosticar el futuro; mientras que las sociedades tradicionales vivían en el pasado donde la repetición de rituales tejía las redes subjetivas para habitar un futuro contingente y lleno de incertidumbre.

En este sentido, las mentalidades premodernas no tenían convicción más arraigada que aquella, en virtud de la cual las cosas son siempre diversas de como previamente se pensaba debido a que el control del pensamiento era una cuestión divina y la normalidad habitaba en lo imprevisible, o lo desconocido.<sup>29</sup>

Cuando la razón reemplaza a los dioses y asume el control del pensamiento, se construye una subjetividad que tiene la capacidad de prever y conocer, acotar la experiencia práctica y dibujar sus contornos. La sociedad actual, como paso culminante de la sociedad moderna, se instala en un presente amenazado, ante un futuro impredecible e indeterminable de antemano. Lo anterior implica que las coordenadas en las cuales ubicaremos el análisis se inscriben en el cuestionamiento de la racionalidad moderna y sus formas de producción subjetiva.

En consecuencia, es dable afirmar que bajo la actual configuración algo está cambiando. Eso está claro. Está en movimiento, transita y muta. Por ello, intentaremos encontrar estrategias de pensamiento<sup>30</sup>, para al menos, llegar a la formulación de los problemas. En este sentido, como cuestión epistemológica – la delimitación de los perfiles de los conceptos que serán utilizados para su configuración-, habremos de comenzar la investigación con la descripción del

---

<sup>27</sup> De conformidad con los términos del análisis propuesto por el sociólogo alemán Beck, U., *La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad*, (trad. Navarro/Jiménez/Borrás), Paidós, Barcelona, 1998; *La sociedad del riesgo global* (trad. Alborés), Siglo XXI, Madrid, 2002; *La sociedad del riesgo mundial: en busca de la seguridad perdida*, (trad. Carbó), Paidós, Barcelona, 2008.

<sup>28</sup> Rodríguez Mesa, M.J., “Las razones del Derecho penal. Modelos de fundamentación y legitimación”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 9-10, 2007, disponible en <http://criminnet.ugr.es/recpc>

<sup>29</sup> Sloterdijk, P., *Eurotaoísmo. Aportaciones a la crítica de la cinética política*, (trad. De la Fuente), Seix Barral, Barcelona, 2001, págs. 9 ss.

<sup>30</sup> Cfr. Foucault, M., *Sobre la ilustración*, op.cit., pág. 33.

escenario actual. Ello a fin de indagar las metamorfosis que presenta el *control social penal* en nuestras sociedades, como producto del nuevo topograma que cartografía al Estado-nación y, a partir de ello, estudiar las derivas discursivas que engendran la ley penal en los capítulos siguientes.

Como consecuencia de la crítica del discurso de la modernidad-remontada a partir del estudio de la categoría epistemológica de riesgo-, serán analizados los conceptos de ley y de causalidad sobre los que descansa el paradigma de la modernidad y su institucionalización en la forma Estado nación. En la sociedad del riesgo, la incertidumbre, lo incalculable, diseñan un espacio ilimitado que produce el declive del paradigma de la causalidad concomitantemente con el de la hegemonía de la legalidad. Sin embargo, la crisis del paradigma de la ciencia moderna no significa irracionalismo, escepticismo, desidia epistemológica o cinismo intelectual. Contemplar las características de la crisis del paradigma de la modernidad introduce los contornos para poder deconstruir las lógicas de sentido que producen subjetividades, dispositivos y discursos en la actualidad. Con base en ello, el presente trabajo pretende transitar el desplazamiento del sistema fordista al postfordista para explicar las rearticulaciones de la soberanía y la legitimidad que ella misma produce,<sup>31</sup> es decir, analizar los nuevos escenarios que modifican el concepto de orden y la forma en la cual éste inaugura formas de control y dispositivos subjetivos para su cristalización.

Como apunta Zygmunt Bauman, la característica de la sociedad actual sigue el modelo de un *cámping*: “El lugar está abierto a todo aquel que tenga caravana propia y dinero para pagar el alquiler. Vienen y van inquilinos, ninguno de los cuales se toma mucho interés en cómo se dirige el *cámping*, siempre que les hayan asignado una parcela lo bastante grande para la caravana, los enchufes y los grifos estén como es debido (...) cada conductor tiene sus planes y su horario y lo único que quiere de los directores del *cámping* es que le dejen en paz y no lo estorben, prometiendo a cambio no quebrantar las normas del *cámping* y pagar el alquiler. Si les parece que les están dando de menos o que los directores no mantienen sus promesas, puede suceder que los usuarios pidan lo que se les debe, pero no pondrán en tela de juicio y reconocerán la filosofía gerencial del *cámping*.”<sup>32</sup>

Como corolario de la metáfora de Bauman, la sustancia del Estado ya no es el dogma en función del cual se establecen los derechos y garantías de los ciudadanos, el Estado postmoderno, como veremos, tiene otras funciones y, por lo tanto, otros criterios de legitimidad. Además de tomar en cuenta estas rearticulaciones institucionales y subjetivas señalaremos el contexto en el que se

---

<sup>31</sup> Cfr. De Sousa Santos, B., *Crítica de la razón indolente: Contra el desperdicio de la experiencia. Para un nuevo sentido común: la ciencia, el derecho, y la política en la transición paradigmática*. Vol. 1, (trad. Herrera Flores, et.al), Desclée de Brouwer, Bilbao, 2003, págs. 79 ss.

<sup>32</sup> Bauman, Z., *La sociedad individualizada*, (trad. Condor), Cátedra, Madrid, 2001, pág. 116.

desenvuelve el Estado, a fin de que podamos extraer notas características y que éstas nos ayuden a discernir sobre qué se construye su discurso en la actualidad.

Las coordenadas contempladas sitúan al sujeto en el *estado de fluidez*,<sup>33</sup> esto es, el medio donde se reproducen los procesos globalizadores que transcurren en el cambio de los sistemas de comunicaciones y el avance tecnológico, en especial a partir de la década de los setenta.<sup>34</sup> En el medio *sólido* de la racionalidad moderna, las conexiones entre los distintos puntos se establecen y pautan estructuralmente; en cambio, en el medio fluido, las conexiones poseen siempre un carácter contingente.<sup>35</sup>

En efecto, la incertidumbre en la que vivimos se corresponde con transformaciones que producen el debilitamiento de los sistemas de seguridad modernos (trabajo, Estado social, relaciones duraderas y estables, etc.) que proporcionaban protección a los individuos y la posibilidad de la proyección a

---

<sup>33</sup> Lewkowicz, I., *Pensar sin Estado. La subjetividad en la era de la fluidez*, Paidós, Buenos Aires, 2003, pág. 15. Asimismo la idea de fluidez en Bauman, Z., *La modernidad líquida*, Fondo de Cultura Económica, México, 2003, Prólogo, pág. 2, “En tanto los sólidos tienen una clara dimensión espacial pero neutralizan el impacto –y disminuyen la significación– del tiempo (resisten efectivamente su flujo o lo vuelven irrelevante), los fluidos no conservan una forma durante mucho tiempo y están constantemente dispuestos (y proclives) a cambiarla; por consiguiente, para ellos lo que cuenta es el flujo del tiempo más que el espacio que puedan ocupar: ese espacio que, después de todo, sólo llenan “por un momento”. En cierto sentido, los sólidos cancelan el tiempo; para los líquidos, por el contrario, lo que importa es el tiempo. En la descripción de los sólidos es posible ignorar completamente el tiempo; en la descripción de los fluidos se cometería un error grave si el tiempo se dejara de lado. Las descripciones de un fluido son como instantáneas, que necesitan ser fechadas al dorso. Los fluidos se desplazan con facilidad. “Fluyen”, “se derraman”, “se desbordan”, “salpican”, “se vierten”, “se filtran”, “gotean”, “inundan”, “rocían”, “chorrean”, “manan”, “exudan”; a diferencia de los sólidos, no es posible detenerlos fácilmente –sortean algunos obstáculos, disuelven otros o se filtran a través de ellos, empapándolos–. Emergen incólumes de sus encuentros con los sólidos, en tanto que estos últimos –si es que siguen siendo sólidos tras el encuentro– sufren un cambio: se humedecen o empapan. La extraordinaria movilidad de los fluidos es lo que los asocia con la idea de “levedad”. Hay líquidos que en pulgadas cúbicas son más pesados que muchos sólidos, pero de todos modos tendemos a visualizarlos como más livianos, menos “pesados” que cualquier sólido. Asociamos “levedad” o “liviandad” con movilidad e inconstancia: la práctica nos demuestra que cuanto menos cargados nos desplazamos, tanto más rápido será nuestro avance. Estas razones justifican que consideremos que la “fluidez” o la “liquidez” son metáforas adecuadas para aprehender la naturaleza de la fase actual –en muchos sentidos *nueva*– de la historia de la modernidad”. Asimismo véase Vázquez Rocca, A., “Individualismo, modernidad líquida y terrorismo hipermoderno; de Bauman a Sloterdijk”, en Revista Konvergencias, Filosofía y culturas en diálogo, Año V, núm. 17, abril 2008, disponible en [www.konvergencias.net/vasquezrocca168.pdf](http://www.konvergencias.net/vasquezrocca168.pdf)

<sup>34</sup> Para un tratamiento extensivo de esta cuestión que, por cuestiones propias de la temática de esta investigación, no pueden más que sólo ser esquemáticamente planteadas, véase Castells, M., *La era de la información, Vol. I. La sociedad Red*, Nueva Edición, (versión castellana de Martínez Gimeno /Alborés), Alianza Editorial, 2001, en especial sus capítulos 1 y 6.

<sup>35</sup> Este concepto es definido por Beriain, J., “El doble sentido de las consecuencias perversas de la modernidad”, como “lo otro de lo esperado”, en Beriain, J., (comp.), (trad. Sánchez Capdequí), *Las consecuencias perversas de la modernidad*, Anthropos, Barcelona, 1996, pág. 10.



largo plazo. De este modo, el análisis de los procesos globales que modifican los ámbitos económicos, políticos, sociales y culturales, relaciones internacionales y formas de guerra, delinean confines mutables y contradictorios. Para comenzar a rastrear las potencialidades de las nuevas cartografías producidas por estas transformaciones y las problemáticas que ocasionan en el campo de la producción de subjetividad hemos decidido retomar las hipótesis que han trabajado Michel Foucault y Gilles Deleuze. Los desplazamientos en el campo de la subjetividad que comenzamos a estudiar a continuación se configuran como el centro dinámico del presente trabajo que permitirá desvelar el nuevo estatuto de la ley penal. Empezaremos el *trabajo inmaterial* de los que destejen los vestidos del emperador.

## 1.2. Desplazamiento del Control. Foucault y Deleuze

Perimetrar el campo de producción de subjetividad requiere singularizar los nodos del análisis sobre las mutaciones del control social penal ajustándolos a los términos desarrollados en primer lugar por Michel Foucault<sup>36</sup> y luego por Gilles Deleuze,<sup>37</sup> quien continúa con el análisis desde términos foucaultianos como antecedente epistemológico, pero describe, mediante la aportación de nuevos elementos, el desplazamiento sufrido por el control en la actualidad.

Michel Foucault, en su excelente análisis genealógico de las sucesivas relaciones entre el saber y el poder,<sup>38</sup> destaca que el *poder soberano* es un poder simbolizado por la espada y que sólo ejerce su derecho sobre la vida de los súbditos en tanto capaz de matar. Se trata de un poder que sólo se manifiesta como sustracción o deducción, como derecho de captación que culmina con el derecho de apropiarse de la vida del súbdito, ya sea para aniquilarla, ya sea para arriesgarla en una guerra.

---

<sup>36</sup> El análisis parte de dos textos de Foucault, el primero de ellos "*Hacer vivir y dejar morir: la guerra como racismo*", Archipiélago, núm. 7, 1976, págs. 75-93; e *Historia de la sexualidad. La voluntad de saber. Vol I.*, Siglo XXI, Madrid, 1995; del mismo *La verdad y las formas jurídicas*, (trad. Lynch), 2ª ed, Gedisa, Barcelona, 1991, en especial, págs. 91-140.

<sup>37</sup> Deleuze, G., "*Post-scriptum sobre las sociedades de control*" en Deleuze, G., *Conversaciones (1972-1990)*, (Trad. Pardo), 3ª edición, Pre-textos, Valencia, 1999, págs., 195-201.

<sup>38</sup> El concepto de poder en Foucault pretende comprender sus mecanismos perimetrados por los límites impuestos, en primer lugar, por el Derecho con sus reglas formales delimitadoras y, en segundo, por la verdad, cuyos efectos producen, conducen y reconducen nuevamente al poder. Según el autor francés se puede establecer una triangulación entre poder, Derecho y verdad, que se institucionalizará en forma de norma. En este sentido, y antes que nada, son los discursos verdaderos que juzgan, condenan, clasifican, obligan, trayendo consigo efectos específicos de configuración de poder. Desde *Vigilar y castigar. Nacimiento de la prisión.*, (trad. Garzón del Camino), 12ª ed., Siglo XXI, Madrid, 2000, entiende que el Derecho –lo jurídico- pierde progresivamente su capacidad de codificar y representar el poder. Se altera, por tanto, la clave interpretativa histórica mirando las sociedades modernas más de cerca, puede percibirse que el Derecho cede lugar a la técnica, y a ley de normalización. Esta tendencia continuará incrementándose hasta permitir hablar del *derecho flexible* que reproduce la sociedad de control.

Sin embargo, este poder muta en el período comprendido entre los siglos XVII y XIX<sup>39</sup> y, asume los rasgos de lo que Foucault ha denominado “biopoder” o la estatalización de lo biológico.<sup>40</sup> El biopoder se implanta en el poder disciplinario, es decir, opera en otra escala y coexisten en el mismo tiempo y espacio. El poder disciplinario se ejerce sobre el cuerpo, en tanto que el biopoder se aplica a la población.<sup>41</sup>

Porque, mientras que el poder disciplinario promueve la individualización de los hombres, *el biopoder* impone una masificación teniendo en cuenta que él se dirige a la población. Este *poder-saber* tiene por función la producción, el aumento y la optimización de la vida, es decir, el ejercicio de un poder positivo sobre la vida. A partir del siglo XIX el poder se articula de manera más sólida –no obstante, haber estado desarrollándose desde el siglo XVII-, a través de una tecnología de doble faz que conseguirá abarcar las dos dimensiones de la vida: el organismo y la biología, dos tecnologías de poder: anatomopolítica del cuerpo humano y biopolítica de la población.<sup>42</sup> La primera de ellas comienza a gestarse en el siglo XVII cuando la teoría política incorpora el problema de la protección de la vida como fundamento originario de la sociedad (momento en el cual Foucault sitúa el fin de la sociedad de la soberanía).

Lo anterior, implica la mayor transformación del Derecho político –en relación con el Derecho “soberano”-, pero no hay que entenderla en términos de sustitución de los diagramas de poder, éstos no se suceden como estructuras rígidas y totalizantes, sino que se conforman a partir de relaciones de fuerzas siempre inestables y locales, en constante cambio, producido por la acción y la intervención de otras nuevas. La relación entre ambos diagramas es de modificación y de penetración. *El nuevo Derecho no borra al primero, sino que lo complementa mediante funciones y mecanismos de signo diverso.* El poder disciplinario gobierna, en efecto, estructurando los parámetros y los límites del pensamiento y

---

<sup>39</sup> Foucault, en la última clase de 17 de marzo de 1976 de *Il faut défendre la société. Cours au Collège de France, 1975-1976*, Gallimard-Seuil, Paris, 1997, pág. 219, distingue por primera vez los mecanismos de seguridad de los mecanismos disciplinarios. De todos modos, el concepto de *seguridad* no se retoma en la *Voluntad de saber*, donde Foucault, en oposición a las disciplinas, que se ejercen sobre el cuerpo de los individuos, prefiere utilizar la noción de *controles reguladores* que toman a su cargo la salud y la vida de las poblaciones. Véase Pogrebinski, T., “Foucault, para além do poder disciplinar e do biopoder”, *Revista Lua Nova*, 63, 2004, págs. 179-201.

<sup>40</sup> Foucault, M., *Historia de la sexualidad, La voluntad...*, op.cit., pág. 168; por su parte el autor en *Seguridad, Territorio, Población. Curso en el Collège de France (1977-1978)*, (trad. Pons), Fondo de Cultura Económica, México, 2006, págs. 15 ss., propuso para el desarrollo de estos cursos el estudio del término *biopoder* que había empezado a delinear en la obra citada en primer lugar, definiéndolo como el conjunto de mecanismos por medio de los cuales aquello que, en la especie humana, constituye sus rasgos biológicos fundamentales podrá ser parte de la política, configurando una estrategia política, una estrategia general de poder.

<sup>41</sup> Foucault, M., *Seguridad...*, op.cit., pág. 16.

<sup>42</sup> Foucault, M., *Historia...*, op.cit., pág. 168.

de la práctica, sancionando y/o prescribiendo los componentes desviados y/o normales.<sup>43</sup>

El poder comenzará a organizarse a partir de mecanismos disciplinarios sobre el hombre-cuerpo. La *multitud de hombres-cuerpo* debe ser disciplinada para ser utilizada, gestionada, ordenada, aumentada. Para ello es necesario un poder individualizante capaz de introducir correcciones en cada uno y, a la vez, ordenar su conjunto global. Se trata de un poder que disciplina y, a la vez, dociliza los cuerpos.<sup>44</sup>

La segunda tecnología comienza a configurarse a partir de la segunda mitad del siglo XVIII y su centro de interés está en el cuerpo-especie: el hombre en tanto centro biológico. Con ella se pretende la administración de ciertos fenómenos: natalidad, condiciones de vida, salud, higiene, mortalidad... ya no se trata tan sólo de disciplinar cuerpos, sino de establecer controles reguladores que permitan identificar procesos y acontecimientos que, tomados individualmente, resultan ocasionales o accidentales. Regularizarlos mediante estadísticas, estudios demográficos, etc., recursos que, a su vez, delimitan otro campo de saber y otro campo de intervención de poder.

La dinámica de la reproducción de los campos de intervención del poder se plantea en forma de desafíos políticos, en este sentido, la biopolítica contempla todos y crecientes aspectos de la vida, hasta confeccionar el espacio del *Welfare State* que tiene como finalidad una mejor gestión de la fuerza de trabajo.<sup>45</sup>

Se pueden identificar cuatro cambios<sup>46</sup> en esta nueva configuración: 1) la aparición de la población como nuevo protagonista, 2) el carácter colectivo de los fenómenos a considerar, 3) la aparición de mecanismos de poder regulador que conjuran el elemento aleatorio que hay en todo conjunto de seres vivos y, por último, 4) la descualificación progresiva de la muerte que ha dejado de ser el resultado posible de un acto de soberanía para convertirse en el primer momento en que el individuo logra escapar del poder. Dos estrategias de poder que, entremezcladas, logran articularse para invadir enteramente la vida y maximizar

---

<sup>43</sup> Véase Donzelot, J., *La policía de las familias*, Epílogo de Gilles Deleuze, (trad. Vázquez Pérez-Larraceta), Pre-textos, Valencia, 1990; también Ariès, P., *Historia de la muerte en Occidente: desde la edad media hasta nuestros días*, (trad. Carbajo-Perrin), El acantilado, Barcelona, 2000; del mismo, junto con Duby, G., (dirs.) *Historia de la vida privada*, (trad. Pérez Gutierrez), Taurus, Madrid, 1988; Foucault, M., *La vida de los hombres infames*, (ed. y trad. Varela/Álvarez Uria), Altamira, Buenos Aires, 1996.

<sup>44</sup> Foucault, M., *Vigilar y castigar*, pág. 32; Rodotà, S., "Immagini del corpo", en Rivera Beiras, I., /Silveira, H.C., /Bodelón, E., /Recasens, A., (coords.), *Contornos y pliegues del Derecho. Homenaje a Roberto Bergalli*, Anthropos, Barcelona, 2006, pág. 68 ss.; Anitua, G.I., *Historias de los pensamientos criminológicos*, Del Puerto, Buenos Aires, 2005, pág. 401.

<sup>45</sup> Negri, A., *La fábrica de porcelana.....*, op.cit., pág.38.

<sup>46</sup> Cfr. Garcés, M., "La vida como concepto político: una lectura de Foucault y Deleuze", en Athenea Digital, 7, 2005, págs. 87-104, disponible en [www.antalya.uab.es/athenea/num7/garces.pdf](http://www.antalya.uab.es/athenea/num7/garces.pdf), en especial, pág. 90

sus fuerzas. Este cruce tendrá su plasmación en lo que Foucault denomina la *sociedad de normalización*.<sup>47</sup>

En la *Voluntad de saber*, Foucault, señala la importancia del biopoder como elemento indispensable en la formación del capitalismo “que no pudo afirmarse sino al precio de la inserción controlada de los cuerpos en el aparato de producción y mediante un ajuste de los fenómenos de la población a los procesos económicos.”<sup>48/49</sup> Es decir, como lúcidamente propone Lazzarato “La microfísica

---

<sup>47</sup> Foucault, M., *La verdad y las formas jurídicas...*, op.cit., págs. 91 ss.

<sup>48</sup> Foucault, M., *Historia de la sexualidad*, op.cit., pág. 170.

<sup>49</sup> Cfr. Rusche G./ Kirchheimer, O., *Pena y estructura social*, Reimpresión, (Trad. García Mendez), Temis, Bogotá, 2004, donde los autores desarrollan su trabajo bajo la articulación entre pena y mercado de trabajo. En este sentido, la investigación transcurre desde las formas que ha ido adquiriendo el castigo. La sociedad disciplinaria comienza a delinear sus contornos ya en el siglo XVI, bajo el Calvinismo, cuando surgen en Holanda las Casas de Corrección, una amalgama entre principios que regían las *poorhouses*, y las *workhouses* y las instituciones penales. Su objetivo principal consistía en transformar en socialmente útil la mano de obra rebelde. Obligados a trabajar dentro de la institución, los prisioneros adquirirían hábitos laborales a medida que recibían formación profesional, a fin de que una vez libres pudieran incorporarse voluntariamente al mercado de trabajo. Mendigos aptos para el trabajo, vagabundos, prostitutas y ladrones configuraban los huéspedes de estas instituciones. A medida que crecía la buena reputación de esta institución, la fuerza laboral de los reclusos era utilizada tanto por las propias autoridades como por empresarios privados. Ocasionalmente el establecimiento completo era alquilado a un contratista. El entrenamiento para lograr trabajadores eficientes constituía la preocupación central de las autoridades, lo cual encontraba una cerrada oposición por parte de las corporaciones, debido a que éstas consideraban el surgimiento de las Casas como atentados contra su monopolio. En esta fecha también se puede observar el surgimiento de los *Hôpitaux généraux* franceses que albergaban a los pobres, necesitados, viudas y sus hijos que entrenaban asimismo en la producción. Durante los siglos XVII y XVIII la institución de las Casas de Corrección formaba parte del desarrollo capitalista. Éstas constituían, en primer lugar, establecimientos manufactureros que producían mercancías a un costo particularmente bajo como consecuencia de la fuerza de trabajo barata que empleaban, consideradas como un ingrediente indispensable en términos de economía nacional. Sus bajos salarios y el adiestramiento de los trabajadores no calificados constituyeron una significativa contribución al resurgimiento del modo de producción capitalista. El sistema moderno de prisiones como método de explotación del trabajo e, igualmente importante en el período mercantilista, como forma de adiestramiento de la fuerza de trabajo de reserva, fue sin duda la consecuencia lógica de las Casas de Corrección. El vigor adquirido por la cárcel como forma punitiva se concentra en el beneficio de tipo económico, tanto en el sentido más limitado de hacer productiva la propia institución, como en el más amplio de transformar la totalidad del sistema penal en una parte del programa mercantilista del Estado. Porque como sostiene Wahlberg “la pena de muerte y las mutilaciones consituyeron una solución para la sociedad hasta que la fuerza de las consecuencias terribles de éstas obligaron al Estado, aunque sin abandonar sus elementos disuasivos, a pasar de este sistema bárbaro, salvaje e inservible, tan dañino para el país, a un efectivo y útil sistema de prisión y trabajos forzados, a una justicia penal civilizada, a utilizar la fuerza de trabajo de los prisioneros en un sentido útil a la sociedad, a buscar formas punitivas más humanas, a restituirle al delincuente sus Derechos y hacer que su existencia fuera económicamente factible” citado por Rusche, G., /Kirchheimer, O., op.ult.cit., nota 82, pág., 83. Las raíces del sistema carcelario se encuentran en el mercantilismo, su promoción y elaboración teórica fueron tarea del Iluminismo. A fines del siglo XVIII las Casas de Corrección aceptaban convictos, vagabundos, huérfanos, ancianos, y dementes sin hacer algún

del poder sustituye lo que hay de piramidal en la conceptualización marxista por una inmanencia donde los diferentes «encierros» (fábrica, escuela, hospital, etc.) y las diferentes técnicas disciplinarias se articulan unas con otras. Deleuze destaca al respecto que la estructura económica y la fábrica presuponen los mecanismos disciplinarios que ya actúan sobre las almas y los cuerpos, y no a la inversa. Otras fuerzas y otras dinámicas pueden entonces ser convocadas para explicar el progreso del capitalismo. Estas fuerzas y estas dinámicas implican evidentemente la relación entre capital y trabajo, pero no se reducen a ella.”<sup>50</sup>

En este sentido, en el campo biopolítico el elemento que circula entre individuo y población, aplicable tanto a los cuerpos que devienen dóciles, como a las poblaciones que se quieren regular –ortopedia social-, es la norma. La sociedad de normalización es aquella “en la que se cruzan, según una articulación ortogonal, la norma de la disciplina y la norma de regulación.”<sup>51</sup> Es decir, el elemento que transita y posibilita el mantenimiento del equilibrio entre el orden disciplinario del cuerpo y el orden de la población es *la norma*, que da lugar a la sociedad de normalización, una sociedad regida por esa norma ambivalente, en la cual cohabitan individuo y población, disciplina y reglamentación.<sup>52</sup>

Foucault sitúa el desarrollo de la sociedad disciplinaria en los siglos XVIII y XIX,<sup>53</sup> para alcanzar su apogeo en el siglo XX. La disciplina opera mediante la organización de grandes centros de encierro donde el individuo se mueve constantemente de un círculo cerrado hacia otro, cada uno de los cuales establece

---

tipo de distinción y dondequiera que el sistema carcelario fue instituido los detentadores de poder lo utilizaron como medio de eliminación de los “indeseables”, *ibidem*, pág. 87. A mayor abundamiento ver Rusche, G., /Kirchheimer, O., *op.cit.*, págs. 50-62; y 75; asimismo véanse los trabajos compendiados en Bergalli, R., /Marí, E., (coords.), *Historia ideológica del control social (España-Argentina, siglos XIX y XX)*, PPU, Barcelona, 1989.

<sup>50</sup> Lazaratto, M., *Por una política menor. Acontecimiento y política en las sociedades de control*, (trad. Rodríguez), Traficantes de sueños, Madrid, 2006, pág. 75.

<sup>51</sup> Foucault, M., “*Hacer vivir y dejar morir...*”, *op.cit.*, pág. 86.

<sup>52</sup> Pogrebinschi, T., “*Foucault, para além do poder disciplinar e do biopoder*”, *op. cit.*, pág. 189.

<sup>53</sup> Tanto la policía como la prisión surgen en el ámbito de las prácticas administrativas del Antiguo Régimen. El Estado adoptó formas policiales de control para incluir a los ciudadanos y excluir a los sospechosos. Estas formas tienden a eludir los límites opuestos por el Derecho. La policía como cuerpo burocrático se autoinvistió como poder y ejercitante de la fuerza del Estado. Foucault en *Vigilar y castigar*, *op. cit.*, pág. 216, explica que “si bien la policía como institución ha sido realmente organizada bajo la forma de un aparato del Estado, y si ha sido realmente incorporada de manera directa al centro de la soberanía política, el tipo de poder que ejerce, los mecanismos que pone en juego y los elementos aplicables son específicos. Es un aparato que debe ser coextensivo al cuerpo social entero y no sólo por los límites extremos que alcanza, sino por la minucia de los detalles de que se ocupa. El poder policiaco debe actuar sobre todo”; véase Recasens i Brunet, A., “*Aquellas aguas trajeron estos lodos: la burguesía y los orígenes del aparato policial*”, en Bergalli, R., /Martí, E., *Historia ideológica...*, *op.cit.*, págs. 288 ss.

sus leyes: la familia, la escuela, el cuartel, la fábrica, el hospital, la cárcel, cuya sistematicidad se sucede analógicamente.<sup>54</sup>

El proyecto de los centros de encierro es el de concentrar, repartir el espacio y ordenar el tiempo, componer espacio-tiempo en una fuerza productiva cuyo efecto debe superar las fuerzas de los componentes individuales.<sup>55</sup> Sin embargo, como propone Deleuze, las disciplinas están entrando en crisis en provecho de nuevas formas que se fueron desplegando lentamente, para precipitarse en los fines de la segunda Guerra Mundial: “Las sociedades disciplinarias es lo que estamos dejando de ser.”<sup>56</sup>

En este *dejar de ser*, los dos elementos del trabajo de Foucault – el biopoder y la disciplina- se anudan en una *cinta möbius*<sup>57</sup> debido a que sólo la sociedad de control está en condiciones de adoptar el contexto biopolítico como su terreno exclusivo de referencia. En el paso de la sociedad disciplinaria a la sociedad de control, un nuevo paradigma de poder se realiza, el cual es definido por las tecnologías, al reconocer a la sociedad como el terreno del biopoder. En la sociedad disciplinaria, los efectos de las tecnologías biopolíticas eran aún parciales, en el sentido de que la ejecución de las normas se hacía según una lógica relativamente cerrada, geométrica y cuantitativa.<sup>58</sup>

El pasaje de la disciplina al control se explica por el cambio en la dimensión temporal de la modificación postmoderna de las estructuras productivas. Como explica Negri “en la época fordista, la temporalidad se medía en función de la ley del valor-trabajo: se trataba en consecuencia de una temporalidad analítica, abstracta y cuantitativa que, por oposición al tiempo vivo

---

<sup>54</sup> De Giorgi, A., *Tolerancia Cero. Estrategias y prácticas de la sociedad de control*, (prefacio T. Negri, presentación y traducción de Rivera /Monclús) Virus, Barcelona, 2005, pág. 50, afirma “La disciplina se coloca entre las grandes estrategias con las que la modernidad ha pretendido controlar la imposibilidad de garantizar conformidad del actuar con las condiciones estructurales de la sociedad capitalista.”

<sup>55</sup> Véase la excelente obra conjunta de Melossi, D., /Pavarini, M., *Cárcel y fábrica: los orígenes del sistema penitenciario (Siglos XVI-XIX)*, (trad., Massimi), Siglo XXI, México, 1980.

<sup>56</sup> Deleuze, G., “*Post-scriptum...*”, op.cit., pág. 5.

<sup>57</sup> La *cinta de Möbius*, introducida casi simultáneamente en 1858 por dos matemáticos alemanes, August Ferdinand Möbius y Johann Benedict Listing; fue el primer ejemplo de variedad no orientable, no euclidea. Es una figura que cuenta con una sólo cara, no tiene exterior o interior. Con esta figura queremos representar las mutaciones que se producen en la soberanía; a lo largo del trabajo iremos analizando: la imposibilidad de determinar un interior y un exterior que la distingue, el ejercicio del poder, del control, y de la legitimidad. Asimismo esta figura será utilizada para describir el control de las migraciones del Estado postmoderno. En el transcurso de la investigación nos encontramos con que Bigo, D., “*Internal and External Security(es): The Möbius Ribbon*”, en Jacobson, D., /Albert, M., /Lapid, Y., (eds.), *Identities, Borders, Orders: Rethinking International Relations Theory*, University of Minnesota Press, Minneapolis, 2001, págs. 160-184, utiliza la misma metáfora para analizar las mutaciones en el concepto de seguridad correspondiente a la globalización.

<sup>58</sup> Hardt, M., /Negri, T., *Imperio*, (trad. Alcira Bixio), Paidós, Barcelona, 2002, págs. 37-41, 187, 293, 302-304.

de trabajo, se llegaba a la composición del valor productivo del capital.... En la época postfordista, por el contrario, la temporalidad no está más solamente –ni totalmente– encerrada dentro de las estructuras del capital constante... la producción intelectual, inmaterial, afectiva (que caracteriza el trabajo postfordista) revela una excedencia.”<sup>59</sup>

Deleuze, por su parte, partiendo del análisis efectuado por Foucault, afirma que aquél provee de elementos mediante los cuales pueden establecerse los parámetros para analizar una nueva configuración, otra forma de sociedad, la actual. Si la disciplinabilidad fijaba a los individuos en el marco de las instituciones, no conseguía *consumirlos/consumarlos* enteramente al ritmo de las prácticas y de la socialización productivas; no alcanzaba a penetrar por entero las consciencias y los cuerpos de los individuos, hasta el punto de tratarlos y organizarlos en la totalidad de sus actividades. En la sociedad disciplinaria, la relación entre el poder y el individuo era todavía una relación estática: la invasión disciplinaria del poder "contrapesaba" la resistencia del individuo. Por el contrario, cuando el poder se hace totalmente biopolítico, el conjunto del cuerpo social es apresado por la máquina del poder y desarrollado en su virtualidad.<sup>60</sup>

Foucault se refiere habitualmente al *Ancien Régime* y al periodo clásico de la civilización francesa para ilustrar la aparición de la disciplina, pero se podría decir, más generalmente, que la primera fase de acumulación capitalista se hace enteramente bajo este modelo de poder. Por el contrario, la sociedad de control debemos comprenderla como la sociedad que se desarrolla en el extremo fin de la modernidad, y opera sobre lo postmoderno, donde los mecanismos de dominio se vuelven siempre más "democráticos", siempre más inmanentes al campo social, difusos en el cerebro y los cuerpos de los ciudadanos. Los comportamientos de integración y de exclusión social propios al poder son, de este modo, cada vez más, interiorizados en los propios sujetos. El poder se ejerce ahora por máquinas que organizan directamente los cerebros (por sistemas de comunicación, de redes de información, etc.) y los cuerpos (por sistemas de ventajas sociales, de actividades encuadradas, etc.) hacia un estado de alienación autónoma, partiendo del sentido de la vida y del deseo de creatividad.<sup>61</sup>

---

<sup>59</sup> Negri, A., *La fábrica de porcelana...*, op.cit., pág. 54.

<sup>60</sup> Cfr. Virno, P., *Gramática de la multitud. Para un análisis de las formas de vida contemporáneas*, (trad. Gómez/Estop/Santucho), Traficantes de sueños, Madrid, 2003, págs. 29 ss; Rodríguez, E., *El gobierno imposible. Trabajo y fronteras en las metrópolis de la abundancia*, Traficantes de sueños, Madrid, 2003, págs. 82 ss; Bauman, Z., *La modernidad líquida*, op.cit., págs. 35 ss.

<sup>61</sup> Hardt, M., /Negri, A., *Imperio*, op.cit., págs. 187 ss; de los mismos autores *El trabajo de dionisos*, (trad. Sánchez Cedillo), Akal, Madrid, 2003, págs. 13 ss.; Barcellona, P., "Una nuova "narrazione": la strategia dei nuovi diritti", en Rivera, et.al., *Contornos y repliegues...*, op.cit., págs. 48 ss.; Virno, P., *Gramática de la multitud*, op.cit., págs. 82 ss.; Rodríguez, E., *El gobierno..*, op.cit., págs. 124 ss.; Lazaratto, M., *Por una política menor..*, op.cit., págs. 83 ss.

La sociedad de control podría así ser caracterizada por una intensificación y una generalización de los aparatos normalizadores que alientan subjetivamente nuestras prácticas comunes y cotidianas en busca de un nuevo orden, resolviéndose en un aumento del poder policial; pero al contrario de la disciplina, este control se extiende mucho más allá de las estructuras de las instituciones sociales de acuerdo con la creciente tecnificación, por la vía de redes flexibles, modulables y fluctuantes<sup>62</sup>: que modifican los comportamientos de integración y de exclusión social, excepción de por *medio*.

Así, en el espacio delimitado por las formas que ha ido asumiendo el control, la sociedad, bajo un poder que desciende hasta centros vitales de la estructura social y de sus procesos de desarrollo, reacciona como un único cuerpo: es por ello que se establece una relación abierta, cualitativa y afectiva. El poder se expresa así como un control que invade las profundidades de las consciencias y de los cuerpos de la población – y que se extiende, al mismo tiempo, a través de las relaciones sociales.<sup>63</sup>

En este cuerpo único, los “interiores” de los centros disciplinarios están en crisis y comenzamos a vislumbrar el control “al aire libre” que reemplaza a las disciplinas que actuaban en los espacios cerrados.<sup>64</sup> El panóptico abandona los interiores disciplinarios<sup>65</sup> para diseminarse por todo el espacio social público y privado, o aún más claramente, en el híbrido que se gesta, justamente en esta recodificación panóptica: la privatización del instrumento benthamiano.<sup>66</sup>

Mientras que los sistemas por los que va transitando el individuo de la sociedad disciplinaria son, en cierto modo independientes, aunque tengan un lenguaje analógico, los diferentes dispositivos de control son variables inseparables que configuran una geometría dúctil, cuyo lenguaje es numérico. Los encierros son moldes, mientras que los controles constituyen una *modulación*, “como una suerte de moldeado autodeformante que cambia constantemente

---

<sup>62</sup> De Giorgi, A., *Tolerancia Cero...*, op.cit., págs. 43 ss.; esta misma idea puede encontrarse en Cohen, S., *Visiones del control social*, (trad. Larrauri), PPU, Barcelona, 1988, págs. 137 ss.

<sup>63</sup> Hardt, M., Negri, T., “*La producción biopolítica*” disponible en [www.rebellion.org/izquierda/biopolitica/80301.htm](http://www.rebellion.org/izquierda/biopolitica/80301.htm)

<sup>64</sup> Sobre el punto véase Lyon, D., *El ojo electrónico. El auge de la sociedad de vigilancia*, (trad. Alborés), Alianza, Madrid, 1995; Touraine, A., *Un nuevo paradigma. Para comprender el mundo de hoy*, (trad. López Tobaja, Tabuyo), Paidós, Buenos Aires, 2006.

<sup>65</sup> Rodríguez Magariños, F., *Cárcel electrónica. Bases para la creación del sistema penitenciario del siglo XXI*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, en especial págs. 92 ss.

<sup>66</sup> Bauman, Z., *Vidas desperdiciadas. La modernidad y sus parias*, (trad. Hermida Lazcano), Paidós, Barcelona, 2005, págs. 169-171, donde puede leerse el análisis entre el “viejo” orwelliano Big Brother y el actual. Porque, como será objeto de análisis, mientras que la disciplina era un proyecto de largo plazo y de ejecución discontinua, los dispositivos de control actual se articula de forma continua, a corto plazo. Este nuevo paradigma que atraviesa la transición se expresa en la prevención situacional, donde el control se vuelve autorreferencial, por una doble deslocalización de las funciones de control.



como un tamiz cuya malla varía en cada punto.”<sup>67</sup> El panóptico se ha desplazado y expandido por el espacio reticular de la ciudad; se vuelve *ubicuo*.<sup>68</sup>

### 1.2.a. El cambio institucional

Los cambios en las formas e instituciones propios de la sociedad de control son señalados porque producen la movilización de los contenidos y principios esenciales de la política criminal<sup>69</sup> diseñada por el Estado postmoderno.

Algunas novedades y muchas continuidades podemos observar, sin embargo, en las políticas de control a lo largo de la hegemonía capitalista.

Como será objeto de estudio en las líneas que siguen, la fluidez que ostenta el capital en los procesos globalizadores, no debería hacernos pensar en un debilitamiento del aparato de control estatal, porque la sociedad del riesgo produce la emergencia de nuevas formas de castigar, de juzgar y también de controlar, cuyo marco epistemológico permite nuevas formas de modulación y articulación con reverberaciones totalitarias en nombre de la eficacia.<sup>70</sup>

Con todo, si el Derecho penal actual es un Derecho en crisis, *fluctuante*, ello sucede porque estamos abandonando unas formas y transitando hacia otras. Por su parte, las sociedades disciplinarias presentaban dos polos: la marca que

---

<sup>67</sup> Deleuze, G., “*Post-scriptum...*” op.cit., pág. 6.

<sup>68</sup> La extensión masiva del control de la población, así como la mayor atención que han puesto algunos intelectuales sobre los dispositivos cotidianos a que nos vemos sometidos, permite afirmar que estas estrategias de control no son del todo nuevas. Como afirma Anitua, G.I., “*Apuntes para una historia del control de las poblaciones*” en Baigún, D., (dir.), *Estudios sobre justicia penal. Homenaje al Profesor Julio B.J. Maier*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2005, pág., 509 “Saber quién es el otro con sólo mirarlo ha sido la obsesión del control desde la época moderna y a pesar de la innovación tecnológica, como señaló Christie “en el campo del control social, rara vez se introducen invenciones radicalmente nuevas”, en la página siguiente, Anitua afirma “Aunque los controles identificatorios serían una excepción hasta el siglo XX es entonces, en la constitución de los Estados nacionales cuando se gestó el control biopolítico al que responden los controles aeroportuarios (que he mencionado) pues la construcción de una identidad nacional requería de la identificación de los “ciudadanos”. La nueva lógica identificatoria construirá “identidades” nacionales mediante un complejo mecanismo de inclusión-expulsión de las diferencias culturales. Este será el primer intento de controlar “incluyendo”, aunque a la vez generará una nueva forma de “exclusión”. Véase Parenti, C., *War on crime*, disponible en [www.sfbg.com/News/33/07/Features/cops.html](http://www.sfbg.com/News/33/07/Features/cops.html) ; Virno, P., *Gramática de la multitud*, op.cit., págs. 132 ss.; De Giorgi, A., *Tolerancia Cero*, op.cit. págs., 82 ss.; del mismo *El gobierno de la excedencia. Postfordismo y control de la multitud*, (introducción Brandariz García, J.A., /Faraldo Cabana, P., (trad. Brandariz García/Bouvier), Traficantes de sueños, Madrid, 2006, en especial, págs. 139 ss.

<sup>69</sup> En el mismo sentido, Portilla Contreras, G., *El Derecho penal entre el cosmopolitismo universalista y el relativismo postmodernista*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, pág. 39; Diez Ripollés, J.L., *La política criminal en la encrucijada*, BdeF, Montevideo- Buenos Aires, 2007; De Giorgi, A., *Tolerancia Cero*, op.cit., págs. 23 ss.; Brandariz García, J.A., *Política criminal de la exclusión*, Comares, Granada, 2007, págs. 33 ss.

<sup>70</sup> Anitua, G. I., “*Apuntes para una historia...*”, op.cit., pág. 512, y la bibliografía citada en nota anterior.

identifica al individuo y el número que indica su posición en la masa. El poder de la disciplina es, a la vez, individualizador y masificador, es decir, organiza una corporeidad con aquellos sobre los que ejerce el poder, al mismo tiempo que modela la individualidad.<sup>71</sup> En este sentido, la fábrica era un cuerpo cuyas fuerzas interiores deberían alcanzar un punto de equilibrio, lo más alto para la producción, lo más bajo para los salarios. La fábrica hacía de los individuos un cuerpo presentando la doble ventaja que, de este modo, el patrón vigilaba a cada uno de la masa, y, por su parte, los sindicatos, movilizaban la masa de resistentes.<sup>72</sup>

En la sociedad de control, donde el lugar de la fábrica es ocupado por el alma de la empresa, lo importante es una cifra, ésta es una contraseña –lo que permite o no el acceso a la información– en tanto que las sociedades disciplinarias operaban con consignas tanto de carácter individual como colectivo.<sup>73</sup> En la fluidez, el individuo ha devenido “dividuo” y las masas “bases de datos”. No se trata simplemente de innovación tecnológica, sino una mutación más del capitalismo. El capitalismo del siglo XIX es uno guiado por la concentración, tanto en lo que hace a la producción como en lo atinente a la propiedad. En la actual situación, el capital no se concentra en la producción, relegada a los países del tercer mundo sino que es un capital que opera en la superproducción de signos. Lo que intenta vender son productos y servicios y lo que quiere adquirir son acciones en un mercado volátil y fluido. No más producción sino productos, por eso tiene carácter disperso y, por eso, la empresa ha ocupado el antiguo lugar de la fábrica.<sup>74</sup>

En el contexto del Estado postmoderno, las dinámicas que se establecen en el triángulo foucaultiano del derecho, la verdad y el poder producen que el control se ejerza en forma de gestión a corto plazo, pero también de forma continua e ilimitada, a diferencia de la disciplina que tenía una duración finita y discontinua. Los dispositivos de control requerirán una flexibilidad que sólo la forma administrativa puede darle en detrimento de la rigidez de la legitimidad

---

<sup>71</sup> Foucault, M. “Tecnologías del yo” en *Tecnologías del yo y otros textos afines*, Paidós, Barcelona, 1991, donde explica que la individualización y la totalización son dos formas de una misma racionalidad política.

<sup>72</sup> De Sousa Santos, B., *Crítica de la razón indolente. Contra el desperdicio de la experiencia*, op.cit., págs. 156 ss.

<sup>73</sup> En este sentido hablamos de postfordismo. Los cambios acaecidos en el modo de producción capitalista originan nuevos conflictos: precariedad laboral y social, disidentes, inmigrantes. La *multitud* como sujeto político implica la incapacidad de controlar la movilidad característica de esta nueva hipersubjetividad, ya que el “trabajo inmaterial” en su continuo movimiento designará nuevas formas de control, ya no del tiempo, sino del espacio. La incapacidad de las estructuras disciplinarias para normalizar la excedencia postfordista darán lugar a un control que se expande hacia las “nuevas clases peligrosas” que establecerán las nuevas modulaciones determinadas por la categoría del riesgo. Véase Portilla Contreras, G., *El Derecho penal entre el cosmopolitismo.....*, op.cit., págs. 36 ss.

<sup>74</sup> Rodríguez, E., *El gobierno..*, op.cit., pág. 83; Hardt, M., / Negri, A., *Imperio*, op.cit., pág. 315.

de la ley del Estado nación moderno. Sin embargo este pasaje, como señaláramos, no es definitivo, sino que por el contrario se ve signado por el retorno de formas y mecanismos propios de las sociedades de soberanía de las que dio cuenta el análisis de Foucault.

Así las cosas, en nuestros días el hombre no sólo está “disciplinado.” también endeudado.<sup>75</sup> “Sin duda una constante del capitalismo sigue siendo la exclusión de las tres cuartas partes de la humanidad, demasiado pobre para ser endeudados y demasiado numerosos para encerrarlos: el control no tendrá que afrontar solamente la difuminación de las fronteras, sino también de los disturbios en los suburbios y guetos”.<sup>76</sup> Así es posible, como luego veremos, que algunos mecanismos de la sociedad de la soberanía vuelvan a aparecer.<sup>77</sup>

Mediante la referencia a estos cambios y la consiguiente puesta en crisis del paradigma de control anterior,<sup>78</sup> nos proponemos sentar las bases de un análisis genealógico de la política criminal y del Derecho penal en sus derroteros actuales. En virtud de ello, habremos de, en primer lugar, analizar los cambios que se producen a partir de los procesos globales, analizándolos como los escenarios de un fenómeno complejo y plurisignificativo, para luego indagar respecto de los efectos que éstos producen sobre el concepto de soberanía.<sup>79</sup> La

---

<sup>75</sup> Bauman, Z., *Vidas desperdiciadas*, op.cit., pág. 142; Clairmont, F., *Una deuda que amenaza al imperio*, Le Monde Diplomatique, Edición española, abril 2003, pág. 14.

<sup>76</sup> Deleuze, G., “*Post-scriptum...*”, op.cit., pág. 8; Bonelli, L., “*Obsesión securitaria e ilegalismos populares en Francia, desde principios de 1980*”, (trad. Bessa/González), en Bergalli R., / Rivera Beiras, I., (coords.), *Política criminal de la guerra*, Anthropos, Barcelona, 2005, págs. 101 ss.

<sup>77</sup> En el próximo capítulo será objeto de estudio más exhaustivo, no obstante, es dable enunciar algunas de las características de la topografía del control social, siguiendo a Brandariz García, J.A., *Política criminal de la exclusión*, op.cit., pág. 35, donde precisa algunas notas características como: a) crisis del modelo correccional, y como consecuencia de ella el resurgimiento de las lógicas de penalidad intimidatorias y neutralizadoras, el control deviene autorreferencial; b) el control se ejerce sobre grupos considerados de riesgo a través de una lógica de redistribución más que de reducción del riesgo, un puro control excluyente; c) en este sentido se produce una creciente centralidad de la figura del migrante como sujeto de este tipo de control como sujeto en el cual convergen las crisis actuales (postfordismo). Asimismo Portilla Contreras, G., “*La configuración...*”, op.cit., págs. 155 ss, porque de igual manera que nosotros entiende que no se produce un cambio total de paradigma, ya que como será objeto de tratamiento en el capítulo cuarto, la política punitiva del enemigo “trasciende la lógica punitiva de las sociedades de control”. En este sentido es dable apuntar que de lo que se trata es la contradictoria connivencia de lógicas neoliberales (Deleuze, De Giorgi,) y lógicas excluyentes. Recogen esta salvedad Garland, D., *La cultura del control: crimen y orden social en la sociedad contemporánea*, (trad. Sozzo), Gedisa, Barcelona, 2005; Brandariz García, op.ult.cit., nota 95, pág. 34, nota 95.

<sup>78</sup> Siguiendo la propuesta metodológica de Foucault adoptada, es necesario precisar que no se trata de la extinción total del anterior paradigma, sino que nos encontramos, como afirman los autores citados en la nota anterior, frente a una etapa de transición. Véase asimismo como esta premisa epistemológica se encuentra presente en el análisis que produciremos respecto de los procesos globalizadores en los próximos epígrafes.

<sup>79</sup> De Sousa Santos, B., *Crítica a la razón....*, op.cit., págs. 175 ss.

soberanía -weberianamente entendida<sup>80</sup>- como el monopolio en el uso de la violencia, como discurso organizador de sentido para la constitución del Estado nación, se encuentra seriamente cuestionada ante la configuración del escenario actual.<sup>81</sup>

El uso de la fuerza y sus limitaciones –cuestión axial a tratar a lo largo del trabajo- dependerán de la forma de soberanía, ello porque la cuestión del trazado del perímetro dentro del cual la potencia punitiva podrá ser activada y aplicable, es una decisión política.<sup>82</sup> Es preciso entonces, para las nuevas modulaciones que aparecen como los efectos de los procesos globalizadores y las mutaciones de las subjetividades consiguientes, analizar las derivas e imbricaciones que sufren las concepciones abstractas y anquilosadas respecto del poder, del derecho y del ejercicio de la fuerza.<sup>83</sup> Todo ello con el fin de desvelar el concepto de orden que se articula en la fluidez que produce mutaciones en la soberanía y en los dispositivos que se activan para otorgarle legitimidad.<sup>84</sup>

Frente a la complejidad que encierra esta problemática -cuyo tratamiento e investigación pretende mostrarla como una situación irreversible-, ante la cual ya no hay más alternativa, nosotros postulamos que este tiempo puede ser fértil, con todas sus anomalías, contradicciones, ambigüedades, indeterminaciones, incertidumbres y riesgos, para plantar nuevas racionalidades que permitan cosechar otra democracia; ámbito dentro del cual se configurarán la política criminal y los sistemas penales correspondientes con ella.<sup>85</sup> No obstante, es dable

---

<sup>80</sup> Weber, M., *Economía y Sociedad. Esbozo de sociología comprensiva*, (trad. Medina Echavarría), Fondo de Cultura Económica, México, 1944, págs. 43-44 afirma “por Estado debe entender un instituto político de actividad continuada, cuando y en la medida en que su cuadro administrativo mantenga con éxito la pretensión al monopolio legítimo de la coacción física para el mantenimiento del orden vigente”

<sup>81</sup> Rivera Beiras, I., “Elementos para una aproximación epistemológica”, en Rivera Beiras, I., (coord.) *Política criminal y sistema penal. Viejas y nuevas racionalidades punitivas*, Anthropos, Barcelona, 2005, pág. 19.

<sup>82</sup> Bustos Ramírez, J., “Política criminal y Estado”, s/f., disponible en <http://www.cienciaspenales.org/REVISTA%2012/BUSTOS12.htm>.

<sup>83</sup> En este sentido, oportunas resultan las críticas del poder jurídico realizadas por Benjamin, W., *Conceptos de filosofía de la historia*, Terramar, La Plata, 2007, pág. 132, en estos términos “La función de la violencia en la fundación jurídica es, en efecto, debe en el sentido de que la fundación jurídica, si bien persigue lo que es instaurado como derecho, una vez establecido, no depone en modo alguno la violencia, sino que sólo ahora hace de ella en sentido estricto, es decir, inmediatamente, violencia fundadora de derecho, en cuanto instaure como derecho, con el nombre de poder, no ya un fin inmune e independiente de la violencia, sino íntima y necesariamente ligado con ésta. Fundación de derecho es creación de poder, y en tal medida un acto de inmediata manifestación de violencia”.

<sup>84</sup> La nueva articulación de la soberanía y de la ciudadanía que se corresponda con ella es una variable de análisis que atraviesa todo el presente trabajo. En especial, el tratamiento efectuado en los Capítulos 2 y 5.

<sup>85</sup> Sobre el devenir del Estado actual en una intervención mínima en lo socioeconómico y sus repercusiones en el sistema penal ver el interesante trabajo de Bergalli, R., “Las funciones del

aquí hacer eco respecto de la matización que efectúa Brandariz García, porque si bien es cierto que “el Derecho penal del presente sigue insertándose en una forma-Estado que continúa siendo calificada como *social y democrática de Derecho*, tanto en el caso español (art. 1.1 CE) como en el de muchos otros países extranjeros. Pero también lo es que esa formulación, clave de bóveda del edificio de la constitución formal del Estado, se relaciona con la constitución *material* de una sociedad, que perfectamente puede –como parece ser el caso- haber superado esa etapa en la que todavía se inserta la constitución *formal*. Y esa nueva constitución *material*, más pronto o más tarde, va a tener expresión en textos normativos y en funciones asignadas al sistema penal, para los cuales los postulados, y las claves de interpretación, derivados de la constitución *formal* pueden resultar insuficientes. La lógica de esta premisa de partida se capta si se asume, como aquí se hace, que el Estado Social no es ya la forma-Estado que caracteriza la etapa presente.”<sup>86</sup>

En el mismo sentido, expresa Bergalli que “los fundamentos del Estado de Derecho, conocidos bajo la forma social y democrática, aplicados por y en los sistemas penales que en Europa continental se han acogido a dicha forma-Estado, están siendo tergiversados a causa de los efectos de una perversa globalización planetaria...”<sup>87</sup>

Frente a la pérdida del espacio público y el sucesivo desanclaje de las relaciones intersubjetivas que allí se establecían -una de las consecuencias determinantes de los procesos globalizadores-, se producirán cambios en las estructuras, los discursos y, simultáneamente, en las instituciones y subjetividades respecto de las formas que habrá de adquirir el control social.<sup>88</sup> Así las cosas, para el análisis del fenómeno señalado, tomamos como presupuesto necesario, que los contenidos de la política criminal y del Derecho penal deberán estar delineados, en principio, por la forma de Estado descrita en la Constitución,<sup>89</sup> operando como premisa de una novedosa articulación de la dinámica democrática que se corresponda con el movimiento que caracteriza la etapa actual.

Si al Derecho penal <sup>90</sup> conciernen la libertad y los Derechos fundamentales, el debate respecto de cuáles serán los contenidos y límites del

---

*sistema penal en el Estado constitucional de Derecho, social y democrático: perspectivas socio jurídicas*”, en Bergalli, R., (coord.), *Sistema penal y problemas sociales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, págs. 69 ss.

<sup>86</sup> Cfr. Brandariz García, J.A., *Política criminal de la exclusión*, op.cit., págs., 4-5.

<sup>87</sup> Bergalli, R., “*Garantías, sistema penal y exclusión social*”, en Baigún, D., (dir.), *Estudios sobre justicia penal*, op.cit., pág. 538.

<sup>88</sup> Cfr. De Giorgi, A. *El gobierno de la excedencia.....*, op.cit., pág. 88, notas 1 y 2.

<sup>89</sup> Por todos, Mir Puig, S. *El Derecho penal en el Estado Social y Democrático de Derecho*, Ariel Derecho, Barcelona, 1994.

<sup>90</sup> En este punto, como en tantos otros que serán objeto de tratamiento en la presente tesis doctoral, seguimos a Zaffaroni, E.R., /Alagia, A., /Slokar, A., *Derecho Penal. Parte General*, 2da. Ed., Eida, Buenos Aires, 2002, pág. 4, cuando afirma que el término de *Derecho penal* es equívoco debido a que con frecuencia se lo emplea para “designar una parte del objeto del saber del

poder penal de un derecho que ha devenido flexible, presta un espacio para el diálogo democrático y viceversa.<sup>91</sup>

### 1.3. El contexto de la globalización. Efectos sobre el sistema penal

Para poder estudiar los efectos sobre las formas que va adquiriendo el control social en la actualidad, en este punto nos proponemos analizar algunas de las lecturas que se han ido haciendo respecto del fenómeno de la globalización, ya que si bien encontramos puntos de coincidencia, fueron los distintos matices y argumentos los que en definitiva orientaron el presente apartado.<sup>92</sup>

En este sentido, los procesos globales condicionan progresivamente los Derechos a la racionalidad económica y, en función de ello, no tardan en convertir la ley penal en un instrumento de control<sup>93</sup> y de eficacia de otras instancias de control del ahora Estado social en crisis,<sup>94</sup> perdiendo así su carácter de rama del ordenamiento autónoma para devenir sólo el reforzamiento de las políticas predominantemente administrativas (de policía.)

Es en este contexto en el que pretendemos efectuar un análisis del estatuto de la ley penal, afectado sustancialmente en virtud del desmoronamiento de las instancias mediadoras, destacando que una de las que más se resiente es la idea del monopolio del ejercicio de la violencia en virtud de un Estado soberano asentado en un territorio. Esta categoría se ve menoscabada por la distorsión regulada de los vínculos que establecían los principios de la modernidad entre política y economía, donde la tarea de la primera consistía en delimitar los

---

Derecho penal, que es la *ley penal*. La imprecisión no es inocua, porque confunde *Derecho penal* (*discurso de los juristas*) con legislación penal (*acto del poder político*) y, por ende, *Derecho penal* con *poder punitivo*, que son conceptos que es menester separar nítidamente, como paso previo al trazado de un adecuado horizonte de proyección del primero.”

<sup>91</sup> El desarrollo de este punto será el que conceda la posibilidad de nuestro planteamiento político-criminal que llevaremos a cabo en el Capítulo 5.

<sup>92</sup> Véase Estévez Araujo, J.A., “*Ciudadanía cosmopolita versus globalización neoliberal*”, en Silveira Gorsky, H.C., (ed.), *Identidades comunitarias y democracia*”, Trotta, Madrid, 2000, págs. 285 ss.

<sup>93</sup> Wacquant, L., *Las cárceles de la miseria*, op.cit., en especial págs. 45 ss.; Bergalli, R., “*Las funciones...*”, op.cit., págs. 710 ss.; Silva Sánchez, J.M., *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, 2ª ed. Civitas, Madrid, 2001, págs. 69 ss.; Brandariz García, J.A., “*Itinerarios de evolución del sistema penal como mecanismo de control social en las sociedades contemporáneas*”, en Faraldo Cabana, P., (dir), Brandariz García, J.A., /Puente Aba, L.M., (coords.), *Nuevos retos del Derecho penal en la era de la globalización*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, págs. 17 ss.

<sup>94</sup> Serrano Piedecosas. J.R., *Emergencia y crisis del Estado social*, PPU, Barcelona, 1988; del mismo su homenaje a Baratta Serrano Piedecosas, J.R., “*Consecuencias de la crisis del Estado social*”, en Pérez Alvarez, F., (ed.), *Serta in Memoriam Alexandri Baratta*, Universidad de Salamanca, Salamanca, 2004, págs. 921-940.

marcos jurídicos y sociales dentro de los cuales el quehacer económico era posible y legítimo.<sup>95</sup>

Destacamos esta *caracterización* porque nuestra investigación está orientada a descubrir el nuevo estatuto de legitimidad de la ley penal, su legitimación e institucionalización en el transcurrir de la transición de los procesos globalizadores; ello a partir del estudio de las estrategias de control que se despliegan en los mutantes escenarios *locales*.<sup>96</sup>

Si los Estados nación se edificaron con los materiales de la soberanía ineludible, sobre territorios impermeables y fronteras infranqueables, porque de otro modo no tiene sentido hablar de soberanía, el interrogante al que se exponen nuestras antiguas concepciones y organizaciones de significado apuntan al núcleo configurativo del Estado nación como tal.<sup>97</sup> En el medio fluido actual se descomponen los conceptos que hacían de pilares de todo nuestro pensamiento, cambian las formas y las relaciones, los conflictos y los poderes, los espacios y las temporalidades.<sup>98</sup>

Así las cosas, el Estado postmoderno emerge como la consolidación de la intensificación de las relaciones que se establecen entre lo local y lo global producida por las dinámicas de los procesos globales.<sup>99</sup> Aquél se transforma bajo el impulso de influencias distantes que se entremezclan con las propias, hasta devenir prácticamente inescindibles. Como corolario de ello, destaca Beck, que la “globalización” comprende actuaciones que prescinden de las distancias, es decir, un proceso que surge, entre otras cosas, de la transformación del tiempo y del espacio como consecuencia de los medios de comunicación y unas posibilidades de transporte masivo globales.<sup>100</sup> Los muros de las distancias se derrumban para el capital, los riesgos y lo “extraño” es el “peregrino que llega hoy y se queda mañana.”<sup>101</sup>

Así las cosas, los términos en que se analice y exponga la globalización tendrán anclaje en las diversas dimensiones en que se moldean las orientaciones de un mundo que ha devenido global, con todas sus contradicciones,<sup>102</sup>

---

<sup>95</sup> Ver Beck, U., *¿Qué es la globalización? Falacias del globalismo, respuestas a la globalización*, Paidós, Barcelona, 1998.

<sup>96</sup> Véase *infra* 2.8.

<sup>97</sup> Entre otros, Hardt, M./Negri, A., *El trabajo de dionisios*, op.cit. *pássim*; de los mismos autores *Imperio*, op.cit.; Gorz, A., *Misericordias del presente, riqueza de lo posible*, Paidós, Buenos Aires, 1998; Faria, J.E., *El Derecho en la economía globalizada*, Trotta, Madrid, 2001; Capella, J.R., *Fruta prohibida. Una aproximación histórico-teórica al estudio del Derecho y del estado*, Trotta, Madrid, 1997.

<sup>98</sup> En el mismo sentido para producir un análisis del Derecho penal y de la política criminal en los derroteros actuales véase Portilla Contreras, G., *El Derecho penal entre....*, op.cit., *pássim*; Brandariz García, J.A., *Política criminal de la exclusión....*, op.cit., *pássim*.

<sup>99</sup> Véase *infra* 1.5.

<sup>100</sup> Beck, U., “De vecino a judío” en *La democracia y sus enemigos*, op.cit., págs. 138 ss.

<sup>101</sup> Simmel, G., citado por Beck, *¿Qué es la globalización...?*, op.cit., pag. 141.

<sup>102</sup> Véase De Sousa Santos, B., *La globalización del Derecho. Los nuevos caminos de la regulación y la emancipación*, ILSA, Bogotá, 1998; Stiglitz, J., *El malestar en la globalización*, Taurus, Madrid, 2002;

especialmente, en las formas en que las sociedades participan en la nueva condición humana global, surgida de la creciente interdependencia y comprensión témporo-espacial del mundo. Así entendida, la globalización, sería un concepto que se refiere “tanto a la comprensión del mundo como a la intensificación de la conciencia del mismo como un todo.”<sup>103</sup>

De allí que la globalización suponga necesariamente *la articulación de un plus de institucionalización del mercado mundial simultáneamente a la constatación de la inexistencia de instancias de mediación* propias de la sociedad disciplinaria, siendo este factor esencial para el desenvolvimiento de dicho proceso, apoyándose, “en una serie de oposiciones y equivalencias, que se sostienen y se responden, para describir las transformaciones contemporáneas de las sociedades avanzadas: *liberalización económica del Estado y refuerzo de sus componentes policiales y penales; desregulación de los flujos financieros y del mercado de empleo; reducción de la protección social y celebración moralizadora bajo la “responsabilidad individual.”*”<sup>104</sup>

En este sentido *la decisión política* que atañe a las relaciones entre mercado y sociedad queda definida bajo la epistemología moderna y, por tanto, desprovista de alternativas que no sean, en principio, las ineludibles. En este sentido, el discurso se articula en función de binomios excluyentes, en los cuales se presentan el progreso o el estancamiento, la libertad o la tiranía, el mercado o la barbarie,<sup>105</sup> pero –como veremos a lo largo de este y del próximo capítulo- la construcción de la subjetividad se encuentra cimentada sobre un modelo antropológico-político determinado: el que está en la génesis de los procesos de interpretación social<sup>106</sup> y, éstos se reproducen con base en la contingencia, la incertidumbre y se transforman al ritmo de hibridaciones continuas.

En este sentido, la forma jurídica *emergente* de los procesos globalizadores rearticula y pretende la imposición de nuevos contenidos para la ciudadanía que se correspondan con el nuevo orden,<sup>107</sup> pero siempre bajo el esquema maniqueo moderno. En virtud de esta situación epistemológica, hemos decidido

---

Teubner, G., (ed.) *Global law without a State*, Aldershot Dartmouth Publishing Co., Indiana, 1997, entre otros.

<sup>103</sup> Robertson, R., *Globalization: Social Theory and Global Culture*, Sage, 1992, pág. 8; García Blanco, “De la mundialización y la globalización al sistema de la sociedad mundial”, en Ramos Torre, R.,/ García Selgas, F., (eds.), *Globalización, riesgo y reflexividad. Tres temas de la teoría social contemporánea*. Centro de Investigaciones Sociológicas, Madrid, 1999, pág. 25.

<sup>104</sup> Bourdieu, P., /Wacquant, L., “La nueva vulgata planetaria”, *Le monde diplomatique* (ed. en español), mayo 2000, págs. 4-5.

<sup>105</sup> García Inda, A., “Ciudadanía y cultura de los Derechos: el “ciudadano consumidor”, en Bernuz Beneitez, M.J., Susín Betrán, R., (coord.) *Ciudadanía. Dinámicas de pertenencia y exclusión*”, Universidad de la Rioja, Servicio de Publicaciones, Logroño, 2003, págs. 61 ss.

<sup>106</sup> De Giorgi, A., *El gobierno de la excedencia...*, op.cit., pág. 119-120; Virno, P., *Gramática de la multitud*, op.cit., pág. 79, Rodríguez, E., *El gobierno imposible...*, op.cit., pág. 47.

<sup>107</sup> Esta afirmación será objeto de desarrollo cuando nuestra investigación se centre en el Derecho penal del enemigo (Capítulo 4).



cartografiar el fenómeno de los flujos migratorios, en especial, la subjetividad que lo encarna: el inmigrante irregular, porque ella nos permite rastrear los contornos del control y los nuevos confines que van siendo trazados por la diada inclusión/exclusión que va diluyéndose en la transición hacia el nuevo contrato social como consecuencia de una nueva inscripción de la soberanía.<sup>108</sup> Esta premisa epistemológica nos orienta para no caer en la trampa de seguir pensando e investigando el ejercicio de la potencia punitiva en el contexto de un orden reificado en Estado-nación moderno, ya que quedaría excluida la posibilidad misma de este planteamiento, esto es, la ambigüedad, la fluidez, el desorden propios de nuestra época que, en el ámbito de la política criminal y el Derecho penal, originan un cambio de paradigma que nos impele a la construcción de otro discurso.<sup>109</sup>

Un discurso que se construye a partir de la crítica de los dispositivos por medio de los cuales se expande e intensifica la potencia punitiva en nuestras sociedades, y el desvelamiento de lo que oculta para legitimarse; para desde allí, sentar las bases por las cuales deberá discurrir, esta vez *contenida*<sup>110</sup> en el espacio de resistencia para la realización de los Derechos humanos.

Si hemos decidido comenzar este trabajo con el análisis del desplazamiento del control social y la subjetividad que lo encarna -simbolizada en el plano de consistencia de los movimientos globales-, es porque como denunciáramos desde el principio, no pretendemos rescatar las antiguas categorías de pensamiento moderno, sino, por el contrario, pretendemos analizar los efectos que estos procesos multifacéticos y plurisignificativos<sup>111</sup> producen en el estatuto de la ley penal.

### 1.3. a. Algunas consideraciones y efectos de la globalización

El concepto de globalización comienza a ser utilizado a mediados de la década de los ochenta desde concepciones ortodoxas neoliberales. Esta postura sostiene que la lógica del capital -la del mercado y la de la tecnología-, *impone necesariamente un orden global caracterizado por la libre circulación del capital y el*

---

<sup>108</sup> Véase *infra* 1.10; 1.10.a, 1.10.b.

<sup>109</sup> En este sentido, Foucault, M., *La verdad y...*, op.cit., pág. 14 cuando se propone enseñar “cómo es que las prácticas sociales pueden llegar a engendrar dominios de saber que no sólo hacen que aparezcan nuevos objetos, conceptos y técnicas, sino que hacen nacer además formas totalmente nuevas de sujetos y sujetos de conocimiento”.

<sup>110</sup> Cfr. Zaffaroni, E.R., /Alagia, A., /Slokar, A., *Derecho penal.*, op. cit., págs. 7 ss.

<sup>111</sup> Dentro del ámbito sociológico que estudia el fenómeno de la globalización hay posturas como las de Wallerstein, Rosenau, Gilpin, Held, Robertson, Appadurai, Lash, Urry, Douglas, De Sousa, que privilegian una dimensión o una lógica especiales de la globalización -vgr. ecológica, económica, cultural, política, etc.- Este trabajo pretende sólo presentar algunas de las perspectivas de análisis, a fin de evaluar sus efectos sobre el sistema penal, por lo cual este debate, que se da en otras disciplinas, no será objeto de disquisiciones exhaustivas, sino sólo se apuntarán sus lineamientos fundamentales.

*desarrollo de los elementos institucionales del libre mercado, que tiene como consecuencia una nueva definición del Estado y sus funciones.*<sup>112</sup>

Sus efectos más destacables serían: expansión del comercio multilateral, internacionalización y libre circulación de los mercados financieros y de la inversión extranjera, sociedad de la información y de la comunicación, mercado de trabajo mundial; sin pretender aquí una exhaustiva enumeración. No obstante, aunque intenta aparecer como la descripción acabada del cumplimiento del ideario moderno, la globalización es más bien un *paradigma*, es decir, un instrumento de conocimiento de la realidad y, sobre todo, una herramienta de configuración de aquella, con la evidente *función ideológica de coartada para tratar de legitimar proyectos sociales y políticos funcionales a la ideología y a los intereses del neoliberalismo económico*, que es quien propone tal paradigma.<sup>113</sup>

Como ha sido subrayado por diversos autores,<sup>114</sup> se trata de convertir un determinado modelo de racionalidad económica, basado en el individualismo metodológico (el atomismo), en el dogma de racionalidad y de objetividad social. Se pretende elevar a la categoría de paradigma ordenador y, por tanto excluyente, a los mismos términos en que se basa el modelo. Se pretende la asimilación hegeliana de la realidad con la racionalidad.<sup>115</sup>

Esta concepción de la globalización, inexacta, prevalece hoy día y tiende a imponerse cada vez más, toda vez que la globalización pasa del discurso científico al político y de allí al lenguaje común. Transparente, en principio, desprovista de complejidad, la idea de globalización produce opacidad, más que presentar un paradigma clarificador de lo que está sucediendo. Esta perspectiva deberá ser considerada como un dispositivo ideológico, dotado de intencionalidades específicas. En este sentido, De Sousa señala dos intencionalidades, por un lado, lo que él denomina como *la falacia del determinismo* que consiste en la imposición de la idea en virtud de la cual la globalización sería un proceso automático, espontáneo, irreversible que se intensifica según avanza con dinámica propia y que, es lo suficientemente fuerte como para imponerse

---

<sup>112</sup> Para el análisis de este punto véanse los trabajos de De Sousa Santos, B., *El milenio huérfano. Ensayos para una nueva cultura política*, (presentación de Monedero), Trotta/ILSA, Madrid, 2005; del mismo *La caída del angelus novus: ensayos para una nueva teoría social y una nueva práctica política*, (introducción y notas de Rodríguez), ILSA, Bogotá, 2003.

<sup>113</sup> De Lucas, J., *Globalización e identidades*, Icaria-Antrazyt, Barcelona, s.f., pág. 32, el subrayado es nuestro.

<sup>114</sup> En este sentido De Sousa Santos, B., “*Los procesos de globalización*”, en *El milenio huérfano*, op.cit., pág. 260 señala que las referencias que se han hecho sobre este fenómeno tienden a presentarlo como uno de carácter lineal, monolítico e inequívoco.

<sup>115</sup> En cierto sentido, la globalización, es el corolario de la filosofía neohegeliana del fin de la historia, el cual pretende que hemos logrado el mejor de los mundos posibles. Aún más, la propuesta de la ideología de la globalización es típicamente hegeliana: la identificación entre racionalidad y realidad, presentándose en procesión cuyo estandarte reza TINA (*There Is No Alternative*). Véase Herrera Flores, J., *Los Derechos humanos como productos culturales. Crítica del humanismo abstracto*, Catarata, Madrid, 2005, págs. 78-79; 232 ss.

frente a cualquier interferencia externa. La falacia consiste en “transformar las causas de la globalización en sus efectos. De hecho la globalización resulta de un conjunto de decisiones políticas identificadas tanto en el tiempo como en lo relativo a su autoría. El Consenso de Washington es una decisión política de los Estados centrales, como lo son las decisiones de los Estados que lo adoptaron, demostrando una autonomía y selectividad más o menos relativa.”<sup>116</sup>

Aquella advertencia debería evitar que soslayemos la gran cuestión que radica en que, en gran medida, sobre todo a nivel económico-político, la globalización es producto de las decisiones del Estado nación y de los actores globales. La segunda intencionalidad política es denominada por el autor como *falacia de la desaparición del sur*, esto implica que, cuanto más triunfalista es la concepción de la globalización, menor es la notoriedad del Sur o de las jerarquías trazadas por el sistema mundial. La idea es que la globalización está teniendo un impacto uniforme en todas las regiones del mundo y en todos los sectores de actividad, se ve refutada en tanto que la disparidad en la riqueza entre países pobres y ricos no cesó de aumentar en las últimas tres décadas.<sup>117</sup>

Es por ello que no compartimos la postura de Navarro,<sup>118</sup> cuando describe el proceso de globalización y le adjudica carácter neutral, argumentando que éste no es intrínsecamente positivo o negativo, sino que depende de quién lo controle: lo que hoy se llama globalización es una forma específica de mundialización de la actividad económica desarrollada según políticas neoliberales que están dañando el bienestar de las clases populares del norte y del sur, pero justamente por los términos en que el autor describe este proceso, nosotros encontramos contradictorio el adjudicarle carácter neutral, tomando en consideración “la primera ley de Melvin Kranzberg”<sup>119</sup> que dice lo siguiente: “La tecnología no es buena ni mala, ni tampoco neutral”. A lo que Castells agrega, “es en efecto una fuerza, probablemente más que nunca bajo el paradigma tecnológico actual, que penetra en el núcleo de la vida y de la mente. Pero su despliegue real en el ámbito de la acción social consciente y la compleja matriz de interacción de las fuerzas tecnológicas desatadas por nuestra especie, y la misma especie, son una cuestión que ha de investigarse, más que una fatalidad ineludible.”<sup>120</sup>

Asimismo, la globalización, siguiendo a Beck, cuestiona un presupuesto fundamental de la primera modernidad, a saber, esa construcción lógica que A.D. Smith ha denominado “*nacionalismo metodológico*”: *el contorno de la sociedad se considera en su mayor parte coincidente con el del Estado nacional.*<sup>121</sup> En virtud de

---

<sup>116</sup> De Sousa Santos, B., *Crítica de la razón...*, op.cit. pág. 173.

<sup>117</sup> De Sousa Santos, B., “*Los procesos de globalización...*”, op.cit., págs. 262 ss.

<sup>118</sup> Navarro, V., *Bienestar insuficiente, democracia incompleta: sobre lo que no se habla en nuestro país*, Barcelona, Anagrama, 2003, págs. 28-31.

<sup>119</sup> Cita extraída de Castells, M., *La era de la información...*, op.cit, pág. 109.

<sup>120</sup> *Ibíd.*, pág. 110, dedicando el Capítulo 2 “*La nueva economía: informacionalismo, globalización e interconexión en red*” a acometer dicha investigación.

<sup>121</sup> *Ibíd.*, pág. 43.

ello, la globalización no sólo representaría la puesta en escena de una nueva multiplicidad de vínculos entre Estados y sociedades, sino principalmente *el desbaratamiento de los presupuestos fundamentales a partir de los cuales hasta ahora habíamos pensado, organizado y vivido la sociedad como una unidad territorial que se cohesiona en torno a instituciones políticas nacionales, y por ello está delimitada, necesariamente, de otras unidades similares.*<sup>122</sup>

En efecto, la denuncia de aquel paradigma nos servirá como término en virtud del cual poder ordenar los fenómenos a los que estamos asistiendo actualmente, y explorar algunas de las consecuencias que se desprenden del mismo. Es decir, utilizaremos el término no ya desde la postura neoliberal que lo expone como algo “neutral”, sino y por el contrario, habremos de partir de los efectos que produce, esto es que, “los Derechos económicos, sociales y culturales son enunciados cada vez más abiertamente como mercancías, y no como auténticos Derechos”,<sup>123</sup> como resultado de la descomposición de las mediaciones producidas por el Estado social.

En este sentido, la idea fuerza de la presente investigación se activa en el interrogante sobre cuáles son las consecuencias que produce en el discurso político criminal y del Derecho penal la deriva tecnocrática del concepto de orden correspondiente a la transición de los procesos globales. El principio pilar del modelo anterior, la última ratio, era factible por las diferentes instancias de mediación que producía el Estado social. Actualmente asistimos al carácter *inmediato de la única ratio*, en virtud de la eficacia simbólica que puede obtener apelando a la *prevención*<sup>124</sup> y el control penal de la *exclusión*,<sup>125</sup> una vez que los Derechos se han vuelto las “cargas” para el “fluir” de las relaciones de capital.<sup>126</sup>

---

<sup>122</sup> García Blanco, J., “De la mundialización y la globalización al sistema de la sociedad mundial”, en Ramos Torre, R., /García Selgas, F., (eds.), *Globalización, riesgo y reflexividad. Tres temas de la teoría social contemporánea*, Centro de Investigaciones Sociológicas, Madrid, 1999, pág. 29.

<sup>123</sup> De Lucas, J., *Globalización e identidades*, op.cit., pág. 35.

<sup>124</sup> Sobre el particular, la bibliografía en los últimos años es prácticamente inabarcable, véanse para ulteriores referencias, Faraldo Cabana, P., (dir), Brandariz García, J.A., /Puente Aba, L.M., (coords.), *Nuevos retos del Derecho penal en la era de la globalización* Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, en especial, Brandariz García, J.A., “Itinerarios de evolución del sistema penal como mecanismo de control social en las sociedades contemporáneas”, *ibidem*, págs. 15-63; en la obra homenaje Sertá. *In memoriam Alexandri Baratta*, op.cit., encontramos los interesantes puntos de vista de Portilla Contreras, G., “La configuración del <homo sacer>”, op.cit., págs. 1401-1423; Pérez Cepeda, A.I., “La globalización: guerra, prevención y justicia penal internacional” *ibidem*, págs. 1363-1399; Navarro Cardoso, F., “El derecho penal del riesgo y la idea de seguridad. una quiebra del sistema sancionador”, *ibidem*, págs. 1321-1347-; Medina Ariza, J., “Discursos políticos sobre seguridad ciudadana en la historia reciente de España”, *ibidem*, págs. 1299-1320; Maqueda Abreu, M.L., “Políticas de seguridad y Estado de Derecho”, *ibidem*, págs. 1286-1298; Acalé Sánchez, M., “Del código penal de la democracia al Código Penal de la seguridad”, op.cit., págs. 1197-1226; Niño Alzueta, L.F., “La ideología de la defensa social y la expansión del Derecho penal”, *ibidem*, págs. 1095-1120; del mismo “Estructura, sistema y control social: ¿Réquiem para el Derecho penal demoliberal?”, en Messuti, A., (coord.), *Perspectivas Criminológicas en el umbral del Tercer milenio*, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 1998, págs. 38 ss.; Silva Franco, A., “Un pronóstico ousado. As perspectivas do Direito Penal por volta

Lo anterior genera, en lo atinente a nuestro ámbito epistemológico, que se describa la situación del Derecho penal como una crisis,<sup>127</sup> que deviene en una situación insostenible<sup>128</sup> y tantas otras descripciones hiperbólicas. Es decir, se resiente su núcleo fundamental con los golpes asestados por un cambio de configuración mundial, ámbito que no puede ser soslayado a la hora de efectuar una lectura crítica sobre los discursos sobre los que se erige. Porque como afirma De Giorgi, “no se trata simplemente de una redefinición de las legitimaciones de la pena o de una revisión de los parámetros de determinación de la pena respecto del delito. Lo que queda definitivamente arrinconado es aquel gran proyecto de una penalidad que a la vez se constituye como instrumento de resocialización de los sujetos, de una penalidad que se inserta en un contexto más amplio de intervenciones para eliminar las condiciones sociales de la criminalidad.”<sup>129</sup>

---

do ano 2010”, ibídem, págs. 13-37. Asimismo véase Zúñiga Rodríguez, L., *Política Criminal*, op.cit., en particular, págs. 252 ss.; Zaffaroni, E.R., /Slokar, A., /Alagia, A., *Derecho Penal. Parte General*, op.cit., págs. 15 ss., 156 ss.; Terradillos Basoco, J.M., “El Derecho penal de la globalización: Luces y sombras” en Capella Hernández, J.R. (coord.), *Transformación del Derecho en la mundialización*, Madrid, Trotta, 1999; Silva Sánchez, J.M., *La expansión...*, op.cit., págs. 34 ss.; Pérez Cepeda, A.I., *La seguridad como fundamento de la deriva del derecho penal postmoderno*, Iustel, Madrid, 2007, págs. 121 ss.

<sup>125</sup> En los próximos dos capítulos se desarrollará la investigación de las formas que ha ido asumiendo el control social penal de los migrantes “irregulares”, porque en la producción de esta categoría convergen los intentos de reconfigurar una soberanía moderna puesta en crisis.

<sup>126</sup> Cfr. Herrera Flores, J., *Los Derechos humanos.....*, op.cit., pág. 35.

<sup>127</sup> Como afirma Demetrio Crespo, E., “Del Derecho penal liberal al Derecho penal del enemigo”, en Pérez Álvarez, F., *Serta. In memoriam Alexandri Baratta*, op.cit., pág. 1033, “la expresión “Derecho penal en crisis” o la “crisis del Derecho penal”, frecuente hace algunos años, se refiere a un “déficit de legitimidad”, que, sin embargo, a la luz de la expansión actual del mismo, produce una paradoja notable, dado que, contemplado desde la perspectiva de la inflación legislativa, se diría que el Derecho penal goza de buena salud”. Silva Sánchez, J.M., *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, Bosch, Barcelona, 1992, págs. 13 y 14, entiende que a esta crisis de legitimación se puede sumar una crisis de identidad de la ciencia penal, a su vez que una crisis de orden epistemológico o de validez científica. De carácter insoslayable es traer a colación la distinción efectuada por Zúñiga Rodríguez, L., *Política Criminal*, op.cit., págs. 33-34 cuando efectúa la advertencia de que no es conveniente confundir “legitimidad” con “legitimación”. Mientras que la primera refiere a la confianza de los ciudadanos al gobierno del Estado, la segunda nos ubica en el plano teórico de la justificación de las medidas adoptadas por el Estado. Asimismo señala la autora que “en la realidad se suele fundamentar las actuaciones políticas en la mera legitimación, esto es, en los índices de acatamiento y aceptación de los ciudadanos olvidando que de lo que se trata es de dilucidar si la actuación política responde a unos parámetros externos, que constituyan valores consensuados en la sociedad”; porque la legitimidad de la actuación político-criminal reside “no en su capacidad para organizar las respuestas que la sociedad demanda frente al fenómeno criminal, sino en prevenir dicho fenómeno dentro del sistema de valores democráticos.”

<sup>128</sup> Véase la obra del Instituto de Ciencias Criminales de Frankfurt (ed.), (Edición española a cargo del Área de Derecho penal de la Universidad Pompeu Fabra), *La insostenible situación del Derecho penal*, Comares, Granada, 1999 donde el conjunto de autores analizan el fenómeno de la expansión del Derecho penal, cuyo análisis reside en el denominado Derecho penal de la puesta en riesgo de carácter antiliberal.

<sup>129</sup> De Giorgi, A., *Tolerancia Cero...*, op.cit., pág. 57.

### 1.3.b. Las diferentes perspectivas de análisis del fenómeno global

Por lo expuesto hasta aquí, la globalización deberá ser entendida como un proceso no lineal marcado por discursos pararelos y *aparentemente contradictorios* que describen diferentes intensidades.

Para autores como Gilpin y Held, dentro de su marco referencial, la globalización se caracterizaría por abrir paso a una política post-internacional en la cual conviven los actores -Estados nacionales- que deben dejar lugar a los actores globales y demás actores transnacionales, configurándose así un escenario para la política mundial policéntrica.

Por su parte, en la postura de Gilpin, el capitalismo, dada su propia lógica interna, se determinaría simple y exclusivamente en cuanto institucionalización del mercado mundial y estima que la globalización sólo surge cuando se dan determinadas condiciones en política internacional, a saber, cuando es producto de un orden global permisivo que se traduce en la creencia, destrucción y mantenimiento de dependencia y redes de relaciones más allá de, y entre, autoridades estatales y nacionales.

Este autor hace depender la globalización de la autoridad nacional estatal, esto implica que el Estado se define en un poder hegemónico que permite tácitamente la globalización. Todo el desarrollo global sólo puede prosperar mediante la concentración de poder estatal liberal y dominante.<sup>130</sup> David Held replica a la teoría de la estructura hegemónica del poder como *conditio sine qua non* de la globalización, crítica que nosotros compartimos, el concepto de soberanía que en ella subyace, al concurrir toda una serie de condicionamientos y poderes que limitan permanentemente la libertad de acción de los gobiernos y de los Estados. En cuanto que se pone límites a una política interior autodeterminada, se transforman las condiciones de decisión política, se cambian de manera radical los presupuestos institucionales y organizativos y los contextos de la política nacional, y se transmutan las condiciones legales para el quehacer administrativo y político, y ello en el sentido de que la responsabilidad y aceptación conciente de las consecuencias de la política nacional-estatal, apenas si son todavía posibles. Con sólo tener presentes las consecuencias de la globalización, está justificada la afirmación de que la capacidad de acción de los Estados en un entorno internacional -que se torna cada vez más complejo- cercena tanto: la autonomía estatal -en algunos ámbitos de manera radical- cuanto la soberanía estatal.

---

<sup>130</sup> Gilpin, R., *The political Economy of International Relations*, Princeton, 1987, citado por Beck, U., *¿Qué es la globalización?...* op. cit., pág. 63.

Por lo tanto, toda teoría de la soberanía nacional -según la cual ésta se entienda como una forma inderogable e indivisible del poder y la violencia públicos- es extremadamente compleja. La soberanía, propiamente dicha, se debe entender y analizar hoy como un poder *escindido* que es percibido como *algo fraccionado por toda una serie de actores: nacionales, regionales e internacionales y, que, se encuentra limitado y maniatado, precisamente por esa pluralidad inmanente.*<sup>131</sup>

Para Robertson, desde otra perspectiva de análisis, la globalización no significaría el desarrollo de una sociedad global ni tampoco su cohesión en torno a una “cultura global” normativamente configurada. Por el contrario, la globalización estaría penetrando en la vida de formaciones sociales e individuales en forma de un sistema global que no es más que un *global field*, al que unas y otros se ven obligados a adaptar tanto sus existencias como sus particularísimas imágenes del mundo.

En este sentido, el concepto de globalización proporcionaría, desde un punto de vista analítico, la única base desde la que culturas y sociedades pueden ser ya pensadas, siendo el resultado final la configuración de una imagen de gran desorden cultural, donde la cultura global no es más que un marco de referencia, una organización de la diversidad cultural, más que un proceso de uniformización del mundo.

El resultado de esta tensión es la configuración de un desorden cultural, en que las particularidades de cada cultura e identidad conviven con el particularismo y los rebrotes de los nacionalismos.<sup>132</sup>

Según el autor la cultura global conllevaría una conciencia, esencialmente problemática, acerca de la simultaneidad entre unidad y alteridad del mundo. Ésta permite una “reflexivización”<sup>133</sup> simbólico cultural, lo que implica que él devenga “el problema de su ser para sí”, en virtud de la multiplicidad de puntos de vista desde los cuales es tematizado, generándose así “la percepción consciente del mundo como lugar singular.”

---

<sup>131</sup> Held, D., “Demokratie, Nationalstaat und die globale Weltunordnung”, en Beck U., (comp.), *Politik der Globalisierung*, citado por Beck, U., *¿Qué es la globalización?...* op. cit., pág. 65, el subrayado es nuestro.

<sup>132</sup> Entre otros, Appadurai, A., *El rechazo de las minorías. Ensayo sobre la geografía de la furia*, (trad. Alvarez/Maira), Tusquets, Barcelona, 2007, en especial, págs., 67 ss.

<sup>133</sup> Este autor ha criticado el concepto de globalización de por apoyarse, entre otras cosas, en lo que considera una polaridad inaceptable entre lo global y lo local, conforme lo cual uno y otro no sólo constituirían ámbitos separados, sino que, además se relacionarían en términos de una “acción-reacción” dirigida por el primero de dichos ámbitos. Frente a ello, Robertson ha defendido una comprensión unificada de lo local y lo global que resume con el término de “glocalización”, cita correspondiente a Barañano Cid, “Postmodernismo, modernidad y articulación espacio-temporal global: Algunos apuntes”, en Ramos Torre, R., /García Selgas, F., *Globalización, riesgo y reflexividad. Tres temas de la teoría social contemporánea*, op.cit., pág. 123.

Este *global field* no efectúa el reconocimiento de la multiplicidad y de la apertura recíproca, es decir de una imagen *cosmopolita*,<sup>134</sup> sino al contrario, lo presenta como *un sólo mundo mercantil*. En este mundo, las culturas e identidades locales se desarraigan y son sustituidas por símbolos mercantiles procedentes de las publicidades, diseños e íconos transnacionales<sup>135</sup> (como los que aluden a la “macdonalización.”)<sup>136</sup>

---

<sup>134</sup> Respecto de este tema Karatani, K., *Transcritique. On Kant and Marx*, Cambridge, MIT Press, 2003, pág. 134, afirma –contra Hegel- la idea de Kant de la “sociedad civil mundial” cosmopolita, que no es simplemente una expansión de la ciudadanía del Estado-nación a la ciudadanía de un Estado global transnacional; involucra un cambio desde el *principio de identificación* con la propia sustancia étnica orgánica actualizada en una tradición particular, hacia un principio radicalmente diferente de identificación. El autor se refiere a la noción de Deleuze de la singularidad universal, opuesta a la tríada de la individualidad- particularidad – generalidad; esta última, es la oposición entre Kant y Hegel. Para Hegel, la “sociedad civil mundial” es una noción abstracta que no aprehende sustancialmente al sujeto. El único modo de que un individuo participe efectivamente de la humanidad universal es, por ende, a través de la identificación plena con un Estado-nación particular: soy “humano” solamente en tanto español, inglés, alemán, etc... En cambio, para Kant, la “sociedad civil mundial” designa la paradoja de la singularidad universal, de un sujeto singular que, en una especie de cortocircuito, saltándose la mediación de lo particular, participa directamente en lo universal. Esta identificación con lo universal no es la identificación con una sustancia global comprensiva, “la humanidad”, sino la identificación con un principio universal ético-político, un colectivo universal religioso, científico, una organización revolucionaria global, todas ellas en principio, accesibles para todos. Y como señala Karatani, esto es lo que Kant en su famoso pasaje de su “¿Qué es el iluminismo?”, quiere decir cuando opone “público” a “privado”: “privado” no es lo individual opuesto a los propios lazos comunitarios, sino el orden comunitario-institucional de la propia identificación particular, mientras que “público” es la universalidad transnacional del ejercicio de la propia Razón. La paradoja consiste entonces en participar de la dimensión universal de la esfera “pública” precisamente como individuo singular extraído de la propia identificación comunitaria sustancial o incluso opuesto a ella: se es verdaderamente universal sólo en tanto radicalmente singular, en los intersticios de las identidades comunitarias. Véase asimismo, Estévez Araujo, J.A., “*Ciudadanía cosmopolita.....*”, op.cit., págs. 290 ss.

<sup>135</sup> Esta postura acerca de las culturas “glocales” es ampliada por Arjaun Appadurai, quien habla de *paisajes étnicos*, esto es, paisaje de personas que dejan una impronta espacial en el mundo convulso en el que vivimos: viajantes, inmigrantes, refugiados, exiliados, trabajadores extranjeros, personas en constante movimiento. Este autor amplía su teoría con la descripción de otros cuatro *scapes* (*paisajes*): *technoscapes*: los movimientos transfronterizos de las tecnologías; *finances scapes*: movimiento cada vez más veloz de sumas de dinero en la ruleta nacional; *mediascapes*: irradiación de imágenes y producción electrónica; y por último, *ideoscapes*: la concatenación de las ideas que encuentran su origen en la ilustración, en *Global Landschaften*, en Beck, U., (comp.), *Perspektiven der Weltgesellschaft*, citado por Beck en *¿Qué es la globalización?*, op.cit., pág. 84.

<sup>136</sup> Esta teoría fue introducida en las ciencias sociales por George Ritzer y designa el proceso en virtud del cual los principios que rigen el funcionamiento de los restaurantes de comida rápida han ido dominando un número cada vez más amplio de aspectos de la sociedad. Representa una forma de racionalización que trabaja en cuatro dimensiones: La primera dimensión es la de la eficacia. Se propone el cometido para pasar de un estado de necesidad a otro de satisfacción de esa necesidad. El modelo de comida rápida se presenta como un método eficiente para satisfacer varias necesidades (alimentarse en el menor tiempo con el menor costo posible). La segunda es la del cálculo. El restaurante de comida rápida funciona sobre un preciso cálculo de la relación



En este sentido, De Lucas afirma que el proceso de globalización queda muy lejos de los horizontes del universalismo propuestos por la Ilustración, la globalización no implica universalización, al menos no en el sentido en que se puede hablar de universalismo como un progreso moral, como el ideal de emancipación humana. Este autor afirma que el modelo de la globalización es incompatible con el proyecto de la universalidad, de la misma manera y por las mismas razones que nos permiten afirmar que la lógica del mercado, cuya extensión global es el emblema del proyecto globalizador, es incompatible con la lógica de los Derechos universales de los seres humanos.<sup>137</sup> Pone especialmente de relieve que, “el discurso de la globalización en relación con los Derechos, en lugar de ser un movimiento de universalización, se traduce en el progresivo condicionamiento de éstos. Mientras que los Derechos de los sujetos universales de la globalización no se ven afectados, el resto de la población sufre crecientes restricciones: las derivadas de la ciudadanía nacional, de la supeditación al mérito o a la capacidad, a la racionalidad instrumental o económica.”<sup>138</sup>

Por tanto, la globalización no significaría el desarrollo de una unidad global estructurada, ni el surgimiento de una cultura global cohesionada normativamente. El haber devenido lugar único no implica que se haya gestado

---

cantidad/calidad y de la ecuación de tiempo/dinero. En virtud de la primera, cantidad llega a ser sinónimo de calidad. En virtud de la segunda, se pone énfasis en la prestación de un servicio que se preste en el menor tiempo posible, porque en una sociedad que no tiene tiempo para nada, el ahorro del tiempo se convierte en una ventaja comparativa. La tercera dimensión es de la previsibilidad. El restaurante de comida rápida no ofrece sorpresas. La comida que ofrece es siempre la misma, sin importar el tiempo o el lugar en el que se consuma. Ventaja que adquiere en virtud de que el público no quiere ser sorprendido. La última dimensión es la del control. El restaurante de comida rápida ejerce un control sobre los seres humanos que entran en su mundo, ya sean porque trabajan en él o porque son sus clientes. Ambos están obligados a seguir las reglas y pautas que la empresa les ha marcado. Ese control, por otra parte, se incrementa en la medida en que se sustituye la mano de obra por tecnología. De conformidad con el tratamiento que se efectuará en los próximos párrafos, el autor define, en lo referido a los ciudadanos y a su racionalización formal que la Macdonalización no es “otra cosa que un derivado de la teoría weberiana de la racionalización. La burocratización pone el acento en el *control* sobre la gente mediante la sustitución de la mano de obra por tecnología. la idea consiste en transformar a la gente en robots o en ordenadores que apenas tomen decisiones (...) entonces será posible pensar en la sustitución de las personas por las máquinas”. Ritzer, G., *La MacDonalización de la sociedad. Un análisis de la racionalización de la vida cotidiana*, Barcelona, Ariel, 1996, págs. 24-35. Respecto de este tema, Rivero Sánchez, J. M., *Episteme y Derecho. Una exploración jurídico-penal*, Comares, Granada, 2004, pág, 211, a partir de los términos antes anotados de Ritzer, señala que “la macdonalización de la justicia es producto de la coexistencia de los dos modelos de Derecho (...) el clásico liberal (con su fe puesta en la legitimidad) y el moderno (con su fe colocada en la eficiencia y eficacia). En ella se reflejan, de manera desequilibrada (porque el énfasis se pone en la eficacia y en la racionalización formal), las exigencias de ambos modelos. En efecto, la MacDonalización apuesta a la racionalidad formal en aras de buscar, por esa vía, una mayor legitimidad del sistema!”.

<sup>137</sup> Este postulado conformará la estructura metodológica del Capítulo 5.

<sup>138</sup> De Lucas, J., *Globalización e identidades*, op.cit., pág 35.

una comunidad o sociedad únicas propias de él. De lo que se trata es, entonces, de indagar si han surgido como resultado del proceso de globalización otras formas culturales originariamente transnacionales o cuyos orígenes de carácter nacional demuestran cierta irrelevancia por el hecho de circular por el mundo de manera más o menos desligada de las culturas nacionales.<sup>139</sup>

Para delinear esta reflexión es necesario declarar que la idea de la cultura universal (occidental) es un proyecto eminentemente moderno. Sin embargo, a pesar de los flujos de información, de hábitos de comida, de capital, de personas, modas, etc., este proceso está lejos de poder ser clasificado como una cultura global. Tal afirmación parte de definir la cultura como el proceso social en el cual confluye lo universal y lo particular.<sup>140</sup> Como pone de manifiesto Žizek el capitalismo actual supera la lógica de la normalidad, y adopta la lógica del exceso errático, donde las regularidades comienzan a debilitarse. Como vimos al momento del análisis del desplazamiento del control desde la sociedad disciplinaria a la de control, el poder capitalista se encarga de producir variedad para evitar la saturación del mercado y asegurar la expansión del consumo, en otras palabras, “La lógica capitalista de producción de plusvalía empieza a adueñarse del campo relacional que es también el dominio de la ecología política, el campo ético de resistencia a la identidad y a los caminos previsibles...”<sup>141</sup>

Sin embargo, el tópico “cultura global” tiene el mérito de demostrar que la lucha por la homogeneidad cultural ha trascendido la configuración del Estado nación. En este sentido, el papel del Estado nación demuestra un carácter ambiguo. Mientras que externamente ha sido el promotor de la diversidad cultural y de la autenticidad de la cultura nacional, internamente ha promovido la uniformidad y homogeneización de la *multitud*<sup>142</sup> dentro de su territorio mediante el poder de policía, el ordenamiento jurídico, el sistema de valores, el educativo, el social, etc.<sup>143</sup>

---

<sup>139</sup> De Sousa Santos, B., “Los procesos de globalización”, en *El milenio huérfano. Ensayos para una nueva cultura política*, (presentación Monedero/Trad. Cammaert), Trotta/ILSA, Madrid, 2005, pág. 257; a esto es a lo que se refiere Appadurai cuando elabora las categorías de *scapes*.

<sup>140</sup> De Sousa Santos, B., “Los procesos...”, op.cit., 259, donde recoge las definiciones de Wallerstein cuando señala que la cultura es una cuestión de definir fronteras. Por su parte Appadurai señala que la cultura es la arena de las diferencias, de los contrastes y de las comparaciones, es decir, “la lucha contra la uniformidad”.

<sup>141</sup> Žižek, S., *Órganos sin cuerpo. Sobre Deleuze y consecuencias*, (trad. Gimeno Cuspinera), Pre-textos, Valencia, 2006, pág. 211.

<sup>142</sup> El concepto surge de Spinoza e implica que la legitimidad del poder deriva del apoyo otorgado por el pueblo, no deriva de la ley ni de razones iusnaturalistas. Se trata entonces de una categoría de análisis político que, a diferencia de las teorías contractualistas, sitúa la justificación del Estado en la autonomía de los individuos. Actualmente, el postfordismo produce una multiplicidad de sujetos, la clase de las singularidades productivas. Una subjetividad configurada a partir del trabajo inmaterial que, asimismo origina una nueva forma de soberanía. Véase Virno, P., *Gramática de la multitud*, op.cit., en especial 1er. capítulo; Hardt, M., /Negri, A., *Imperio*, op.cit., págs. 271 ss; Portilla Contreras, G., *El Derecho penal.....*, op.cit., págs. 17 ss.

<sup>143</sup> Véase el interesante trabajo de Donzelot, J., *La policía de las familias*, op.cit., págs. 23 ss.

Sin embargo, en el contexto actual la capacidad uniformadora del Estado nación puede estar sufriendo los embates de las transformaciones sobre la capacidad regulatoria del Estado en el medio global.<sup>144</sup> Porque si bien, la intensificación de las relaciones interestatales de los contactos transnacionales abre nuevas posibilidades para el ejercicio de la solidaridad y del *cosmopolitismo*, también es cierto que simultáneamente han surgido nuevas formas y manifestaciones de intolerancia, chovinismo, racismo y xenofobia.<sup>145</sup>

#### 1.4. Actores “globales”

En el presente epígrafe pretendemos poner de resalto, a fin del tratamiento e investigación pertinentes, la aparición de nuevos actores, situaciones de poder, conflictos, políticas y procesos de carácter transnacional que son decisivos para la configuración del *mundo de la vida*.

A este respecto, Beck pone de relieve que la globalización simboliza los procesos en virtud de los cuales los Estados nacionales soberanos se entremezclan e imbrican con actores transnacionales y sus respectivas probabilidades de poder, orientaciones, identidades y entramados varios.<sup>146</sup> La singularidad histórica de la globalización radica en la *ramificación, densidad y estabilidad de sus recíprocas redes de relaciones regionales-globales*<sup>147</sup> empíricamente comprobables y de su autodefinition de los medios de comunicación, así como de los espacios sociales y de las citadas corrientes icónicas<sup>148</sup> en los planos cultural, político, militar y económico.<sup>149</sup>

---

<sup>144</sup> Cfr. Rodríguez, E., *El gobierno imposible*, op.cit., págs. 131 ss.

<sup>145</sup> De Sousa Santos, B., op.ult. cit., pág. 259; asimismo Appadurai, A., *El rechazo de las minorías...*, op.cit., págs. 23 ss. Una postura interesante, matizando a Deleuze y Guattari, habla de los “micro-fascismos” Žižek, S., *Órganos...*, op.cit., págs. 213 ss; Barcellona, P., “El vaciamiento del sujeto y el regreso del racismo” (trad. González Pont/Silveira Gorski), en *Identidades comunitarias y democracia*, op.cit., págs. 113 ss. Bordas Martínez, J., *El terrorismo yihadista en la sociedad calidoscópica. (Aproximación criminológica al nuevo terrorismo del siglo XXI)*, Edisofer, Madrid, 2006, pág. 31; como afirman Hardt/Negri, *Imperio*, op.cit., pág. 143, “Sin embargo, el fundamentalismo es una categoría pobre y confusa que agrupa una serie de fenómenos en alto grado dispares. En general, podría decirse que los fundamentalismos, por diversos que sean, están vinculados entre sí por el modo en que se los percibe, tanto interior como exteriormente: son movimientos antimodernistas, resurgimientos de identidades y valores primordiales; se los percibe como una especie de reacción histórica o de desmodernización. No obstante, es más exacto y resulta más provechoso entender los diversos fundamentalismos no como la recreación de un mundo premoderno, sino antes bien, como un enérgico repudio a la transición histórica que está en marcha. En este sentido, como las teorías posmodernas y poscoloniales, los fundamentalismos también son un síntoma del tránsito al imperio”.

<sup>146</sup> Beck, U., *¿Qué es la globalización?*, op.cit., pág. 29.

<sup>147</sup> De Lucas, J., *Globalización e identidades...*, op.cit., pág. 30, El flujo de capital se concentra tanto en las naciones avanzadas como en otras industrializadas, pero no en aquellas en vías de desarrollo y menos las subdesarrolladas.

<sup>148</sup> Véase *supra* nota 115.

<sup>149</sup> Beck, U., *¿Qué es la globalización?*, op.cit., pág. 31

En el fenómeno global observamos que lo que son, o tendrían que ser, instrumentos de la política, se convierten en fines en sí mismos (absolutización de la razón instrumental en detrimento de la razón práctica.)<sup>150</sup> En las últimas tres décadas las actividades transnacionales se han intensificado drásticamente, desde la globalización de la producción y los mercados financieros, hasta la proliferación de imágenes y distribución de información a través de los medios, los movimientos masivos de personas, turistas, trabajadores migrantes o refugiados.<sup>151</sup>

Sin embargo, la transnacionalidad *per excellance* se desarrolla en la dimensión económica de la globalización mediante las empresas transnacionales que, a decir de Beck, ha puesto en funcionamiento a un capitalismo que opera cada vez más sin trabajo<sup>152</sup> y que, apoyándose en las posibilidades que ofrecen las nuevas tecnologías de la información, puede edificar una compleja división mundial del trabajo, distinguiendo entre los lugares que resultan más adecuados para la producción, la contribución fiscal, etc.<sup>153</sup>

Las multinacionales también han resultado beneficiadas durante estos años de reorganización del capitalismo. Así es que controlan dos tercios del comercio mundial, del que aproximadamente la mitad está constituido por exportaciones intragrupalas entre empresas matriz y filiales o entre dos filiales de un mismo grupo.<sup>154</sup>

Cuando dos empresas se fusionan ello se traducirá inevitablemente en la pérdida de puestos de trabajo y en el cierre de fábricas, ello en un contexto de políticas locales favorables en lo atinente a lo fiscal, social y salarial que se ha visto traducido en la flexibilización de los Derechos laborales.<sup>155</sup> La posibilidad de contratación temporal, de mano de obra interina, de horarios flexibles y la

---

<sup>150</sup> Problemática que será abordada con mayor precisión, referida a las mutaciones en el ámbito de control social penal, en los siguientes capítulos de acuerdo con los distintos rasgos y efectos que de ella se derivan. Véase *infra* 1.13.a.

<sup>151</sup> En este sentido un artículo publicado en El País del domingo 27 de agosto de 2006 págs. 15-16, "El arte del desencuentro" efectúa la crónica de "paseos turísticos" por la Rosiña, la favela más grande de Rio de Janeiro. Estos paseos –por la módica suma de 25 euros- muestran a turistas extranjeros las "particularidades" de la vida marginal.

<sup>152</sup> Autores como Castells han señalado las falacias argumentativas que equiparan globalización con crecimiento y bienestar, la debilidad de las hipótesis de estabilidad de los ámbitos económicos y políticos internacionales, así como de su inmunidad frente a factores externos a los económicos, de los cuales depende la viabilidad del modelo de globalización. Por su parte Beck habla de una sociedad del 20/80, en la que una mayoría creciente tendría que vivir gracias al trabajo de un decreciente población activa empleada.

<sup>153</sup> Beck, *¿Qué es la globalización?*, op.cit., *pássim*.

<sup>154</sup> Ellwood, W., *Casino mundial*, Intermon Oxfam, Barcelona, 2003, en especial págs. 34 ss.

<sup>155</sup> Entre otros, los artículos compendiados en Gibney, M.J. (ed.) *La globalización de los Derechos humanos*, Crítica, Barcelona, 2004; Boltanski, L./ Chiapello, E., *El nuevo espíritu del capitalismo*, (trad. Pérez Colina/Riesco Sanz/Sánchez Cedillo), Akal, Madrid, 2002, págs. 134 ss.

reducción en el monto de las indemnizaciones por despidos constituyen medidas en contra de las garantías conseguidas luego de mucho tiempo de lucha.<sup>156</sup>

Según Beck, este es un mercado mundial lleno “de facilidades para las empresas cuyo anhelo es un mercado único sin reglas ni barreras, donde la economía que actúa a nivel global socava los cimientos de las economías nacionales y de los Estados nacionales, lo cual desencadena, a su vez, una subpolitización de alcance completamente nuevo y de consecuencias imprevisibles (...) Se trata en definitiva, de la liberación del capitalismo transnacional respecto de los *corsés del trabajo y del Estado*(...) Pretenden, en definitiva, dismantelar el aparato y las tareas estatales con vistas a la realización de la utopía del anarquismo mercantil del Estado mínimo.”<sup>157</sup>

En la *sociedad caleidoscópica* –término acuñado por Bordas Martínez- “el triunfo del liberalismo salvaje (...) está en la posibilidad de importar inmigrantes para controlar el mercado de trabajo, en los acuerdos empresariales multinacionales para exigir a los Estados más infraestructuras, más subvenciones, mayor flexibilización laboral y menos impuestos so pena de retirar las inversiones, así como la deslocalización y destemporalización de las tareas productivas de forma que se pueda producir, vivir, vender, invertir y pagar impuestos en sitios diferentes, según convenga.”<sup>158</sup>

Desde nuestro punto de vista, aquella situación se debe a que, en el ámbito internacional, la ideología neoliberal se extendió a través de los planes de ajuste estructural del Fondo Monetario Internacional y el Banco Mundial, bajo el “Consenso de Washington.” Como señala De Sousa Santos, aquel consenso neoliberal definió el papel de las políticas de desarrollo y en particular limitó el papel que habría de jugar el Estado en el ámbito económico.<sup>159</sup> Este consenso está configurado por cuatro consensos, orientados todos ellos por una idea fuerza. Ésta consiste en la afirmación de que nos encontramos frente a un período en el cual las diferencias políticas han desaparecido. A su vez, los conflictos que se gestan en la tensión entre el capital y el trabajo, en la era postfordista, se darán de manera desinstitucionalizada sin que ello genere algún tipo de inestabilidad.<sup>160</sup>

Los países poderosos, a través de distintos mecanismos (intervención selectiva, manipulación de la ayuda internacional, control a través de la deuda externa) pretenden tener los focos de inestabilidad bajo control. Los conflictos de

---

<sup>156</sup> Sennet, R., *La corrosión del carácter. Las consecuencias personales del trabajo en el nuevo capitalismo*, Anagrama, Barcelona, 2000; del mismo “*La flexibilidad laboral: aparato ideológico y dispositivo disciplinario*”, Revista Archipiélago, núm. 48, 2001; Serrano Piedecabras, J.R., “*Consecuencias de la crisis del Estado social*”, op.cit., págs. 936-937; Virno, P., *Gramática...*, op.cit., págs. 62 ss.; Rodríguez, E., *El gobierno imposible.....*, op.cit., págs. 55 y 159 ss.; Lazzarato, M., *Por una política menor.....*, op.cit., págs., 95, 110 ss.; Mezzadra, S., *Derecho de fuga.....*, op.cit., pág. 57.

<sup>157</sup> Beck, U., *¿Qué es la globalización?...*, op. cit., pág. 16 y 17.

<sup>158</sup> Bordas Martínez, J., *El terrorismo yihadista.....*, op.cit., pág. 33.

<sup>159</sup> Sassen, S., *Una sociología de la globalización*, op.cit., págs. 192 ss; Klein, N., *The Shock Doctrine. The rise of disaster capitalism*, Metropolitan Books, New York, 2007, en especial, págs. 252 ss.

<sup>160</sup> De Sousa Santos, B., “*Los procesos de globalización*”, en *La caída del angelus novus*, op.cit., pág. 170

la era postfordista están deviniendo desinstitucionalizados, mientras la clase trabajadora se ha fragmentado y nuevos consensos están emergiendo, pero esta vez, en ámbitos menos institucionalizados y menos corporativos.<sup>161</sup>

Esta ideología se basa en la liberalización y desregulación de los mercados, frente al desmantelamiento de los servicios sociales -ya precarios de por sí- en los países menos desarrollados. Las consecuencias de estos planes de ajuste no habrían podido ser más nefastas. Se ha podido comprobar que el crecimiento económico no es suficiente para lograr los objetivos de desarrollo propuestos por el Consenso de Washington, por ello, hasta las propias instituciones que las propusieron han tenido que dar marcha atrás y postular un “post Consenso” en el que los planes de ajuste ahora son planes contra la pobreza.<sup>162</sup>

Desde inicios de la década de los 80 se produce la emergencia de una nueva forma de división del trabajo, basada en la globalización de la producción que ha tenido por epicentro las empresas transnacionales, gradualmente convertidas en los actores centrales de la nueva configuración económica.<sup>163</sup> El modelo de la empresa red o transnacional, la disgregación del proceso productivo según cálculos de beneficio sobre costes laborales, impositivos o energéticos, la desconcentración y flexibilización de la mano de obra, se convierten en el medio idóneo en el cual el capital necesitado de continuar con el ciclo de inversión y fluidez impone como condiciones la amortización dinámica de las inversiones en tecnología para asumir la escala global del mercado, dado que lo nacional o regional no resulta suficiente para absorber la diversidad

---

<sup>161</sup> *Ibidem*, págs. 171 ss.

<sup>162</sup> En septiembre de 2000, la Asamblea de las Naciones Unidas aprobó realizar un esfuerzo conjunto para revitalizar la cooperación internacional destinada a los países menos desarrollados y, en especial, a combatir decisivamente la pobreza extrema. Se identificaron una serie de objetivos que constituyen la Declaración del Milenio y se acordaron, asimismo, metas cuantificadas, en las que se indica el nivel que deben alcanzar en 2015 las principales variables económicas y sociales que reflejan los objetivos aprobados. Los objetivos del milenio son 8, que se concretan en un total de 18 metas: erradicar la pobreza extrema y el hambre; lograr la enseñanza primaria universal; promover la igualdad entre sexos y la autonomía de la mujer; reducir la mortalidad infantil; mejorar la salud materna; combatir el SIDA, el paludismo y otras enfermedades; garantizar la sostenibilidad del medio ambiente; fomentar una asociación mundial para el desarrollo, información disponible en [www.cepal.org](http://www.cepal.org) y [www.un.org/spanish/millenniumgoals](http://www.un.org/spanish/millenniumgoals)

<sup>163</sup> Para un análisis sobre los cambios profundos ocurridos en el ámbito geográfico, en la composición y estructura institucional de la economía global, donde estos cambios contribuyeron a la formación de nuevos lugares estratégicos en la economía mundial: zonas de procesamiento para la exportación, centros financieros off shore y ciudades globales (New York, Tokio, São Paulo) Véase Sassen, S., *Cities in a World economy*, Thousand Oaks, Pine Forge Press, 1994, en especial págs. 10-18; asimismo *¿Perdiendo el control? la soberanía en la era de la globalización*, (epilogo Izquierdo/trad.Pozanco), Bellaterra, Barcelona, 2001, págs. 25 ss.

requerida para la producción de bienes y servicios que crecen geométricamente.<sup>164</sup>

Las características de este modelo son: economía dominada por el sistema financiero y por la inversión a escala global, procesos de producción multi-locales y flexibles, bajos costes de transporte, revolución tecnológica e informacional, la desregulación de las economías nacionales, la preeminencia de las agencias financieras multilaterales.<sup>165</sup>

En las economías nacionales podemos señalar algunos de los siguientes efectos: las economías deben abrirse al mercado global a través de la reacomodación de sus costes a los cánones globales de competitividad, la regulación del Estado de la economía debe ser mínima para asegurar la no inflación y el equilibrio en la balanza de pagos; bajo estos postulados, las políticas sociales deberán ser drásticamente reducidas. En síntesis, las transformaciones institucionales producidas por el consenso neoliberal que sostiene la globalización económica pueden ser categorizadas en tres innovaciones institucionales: las restricciones drásticas a la regulación estatal de la economía; los nuevos derechos de propiedad internacional para inversiones extranjeras, invenciones y creaciones susceptibles de entrar dentro de la regulación de la propiedad intelectual; la subordinación de los Estados nacionales a las agencias multilaterales como el Banco Mundial, el Fondo Monetario Internacional, y la Organización mundial del comercio.<sup>166</sup>

---

<sup>164</sup> Véase Mercado, P., *“El proceso de globalización, el Estado y el Derecho”*, en Portilla Contreras, G., (coord.), *Mutaciones de Leviatán. Legitimación de los nuevos modelos penales*, Akal, Madrid, 2005, págs. 119-165. Appadurai, A., *El rechazo de las minorías...*, op.cit., págs. 36 ss., propone como términos antagónicos para explicar los cambios bajo los procesos globales los de sistema celular y sistema vertebrado; según sus propias apreciaciones “El sistema moderno de los Estados nación es el caso más ostensible de una estructura vertebrada, pues, aunque las naciones se desarrollan apoyándose en sus historias de diferencia y singularidad, el sistema de los estados-nación funciona sólo gracias al supuesto subyacente de un orden internacional garantizado por una variedad de normas, entre las que se encuentran las normas de la guerra misma”.

<sup>165</sup> Rodríguez, E., *“La transfiguración de la producción”*, en *Contrapoder*, núm. 4-5, 2001; Rivera Beiras, I., *“Forma-Estado, Mercado de trabajo y sistema penal (“nuevas” racionalidades punitivas y posibles escenarios penales)”*, en Rivera Beiras, I., (coord.), *Mitologías y discursos sobre el castigo. Historia del presente y posibles escenarios*, Anthropos, Barcelona, 2004.

<sup>166</sup> A través de los programas de ajuste estructural, las agencias financieras multilaterales imponen a los países periféricos y semiperiféricos el organigrama neoliberal a través de la renegociación de la deuda externa. A su vez, los países centrales se encuentran sujetos a las decisiones financieras de *rating*, esto es las opiniones de empresas internacionalmente acreditadas para evaluar la situación financiera de los Estados y la definición de las situaciones más o menos riesgosas de inversión que éstos presentan; véase Klein, N., *The Shock Doctrine*, op.cit., *pássim*.

### 1.5. Los procesos globales: 3 contradicciones aparentes: De Sousa Santos

Una vez esbozada la pluralidad de los discursos sobre la globalización, consideramos imperativo producir una reflexión crítica que logre abarcar la complejidad del fenómeno en cuestión, sobre todo, por la desigualdad de los intereses que confrontan en este campo. En este epígrafe habremos de resaltar la imbricación de lo global y lo local donde se articula la relación soberana entre mercado global y los movimientos migratorios. Para ello, habremos de encaminarnos en la propuesta de De Sousa Santos que caracteriza la globalización como una época de carácter transitorio que está atravesada por *tres contradicciones aparentes*.<sup>167</sup>

La primera de estas contradicciones es la que “enfrenta” *globalización y localismo*. Actualmente el proceso de globalización se presenta dialécticamente contra una localización que ocurre simultáneamente. Esto se manifiesta en la libertad y homogeneidad de las relaciones sociales que cruzan las fronteras del lenguaje, ideología, nacionalismos, etc., y, por otro lado, en aparente contradicción, surge la preeminencia de factores locales. Un ejemplo de esto lo constituye la Unión Europea que, mientras desterritorializa las relaciones sociales entre los ciudadanos de los Estados miembros, reterritorializa las relaciones sociales con otros Estados (la idea de “Europa fortaleza”).

La segunda contradicción aparente queda establecida entre el *Estado nación* y el *Estado transnacional*. Esto implica el cuestionamiento del papel del Estado en la globalización, esto es, si el Estado es obsoleto o se encuentra en vías de extinción, o muy debilitado en su capacidad de organizar y regular la vida social; teniendo en cuenta que, por otro lado, el Estado continúa siendo la unidad política central, no sólo porque la erosión de la soberanía resulta bastante selectiva –sobre todo en lo atinente al control social penal-, sino porque la institucionalización que propone la globalización –desde agencias multilaterales, hasta la desregulación de la economía- es sostenida por el Estado nación.

La tercera aparente contradicción tiene carácter político-ideológica y se establece entre quienes ven a la globalización como la potencia imparable del capitalismo y, aquellos que encuentran en la globalización una nueva oportunidad para la solidaridad transnacional y la lucha anticapitalista.

De Sousa Santos estima que cada una de estas “contradicciones” describen partes del proceso que está ocurriendo, por lo tanto, ninguna de ellas es descartable, y por eso, su propuesta se basa en mirarlas y entenderlas no como contrarias, sino como distintos procesos que se suceden en esta comprensión témporo-espacial novedosa.

Estas tres aparentes contradicciones conforman los más destacables vectores del proceso, porque muestran que lo que llamamos globalización es en

---

<sup>167</sup> De Sousa Santos, B., “Los procesos...”, op.cit., págs. 264 ss.



realidad una serie de procesos globalizadores que generan globalizaciones contradictorias. Lo que habitualmente denominamos globalización es, de hecho, una serie de relaciones sociales que dan lugar a diferentes globalizaciones. Es decir, no hay una globalización, en cambio hay globalizaciones, donde este término sólo podrá ser utilizado en plural.

Nos encontramos en una época de transición o, como sostiene el catedrático de Coimbra, en un sistema mundial en transición.<sup>168</sup> Es dable de ser calificado de esta manera en virtud de que contiene el viejo sistema mundial bajo un proceso de transformación, cuyas realidades pueden llevar o no a una nueva configuración mundial, o a una nueva entidad de carácter sistemático o no. En estas condiciones no es aconsejable analizar los fenómenos bajo estructuras impermeables, sino que por el contrario, debemos abrirnos a la posibilidad del caos.

Con esta premisa epistemológica, el autor señalará tres prácticas que configuran esta transición: las prácticas interestatales, las prácticas capitalistas globales y las prácticas culturales y sociales transnacionales. La primera de estas prácticas, corresponde al rol desempeñado por los Estados en la división del trabajo, como el corazón en el cual se establece la jerarquía entre centro, periferia y semi-periferia.

Las segundas son las prácticas de los agentes económicos, para quienes el planeta es la unidad espacio-temporal de su acción. Las prácticas culturales y sociales transnacionales acontecen en la transversalidad de las fronteras, de las personas y de las culturas, de la comunicación e información. Cada una de estas prácticas está producida por: un grupo de instituciones que aseguran su reproducción; el mantenimiento de las designaciones que produce; una forma de poder que suplanta la lógica de las interacciones y legitima las desigualdades y las jerarquías; una forma de ley que suplanta el lenguaje intra-institucional e inter-institucional; y el criterio que permite distinguir entre prácticas permitidas y prohibidas; un conflicto estructural que condensa las contradicciones y tensiones de las prácticas en cuestión; y por último, una jerarquía que define la manera en que las desigualdades de poder se delinean y cristalizan.

Finalmente, si bien todas las prácticas señaladas se encuentran involucradas en todos los modos de producción de la globalización, no presentan la misma intensidad. El sistema moderno se basaba en dos pilares: economía mundial y el sistema inter-estatal; en cambio el sistema mundial en transición se funda en tres pilares y ninguno de ellos constituye un sistema. Los procesos de globalización van más allá de los Estados y de la economía, implicando prácticas sociales y culturales que, en el anterior modelo, estaban subordinadas al Estado nación. Asimismo en el sistema mundial en transición, los dos pilares del anterior sistema, se presentan de forma más intensiva, en virtud de que se produce una interpenetración acelerada entre las diferentes constelaciones de prácticas, de tal

---

<sup>168</sup> *Ibíd.*, págs. 266 ss.

modo que, ante tales hibridaciones, su carácter es complejo. Así, el Estado, como institución fundamental del sistema mundial moderno, asume hoy día funciones diferentes sin que su centralidad se vea totalmente desplazada.

Mientras que en el sistema moderno el Estado aseguraba la intervención activa en la economía, en la cultura y en la sociedad, hoy día contribuye a la desintegración de estos tres ámbitos, en nombre de la integración a escala global. Todo ello permite al autor hacer una afirmación rotunda: *Lo que llamamos globalización es el éxito de un localismo globalizado*. Una vez identificado un proceso de globalización, su sentido integral y su explicación no pueden obtenerse, salvo que tomemos en cuenta los procesos adyacentes de relocalización que ocurren simultáneamente.<sup>169</sup>

Es decir, lo local puede ser intergrado a lo global de dos diferentes maneras: por exclusión o por inclusión subordinada. Aunque el discurso hegemónico presente a la globalización como un fenómeno integrador éste puede ser extremadamente limitado. Así vastas porciones de población, sobre todo en África, son globalizados, pero en términos de exclusión de la globalización hegemónica. De esta manera cuando lo local es incluido, lo es bajo la lógica global, y lo local tiene poco por hacer con el remanente que actúa en los márgenes.<sup>170</sup>

### **1.5.a. Tensión entre lo local y lo global: cuatro formas de globalización**

En estos términos la globalización puede ser dividida de acuerdo con las tensiones que se producen entre lo local y lo global en cuatro modelos de producción que, a su vez, generan cuatro formas de globalización.

En primer lugar, el *globalismo localizado* es el proceso a través del cual un fenómeno particular es exitosamente globalizado. Esto implica que, lo que puede ser catalogado como global expresa el ganador de la lucha por la apropiación de las definiciones, la victoria se traduce en la capacidad de determinar los términos de la integración, competencia e inclusión.<sup>171</sup>

La segunda relación puede ser llamada *localismo globalizado*, esto es, el impacto sobre las condiciones locales producido por los imperativos y prácticas que emergen del globalismo localizado. Para responder a los imperativos

---

<sup>169</sup> *Ibidem*, pág. 273.

<sup>170</sup> En sentido similar, la crítica efectuada por Batista Junior, P. N., *Um país inibido*, Folha de São Paulo, 27 de abril de 2006, pág. 2, la globalización, caracterizada por el autor como un mito, "ayuda a enmascarar la responsabilidad por las opciones y decisiones de los gobiernos locales; la globalización es una coartada para algunas posiciones tradicionales de las élites locales y sirve también para justificar omisiones imperdonables de los gobernantes". Asimismo véase Gómez, L.F., "Globalización y Derecho penal", en Díez Ripollés/Gracia Martín/ Higuera Guimerá, (eds.), *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo. Libro homenaje al Prof. Dr. José Cerezo Mir*, Tecnos, Madrid, 2003, pág. 333.

<sup>171</sup> De Sousa Santos, B., "Los procesos de globalización...", *op.cit.*, pág. 276.

transnacionales, las condiciones locales son desintegradas, desestructuradas y, eventualmente, reestructuradas bajo una forma de inclusión subordinada.

La producción sostenida de globalismos localizados y localismos globalizados está determinando las jerarquías de las prácticas interestatales. Así las cosas, los países del centro se caracterizan por el primer tipo de producción reseñado, mientras que los países periféricos y semi-periféricos tienen sólo la opción del segundo tipo.

Sin embargo los otros dos tipos de globalización conforman la resistencia hacia los dos anteriores. El primero de ellos es denominado por De Sousa Santos como cosmopolitismo,<sup>172</sup> y consiste en la organización transnacional de la resistencia contra la desigualdad, haciendo uso de las posibilidades aportadas por el desarrollo de la tecnología y las comunicaciones.

El segundo tipo de resistencia puede ser definido por la *lucha por los intereses comunes de la humanidad*, es decir, los problemas que conciernen a la supervivencia de la humanidad y que implican una lucha a nivel planetario. Ambos tipos de resistencia se han desarrollado en las últimas décadas, desde ONGs, movimientos sociales, campañas, etc.<sup>173</sup> Se han ido constituyendo como un movimiento alternativo a la globalización hegemónica y De Sousa los explica como los signos de la emergencia de una nueva sociedad civil y política.<sup>174</sup>

Así los dos primeros tipos son globalizaciones hegemónicas, mientras que los últimos son antihegemónicas. Pero es necesario remarcar que estos dos tipos no existen paralelamente como si fueran entidades concretas; por el contrario, son el resultado de luchas que se dan en el espacio social de los cuatro tipos de producción de la globalización.

El cosmopolitismo y el movimiento por la lucha de los intereses de la humanidad son aquellos que reivindican la transformación del intercambio desigual por un intercambio de autoridad compartida.<sup>175</sup> Este cambio deberá

---

<sup>172</sup> *Ibidem*, pág., 277.

<sup>173</sup> Véase Echart, E., /López, S., /Orozco, K., *Origen, protestas y propuestas del movimiento antiglobalización*, (prólogo Taibo), Catarata, Madrid, 2005, en especial págs. 79 ss.

<sup>174</sup> Este autor emplea el término cosmopolitismo para señalar que “contrariamente con la creencia modernista (particularmente en el momento de *fin de siècle*), el cosmopolitismo es apenas posible de un modo intersticial en los márgenes del sistema mundial en transición como una práctica y un discurso contrahegemónicos, generados por unidades progresistas de clases o grupos subalternos y sus aliados. El cosmopolitismo es efectivamente una tradición de la modernidad occidental, pero es una de las muchas tradiciones suprimidas o marginalizadas por la tradición hegemónica que produjo en el pasado la expansión europea, el colonialismo, el imperialismo, y que hoy produce los localismos globalizados y los globalismos localizados” De Sousa Santos, B., “*Los procesos.....*”, op.cit., pág. 278.

<sup>175</sup> *Ibidem*. El cosmopolitismo y el patrimonio común de la humanidad conocieron una gran evolución en las últimas décadas. A través de ellos fue construyéndose una globalización política alternativa, desarrollada a partir de la necesidad de crear una responsabilidad política transnacional tendente a ocupar el lugar de la anteriormente ocupada por la relación entre ciudadano y Estado nación. Si bien hasta ahora no ha surgido una instancia política de estas

operarse en distintos niveles; en el nivel de las prácticas inter-estatales, asimismo las prácticas de los Estados nacionales y, también en sus relaciones con otros Estados.

En el campo de la globalización hegemónica, los procesos recíprocos de localismos globalizados y de globalismos localizados hacen prever una mayor coherencia interna que los dos elementos constitutivos de la globalización antihegemónica que se encuentra muy fragmentada internamente, en la medida, en que asume comunmente la forma de iniciativas locales de resistencia a la globalización.<sup>176</sup>

La mayor consistencia predicable de la globalización hegemónica se da en el ámbito de la globalización económica. En este nivel es factible la determinación de factores globales: la preeminencia del principio del mercado sobre el principio del Estado; la financiarización de la economía mundial; la total subordinación de los intereses del trabajo a los intereses del capital; el protagonismo incondicional de las empresas transnacionales; la recomposición territorial de las economías y la consecuente pérdida de peso de los espacios nacionales y de las instituciones que configuraban anteriormente, principalmente los Estados nacionales; una nueva articulación entre política y economía en la cual los compromisos nacionales (sobre todo los que establecen las formas y niveles de solidaridad) son eliminados y substituidos por compromisos con actores globales y con actores nacionales globalizados. Sin embargo, estos factores actuarán y tendrán impacto de manera diferenciada en los distintos países. De conformidad con las condiciones anteriores de las estructuras nacionales, constitucionales, históricas, quedarán determinadas, a fin de cuentas, las respuestas ante las presiones globales.<sup>177</sup>

## 1.6. Consecuencias de los procesos globales en el Estado-Nación

Transitamos un espacio que se caracteriza por las mutaciones de la soberanía del Estado nacional en virtud de los flujos de capital. En efecto, asistimos a una dinámica que modifica la condición soberana de los Estados,<sup>178</sup> y hace posible la instalación de un ambiente fluido donde éstos se asientan; medio

---

características, tanto el cosmopolitismo como el patrimonio común de la humanidad han encontrado espacios para presentar las luchas y contraposiciones a la globalización hegemónica.

<sup>176</sup> Herrera Flores, J., *Los Derechos humanos como productos culturales*, op.cit., en especial, págs. 95 ss.

<sup>177</sup> *Ibidem*.

<sup>178</sup> Hardt, M., /Negri, A., *Imperio*, op.cit. *pássim*; asimismo, Bergalli, R.- Resta, E. *Soberanía. Un principio que se derrumba. Aspectos metodológicos y jurídico-políticos*, Paidós, Barcelona, 1996. Las mutaciones de la soberanía y la tesis del Imperio como forma de gobierno biopolítico de la actualidad serán objeto de desarrollo en los siguientes puntos del presente capítulo, al respecto véanse *infra* 1.8; 1.9.

en el cual las rémoras del territorio donde el Estado establecía las normas y las marcas de sus potestades deberán ser reducidas al máximo posible, a fin de que el movimiento fluido del capital no se vea impedido.<sup>179</sup>

Pareciera ser que no sólo no contamos ya con la topología del territorio donde nos asentamos y estructuramos nuestros vínculos y normas, sino que también el orden que él configuraba, en virtud de la soberanía, ha sido desplazado, sin que como producto de este desplazamiento se vislumbre una diferente y novedosa división; ya no hay marcas ni límites (aunque se configurarán nuevos confines) como tampoco hay las *viejas*<sup>180</sup> estructuras que nos instituían como sujetos soberanos; como señaláramos anteriormente, estamos en un sistema mundial en transición.<sup>181</sup>

Los efectos de la globalización en el ámbito estatal producen que el Estado nación se encuentre en un proceso de reforma. La modernidad ha establecido dos paradigmas de la transformación social: la revolución y el reformismo. El primero de ellos se erigió contra el Estado, mientras que el segundo paradigma fue mentado para que aconteciera dentro del Estado, debido que para el reformismo la entidad problemática es la sociedad, ésta deviene el objeto de la reforma mediante la formación del Estado como la solución a aquél, es decir, el Estado es el sujeto de la reforma.<sup>182</sup>

Actualmente es el Estado el que se torna una institución problemática –se encuentra en proceso de reforma– y, consecuentemente, se plantean varios interrogantes. Por un lado ¿quién es el sujeto de la reforma? ¿la sociedad?, o ¿el Estado en términos autorreferentes? O aún más, coincidiendo con A. Smith ¿será que la reforma del Estado conlleva el deshacerse de la distinción hasta ahora vigente entre Estado y sociedad?<sup>183</sup>

La última forma institucional del reformismo fue el Estado de bienestar, esto es, la institucionalización de la resistencia a la lógica del mercado. Bajo esta institucionalización las interdependencias solidarias y cooperativas, aunadas bajo el interés público, lograron la regulación del trabajo, la protección social contra los riesgos sociales y la seguridad contra el desorden y la violencia. La politización de las cuestiones sociales implicó pasar a considerarlas desde criterios no capitalistas lo que a su vez permitió sentar las bases de legitimación del sistema.<sup>184</sup>

---

<sup>179</sup>De Brie, C. /Naredo, J.M., /Martínez Alíer “*El lado oscuro de la globalización*” (prólogoMontalbán), en AA.VV., *Geopolítica del Caos*, Le monde diplomatique. Edición española, Debate, Madrid, 1999, págs. 339-345.

<sup>180</sup> Queriendo denotar con ello, las estructuras “modernas”.

<sup>181</sup> Véase *supra* 1.5.

<sup>182</sup> De Sousa Santos, B., *Crítica de la razón indolente...*, op.cit., págs. 162 ss.

<sup>183</sup> Seguimos los interrogantes planteados por De Sousa Santos, B., “*La reinención solidaria y participativa del Estado*”, en De Sousa Santos, B., *El milenio huérfano*, op.cit., pág. 311.

<sup>184</sup> Capella, J.R., *Fruta prohibida*, op.cit., págs. 182 ss; Faria, J.E., *El Derecho...*, op.cit., pág. 98; Serrano Piedecabras, J.R., “*Efectos...*”, op.cit., pág. 6; Cohen, S., *Visiones del control social*, op.cit., págs. 145 ss.

El Estado nacional desempeñó su función central en el cambio social reformista a través de tres estrategias básicas: acumulación, confianza y legitimación o hegemonía. Mediante las estrategias de acumulación logró estabilizar la producción capitalista. Con las estrategias de confianza logró estabilizar las expectativas de los ciudadanos, y con las estrategias de hegemonía, el Estado logró afianzar “la lealtad de las distintas clases sociales para con la gestión estatal de las oportunidades y de los riesgos, garantizando así su propia estabilidad, ya sea como entidad política o como entidad administrativa.”<sup>185</sup>

En la actualidad, la crisis del Estado de Bienestar puede ser analizada a partir de la nueva articulación de las tres estrategias reformistas: al verse desestructurados los espacios nacionales del conflicto y negociación, ante la pérdida de la capacidad regulatoria del Estado por cuanto ha visto mermada la viabilidad de la gestión en el ámbito nacional de los conflictos, se produce la centralidad de la estrategia de acumulación.<sup>186</sup>

En los nuevos confines trazados por la centralidad de la estrategia de acumulación, tanto la producción de riqueza como el bienestar, se sitúan fuera del Estado. Desde esta nueva articulación estratégica, los ámbitos legislativos y administrativos sufrirán cambios esenciales en lo atinente a sus funciones que, a la postre, son las que los definen.<sup>187</sup> A pesar del discurso único neoliberal, no es posible asignarle carácter autorregulador al mercado, no hay nada económico fuera de lo político. De esta manera, es insuficiente fijar la descripción de las “leyes de mercado” con la inexistencia de obstáculos para las relaciones que pudieran establecerse bajo su órbita o con la apelación a la descentralización. Lo uno como lo otro son productos y están en relación con un “centro-obstáculo”. Es necesario que el gobierno intervenga aún para no intervenir.

Tortosa señala que, actualmente, el Estado se está convirtiendo en una correa de transmisión de la economía mundial a la economía interna<sup>188</sup>y, en este sentido, el Estado deberá regular su propia desregulación y para ello deberá

---

<sup>185</sup> De Sousa Santos, B., *“La reinención...”*, op.cit., pág. 313.

<sup>186</sup> Gorz, A., *Miserias...*, op.cit., págs. 37 ss.

<sup>187</sup> De Sousa Santos, B., *Crítica a la razón...*, op.cit., pág. 173, que afirma que en esta época de transición “La expansión extensiva del mercado acompaña a su expansión intensiva, como lo demuestran la ideología cultural del consumismo –con su creciente diferenciación de productos, individualización de los gustos y el consecuente aumento del número de elecciones- y la progresiva mercantilización de la información y de la comunicación social, que ofrece oportunidades virtualmente infinitas para la reproducción ampliada del capital.... Esta pérdida relativa de protagonismo del Estado en los países centrales ha tenido un papel determinante en las políticas sociales. Desregulación, privatización, mercado interno del Estado, coparticipación en los costos, mercantilización, ciudadanía activa, resurgimiento de la comunidad constituyen algunas de las denominaciones del variado conjunto de políticas estatales que comparten el objetivo común de reducir la responsabilidad del Estado en la producción de bienestar social”.

<sup>188</sup> Tortosa, J.M., *Sociología del sistema mundial*, Madrid, Tecnos, 1992, pág. 25

conservar su fortaleza, en tanto que operará como agente legitimador, en el ámbito local, de las exigencias del capitalismo global.<sup>189</sup>

### 1.6. a. ¿Se trata de la creación de un nuevo espacio o de la redefinición de los ya existentes? Las políticas “glocales”

Esto revela que no nos enfrentamos a una crisis del Estado en su totalidad, sino ante la crisis de un determinado modelo de Estado: el Estado social y democrático de Derecho.<sup>190</sup> En la nueva articulación entre el Estado y el mercado, el primero deberá desplegar una fuerza que se corresponda con los designios del capital global, que torne “governables” las consecuencias de la lógica del mercado, esto es, que pueda *controlar y gestionar eficazmente* los riesgos de la desregulación y de la exclusión. Junto con la desocialización de la economía, el concepto de consumidor reemplaza el de ciudadano<sup>191</sup> y el criterio para la inclusión –ciudadanía– no opera más como un Derecho, sino a condición de ser solvente.<sup>192</sup>

Es interesante en este punto resaltar cómo el cambio de las modalidades del capital que, ahora ya no se justifica en la acumulación sino en la velocidad,

---

<sup>189</sup> De Sousa Santos, B., “La reivención...”, op.cit., pág. 315.

<sup>190</sup> Entre otros, Young, J., *La sociedad “excluyente”. Exclusión social, delito y diferencia en la Modernidad Tardía*, (trad. Bergalli/Sagarduy), Marcial Pons, Madrid, 2003, págs. 301 ss; Capella, J.R., *Fruta prohibida*, op.cit. pág. 232 ss.; Montes, P., *El desorden neoliberal*, Trotta, Madrid, 1996, págs. 152 ss.

<sup>191</sup> En este sentido, Barcello, P., “La teoría de sistemas y el paradigma de la sociedad moderna”, (trad. Maresca), en Portilla Contreras, G., *Mutaciones de Leviatán. Legitimación de los nuevos modelos penales*, (coord.), Akal, Madrid, 2005, pág. 35, sostiene que el individualismo actual no es sino el desarrollo y apoteosis del individualismo posesivo que se erige como el motor de la modernidad. El individuo consumidor, el referente antropológico de la sociedad contemporánea, es la culminación del sujeto propietario de la tradición liberal clásica. A partir de las sucesivas metamorfosis de la propiedad y de la producción, llegamos a un momento como el actual en el cual la única identidad posible en el interior del sistema es el de consumidor. Ese sujeto, ausente de determinación, paradójicamente “identificado” con la figura del consumidor, como un factor fundamental en los procesos de subjetivización social. Es el sujeto de la “globalización”, entendida como la posibilidad de existencia de diferencias de cultura, religión e ideología política. La estructura subjetiva que recubre la individualidad del sujeto “consumidor” apaga las diferencias, las mismas que vuelven a la superficie, en tanto no se alcance el status. En este sentido, una de las grandes falacias del pensamiento neoliberal es que pretende la asimilación entre deseos y necesidades mediante la argumentación de tipo antropológico en que el hombre ya no tiene necesidades sino únicamente deseos, gustos y preferencias. Éste es el ciudadano consumidor, él se provee de lo que desea en su distinción y viceversa, asimismo, véase García Inda, “Ciudadanía...”, op.cit., pág. 66; Bauman, Z., *La sociedad individualizada...*, *pássim*.

<sup>192</sup> Sabemos que la ciudadanía en términos de status no sólo queda definida en función de los Derechos de los que se es titular, sino más bien de la forma o posibilidad de ejercicio de los mismos. Sin embargo, el discurso de la economía neoliberal ha delineado una concepción mercantilizada de los Derechos, como apoteosis del sujeto propietario de la primera modernidad.

logra derrumbar todas las concepciones e instituciones que eran tributarias de la época anterior; como afirma Bauman “Esto se contenta con las expresiones de Marx que describía en medio del bullicioso espíritu de la edad moderna la explosión causada por la bomba puesta por el capital con intención de “fundir lo sólido y profanar lo sagrado.”<sup>193</sup>

La desregulación de los mercados financieros, su liberalización, la *desintermediación* han multiplicado las posibilidades de obtener beneficios puramente especulativos mediante los cuales se incrementa el capital sin que sea necesaria la inversión en áreas productivas. Esta evolución en la esfera financiera es inseparable de la evolución de las empresas que cotizan y que están sometidas a los mismos imperativos de rentabilidad por parte de los mercados y cuyos beneficios son, cada vez más, obtenidos de operaciones básicamente financieras.<sup>194</sup>

En este contexto, las fuerzas contrapuestas del Estado-nación se rearticulan en otro terreno político, cediendo su espacio a las nuevas exigencias económicas y geo-estratégicas que ocasionan profundas transformaciones, en aras a la creación de mega-mercados. Cualquiera sea el resultado de esta tensión, parece claro que el gran perdedor es el Estado como lo conocíamos, ya que esta redefinición espacio-funcional le impone modelos privatizados, actuariales y más descentralizados,<sup>195</sup> como producto de la tensión entre lo global y lo local. El Estado subsiste como mero administrador de los efectos en el ámbito local y como encargado de la reproducción simbólica de la soberanía y de la legitimidad.

Como claramente expone Serrano Piedecosas “es evidente que por la flexibilidad organizativa que caracteriza a las empresas capitalistas, las únicas estructuras burocráticas estatales homologables sean, precisamente, las que poseen los Estados contemporáneos. Son estructuras capaces de articularse y desarticularse, componerse y recomponerse en función de las coyunturas mudables por la situación social y económica. Flexibilidad del poder burocrático que depende a su vez de su capacidad de autonomía extraparlamentaria. De aquí se deriva que, *bajo la advocación ritual del Estado de Derecho, de forma solapada, se viene desarrollando otro Estado de contenido tecnocrático y autónomo.*”<sup>196</sup>

---

<sup>193</sup> Citado por Bauman, Z., *La sociedad individualizada*, op.cit., pág. 30.

<sup>194</sup> Cfr. Boltansky, L., /Chiapello, E., *El nuevo espíritu del capitalismo*, op.cit., págs. 148 ss.; Bergalli, R., “*Libertad y seguridad: un equilibrio extraviado en la modernidad tardía*”, en Losano, M.G./Muñoz Conde, F., *El Derecho ante la globalización y el terrorismo*, Tirant lo blanch, Valencia, 2004, págs. 65 ss.

<sup>195</sup> Véase en este punto, entre otros, los análisis pioneros de Christie, N. *Los límites del dolor*, Siglo XXI, México, 1971 y Wacquant, L., *Las cárceles de la miseria*, op.cit., págs. 112 ss.

<sup>196</sup> Serrano Piedecosas, J.R., “*Consecuencias de la crisis del Estado social*”, op.cit., págs. 931 ss., el subrayado es nuestro. Este autor continúa desarrollando esta idea, siguiendo a Ferrajoli, y sostiene que las garantías jurídicas del viejo Estado liberal democrático ha perdido su operatividad: a) La separación de poderes y la supremacía del poder legislativo han quedado desvirtuados por la preeminencia del Ejecutivo y la Administración; b) El principio de legalidad se ha visto desmentido por la autonomía de los aparatos burocráticos; c) La publicidad de los



Como hemos puesto de relieve a lo largo del presente capítulo, la desregulación se realiza selectivamente, ampliándose el espacio de re-regulación. Esta dinámica provoca variaciones en las autorreferencialidades de los sistemas, que deberán ser explicadas y no tomadas como explicaciones en sí mismas.<sup>197</sup> Esta época, caracterizada por los acelerados cambios sociales, culturales y económicos genera que la eficiencia sea el objetivo de las instituciones estatales, produciendo las distintas articulaciones y, con ello, la rediagramación de los espacios públicos y privados. Es decir, debemos hacer hincapié y no perder de vista, los límites de la regulación jurídica o, como afirma De Sousa Santos “la interiorización del mundo exterior realizada por el Derecho”.<sup>198</sup>

El cambio en las funciones del Estado, por la prevalencia de la economía del mercado y la consiguiente necesidad de estructurar un nuevo orden, permitirá que la exclusión sea considerada *como el efecto colateral*<sup>199</sup> del desarrollo basado en el crecimiento y competencia global, es decir “el Estado deberá regular su propia desregulación” y deberá ser fuerte en cuanto a creador de su propia debilidad.

En virtud de ello, atenderemos principalmente al estudio de las consecuencias que los estímulos globales producen en el ámbito del Estado, porque si bien se resienten fuertemente sus competencias, como así también su esencia se ve cuestionada, éste continúa “administrando” los efectos que la globalización le impone en el ámbito local.

De conformidad con ello, los procesos globalizadores pueden ser entendidos como la crisis de la forma en que hubimos concebido hasta ahora la relación entre soberanía, Derecho y Estado.

### **1.7. La relación crítica entre Estado, Soberanía, y Derecho**

Los cambios a los que asistimos plantean una profunda modificación del paradigma clásico, tanto en la esfera de la creación de Derecho como en la posterior fase de la aplicación del mismo por parte de los Tribunales. Ello, en cuanto que las decisiones de política económica, social y criminal, aunque continúan configurándose dentro de las fronteras del Estado-nación, la realidad

---

actos de gobierno ha dado paso al secreto en sus actividades; d) La intrincada maraña de los organismos administrativos interfiere el ejercicio del adecuado control jurisdiccional.

<sup>197</sup> La autorreferencialidad del control social será analizada *infra* 2.4.

<sup>198</sup> Cfr. De Sousa Santos, B., *Crítica de la razón indolente...*, op.cit., pág. 183.

<sup>199</sup> Bauman, Z., *Vidas desperdiciadas*, op.cit., pág. 16 sostiene que “Los residuos humanos son una consecuencia inevitable de la modernización y una compañera inseparable de la modernidad. Es el ineludible efecto secundario de la construcción de orden y del programa económico” y, en virtud de ello afirma que “La nueva plenitud planetaria significa, en esencia, una aguda crisis de la industria de eliminación de residuos humanos”, *ibídem*, pág. 17.

es que éstas se deciden por fuera de ellas en la transnacionalidad de los capitales y sus agentes.<sup>200</sup>

Lo anterior implica interrogar acerca del papel que le corresponde a la política y al Derecho en la conformación de un orden social correspondiente al momento actual, cuando el Estado se separa de los intereses de la sociedad, como expresa García Blanco, “de esta dinámica económica global y globalizadora resultaría además, un atrozamiento de la política social, pues, si bien el desarrollo económico se sustrae de la política nacional-estatal, los problemas sociales que él suscita se concentran en las redes de protección de los Estados nacionales, cada vez menos poderosos fiscalmente como consecuencia del creciente desempleo y de la competencia fiscal que entre ellos se establece.”<sup>201</sup>

Esto último produciría la emergencia de relaciones sociales que ya no quedan comprendidas dentro de los parámetros del Estado nación, como el “espacio” por excelencia dentro de una primera modernidad que, según entiende Beck, es esencialmente *topomonogámica*.<sup>202</sup> Así quiere dar cuenta de la fijeza territorial y cultural, en un inevitable enraizamiento de la vida social durante esta etapa en un lugar fijo, distinguiéndose así de las sociedades actuales, en las que destacan la globalización, los espacios transnacionales que dan lugar a una segunda modernización, a un lugar que no se agota en su dimensión territorial. Éste convive con otros en un marco de *topopoligamia*, por lo que cualquiera de ellos, se configura translocalmente.

La comprensión de estas nuevas realidades plagadas de paradojas y contradicciones, sólo resulta posible sustituyendo la lógica disyuntiva del paradigma de las “diferenciaciones exclusivas”, por la lógica integradora de las “inclusivas”.<sup>203</sup>

Es por ello que compartimos la opinión de Morin, cuando expresa que “los problemas esenciales jamás son parcelables, y los problemas globales son cada vez más esenciales. El reto de la globalidad es entonces, al mismo tiempo, un reto de complejidad, y hay complejidad desde el momento en que los diversos aspectos que constituyen un todo (como el económico, el político, el sociológico, el psicológico, el afectivo, el mitológico) son inseparables y tienen una trama dependiente, interactiva e interretroactiva entre las parte y el todo; el todo y las partes.”<sup>204</sup>

---

<sup>200</sup> Cfr. Navarro Dolmestch, R., “Reconfiguración del sistema de fuentes del Derecho penal y amenaza de crisis del principio de legalidad: La incorporación del Derecho internacional convencional y el fenómeno de la globalización”, en Faraldo Cabana, P.,(dir.), Brandariz García, J.A., /Puente Aba, L.M., *Nuevos retos del Derecho penal en la globalización*, op.cit., págs. 123-178.

<sup>201</sup> García Blanco, J.M., “De la globalización y la mundialización...”, op.cit., pág. 33.

<sup>202</sup> Cfr. Beck, U., *¿Qué es la globalización?*, op.cit, págs. 83-107.

<sup>203</sup> *Ibidem*, págs. 107 ss.

<sup>204</sup> Morin, E., *Tenir el cap clar: per organitzar els coneixements i aprendre a viure*, Barcelona, 2001, citado por Recasens I Brunet, “Globalización, riesgo y seguridad: El continuose de lo que alguien empezose”, en Da Agra, C, /Domínguez, L., /García Amado, J.A., /Hebberecht, P., / Recasens, A., (eds.), *La seguridad en la sociedad del riesgo. Un debate abierto*, op.cit., pág. 369.

Por su parte, Mittleman afirma que las viejas categorías no logran captar la variabilidad de la integración de la economía mundial, sino que la transformación global limita la autoridad estatal –como la conocíamos- y, por tanto viola la soberanía correspondiente con aquélla. En virtud de ello, continúa su exposición denunciando que la globalización contemporánea representa un mercado en expansión sin precedentes acompañada por una difuminación de quiebras en las estructuras.”<sup>205</sup>

Así es que en el “entramado global” los mercados globales de bienes de consumo, junto con las informaciones, hacen indispensable elegir lo que se debe absorber, pero *la manera y modo de la elección se decide a nivel local o comunitario para asegurar nuevos distintivos simbólicos para las identidades extinguidas o resucitadas o reinventadas o hasta ahora, solamente postuladas.*

La subjetividad política del consumidor posibilita un “pueblo” de soberanía particularizada y autorreferencial, sin importar la capacidad de consumo de los grupos sociales. En este sentido, el intercambio desigual de bienes materiales -a pesar de las declaraciones normativas que configuraban la ciudadanía-, no sólo continúa, sino que se acrecienta violentamente. Sin embargo, la destrucción de los vínculos sociales del modelo fordista no hace más que opacar esta situación. El ciudadano devenido consumidor asiste a una distinción entre posibilidad de realización material del consumo o sólo a su potencialidad. En este espacio vacío se *actualiza* la virtualidad de la subjetividad postmoderna, ya que la distribución desigual de las dimensiones materiales y no materiales, tiene como resultado que gran número de personas actúen meramente como expectadores del carnaval del consumo, una ideología del consumo sin práctica, “un consumo *in absentia*, un consumo desde el que se consume activamente su ausencia.”<sup>206</sup>

Asistimos a la configuración de un escenario en el cual lo local y lo global no sólo no se excluyen sino que se configuran mutuamente.<sup>207</sup> Según Bauman, el nexo entre lo local y lo global permite y produce no sólo nuevos modos de estudio analítico-empírico de culturas y mundos vitales translocales, sino que, antes bien, *desagrega la sociedad mundial que se anuncia.* La globalización y la localización son fuerzas propulsoras y las formas en que se expresa una nueva polarización de la población mundial entre ricos y globalizados y pobres localizados. A este proceso de “*glocalización*”,<sup>208</sup> Beck lo describe como una nueva

---

<sup>205</sup> Mittleman, J.H., “*Restructuring the global division of labour: old theories and the new realities*”, en Gill, S., (ed.), *Globalization, Democratization and Multilateralism*, United Nation University Press, 1997, pág. 77.

<sup>206</sup> De Sousa Santos, B., *Crítica de la razón indolente.....*, op.cit., pág. 308.

<sup>207</sup> Para el abordaje *in extenso* de esta relación y sus efectos véase, entre otros, Nabaskues, I., *Globalización y nueva política local*, IVAC, Bilbao, 2003.

<sup>208</sup> Beck, U., *¿Qué es la globalización?*, op. cit., pág., 70 denuncia que este término es un eufemismo que nos hace creer ilusoriamente que se producen situaciones más allá de la unidad y la dependencia para las que no tenemos ningún nombre ni respuesta; Cox, R., “*Some reflections on*

estratificación a nivel mundial,<sup>209</sup> coincidiendo con los términos *supra* expuestos de Mittleman.

La globalización hace referencia al proceso de mundialización de la economía, es decir, al proceso de internacionalización y mundialización de los mercados de los tradicionales factores productivos y al cambio en la forma de organización de la producción.

La “virtualidad” de la economía junto al desplazamiento de una sociedad de riquezas materiales a una “de la información” y la propiedad intangible, nos muestran el proceso de desmaterialización que se da en el ámbito de la economía global. En él, se establecen novedosos vínculos entre capital y saber tecnológico que aumentan la complejidad en aras de la competencia, la maximización de los beneficios de una riqueza crecientemente inmaterial.<sup>210</sup>

La tendencia a la internacionalización no es nueva ni en los hechos – determinados sectores y actividades económicas se han desarrollado a nivel internacional- ni en las ideas.<sup>211</sup> A pesar de ser una tendencia vigorosa e inexorable, el mercado mundial como no-lugar en el que se efectúa la competencia entre empresas mundiales se encuentra en sus inicios. Hoy todavía se confunde el comercio entre empresas con el comercio entre naciones y se habla de comercio internacional aunque sea en realidad comercio interempresarial, o incluso intraempresarial (entre unidades de una misma empresa multinacional

---

*the Oslo Symposium*”, en Gill, S., (ed.), *Globalization, Democratization and multilateralism*, United Nation Press, 1997, pág. 248.

<sup>209</sup> Beck, U., op.ult.cit., pág. 88.

<sup>210</sup> Fazio, A., *El trabajo inmaterial como problema de la filosofía política*, 2007, disponible en <http://sindominio.net/biblioweb/s/view.php?CATEGORY2=12&ID=161>

<sup>211</sup> Aquí hemos tomado postura respecto de lo que De Sousa Santos, B., *Crítica....*, op.cit., págs. 300-302, califica como *lectura paradigmática* y *lectura subparadigmática*, acerca de las posibles perspectivas respecto de los cambios que estamos presenciando. La primera de ellas sostiene que en los años setenta del siglo XX la crisis que allí se dio originó la posibilidad del surgimiento de un nuevo paradigma mundial. La actual financiarización de la economía, que no es en sí misma un fenómeno novedoso, sino que lo nuevo reside en la interferencia con el poder de los Estados nacionales, que terminará por acabar con el capitalismo ya que está alcanzando su límite máximo de capacidad de adaptación. La segunda lectura, *subparadigmática*, considera el período actual como un importante proceso de ajuste estructural en el cual el capitalismo no parece dar muestras de falta de adaptación. Dada la naturaleza antagónica de las relaciones sociales capitalistas, la reproducción rutinaria y la expansión sostenida de la acumulación de capital aparecen como inherentemente problemáticas. Según De Sousa, la lectura paradigmática es mucho más amplia que la lectura subparadigmática, tanto en sus afirmaciones sustantivas como en la amplitud de su punto de vista témporo-espacial. Según ella, la crisis del régimen de acumulación y del modo de regulación son simples síntomas de una crisis más profunda: la crisis relativa a la época. En cambio, las soluciones brindadas por la lectura subparadigmática son producto de los mecanismos de ajuste estructural del sistema, por lo que, entonces, el capitalismo habrá de resolver otra vez con éxito sus crisis. Quienes consideran la globalización como un fenómeno nuevo se adscribirán a las lecturas paradigmáticas, mientras que quienes consideran que la globalización es un fenómeno viejo, renovado, adoptan la segunda lectura. Donde ello redundará en las acciones políticas a tomar frente a este fenómeno.

ubicada en países diferentes.<sup>212</sup> “El mercado mundial sólo podrá expandirse plenamente cuando esté absolutamente libre de trabas (... ) En la actualidad se asiste a una transición entre la situación anterior en la que predominaba el comercio internacional y la futura en la que existirá únicamente el comercio interempresarial a nivel mundial”.<sup>213</sup>

La primacía de la economía financiera por sobre la economía real es la consecuencia inevitable del movimiento de flujos de capital que produce el cambio no sólo de las instituciones de gobierno y las formas de financiación del sistema productivo, sino también de las relaciones sociales.<sup>214</sup> La dependencia de las políticas económicas nacionales a la volatilidad e inestabilidad del mercado financiero mundial y de los nuevos poderes nacidos bajo su influencia -de carácter privado- se encuentran yuxtapuestos a los poderes que competían al Estado nación quien, en bajo estas circunstancias, verá menguado su dominio -la decisión soberana-, sobre las esferas económica, política y social.<sup>215</sup>

La tendencia del mercado a disociarse de los territorios y, de este modo producir nuevos “espacios”, el proceso de desmaterialización de la producción y el desarrollo del mercado financiero internacional, nos permiten hablar del “mercado como no lugar”. En él se distancian los intercambios interpersonales, donde miles de millones son transferidos de un punto a otro del planeta en tiempo real con sólo apretar un botón. La desterritorialización del mercado global coincide con una desmaterialización de la producción.<sup>216</sup>

De ello se deduce que la desterritorialización y posterior reterritorialización del mercado de trabajo sufrirá consecuencias que lo modificarán severamente. Tanto la libertad de competencia como la libertad de movimiento de los factores productivos no se traducen en la libertad de la fuerza de trabajo desde dos vertientes: en el ámbito del Estado nación, éstos apelando a una necesidad de *flexibilizar sus normas fiscales y laborales*, dejan la libertad pregonada del contrato laboral convertirse en un contrato de adhesión que impone condiciones cada vez más precarias; en el ámbito global esto se traduce en el desliece de los mecanismos de gestión de las fronteras del norte industrializado para controlar los flujos de personas procedentes de un Sur devastado –¿*dura lex sed lex?*-.<sup>217</sup>

Los agentes del proceso de mundialización – producido el abandono del modelo fordista de producción-, con nuevas dimensiones y técnicas productivas, permiten operar en forma de red, para extender sus actividades a países o áreas

---

<sup>212</sup> Véase *supra* 1.4.

<sup>213</sup> Vidal Villa, J., *Mundialización. Diez tesis y otros artículos*, Icaria, Barcelona, 1996, pág. 97.

<sup>214</sup> Cfr. Deleuze, G., Guattari, F., *El Anti-edipo. Capitalismo y esquizofrenia*, ed. ampliada, (trad. Monge), Paidós, Barcelona, 1985, en especial, págs. 29 ss.

<sup>215</sup> Mercado, P., “*El proceso de globalización, el Estado y el Derecho*”, *op.cit.*, págs. 119-165.

<sup>216</sup> Fazio, A., *El trabajo inmaterial...*, *op.cit.*

<sup>217</sup> Véanse los capítulos 3 y 6, donde se producirá el análisis de las articulaciones y efectos sobrevinientes que se presentan entre el Derecho rígido y el flexible.

del mundo que les facilitan, a partir de la configuración de ordenamientos jurídicos flexibles, costos bajos en lo atinente a mano de obra, impuestos, materias primas y fuentes de energía.

Estas dos condiciones, la mundialización del mercado financiero y el cambio en la organización de la producción constituyen las condiciones para el establecimiento de una economía a escala mundial que ha transfigurado de manera radical las estructuras sobre las que, hasta ahora, habíamos concebido el sistema económico.

Desde el punto de vista del Derecho, el proceso de globalización parece exigir un Derecho global, uniforme.<sup>218</sup> Esto conlleva un cambio en las fuentes del Derecho que pone en crisis dos de los principios constitutivos del Derecho moderno, producto de las revoluciones liberales: por un lado la crisis de la forma estatal (la primacía de la ley y el ejercicio monopólico de la fuerza) y por otra parte, al estar en jaque el concepto de ley y de producción normativa, *se produce el vacío de la ley* –excepción– como expresión de la voluntad general.<sup>219</sup>

De igual forma, no debe olvidarse que, como este patrón globalizado es impuesto desde los países centrales hacia los de la periferia, la concepción del Derecho que se quiere imponer estará claramente enfocada a la defensa de los intereses predominantes. Esto se traduce en el surgimiento de una nueva *lex mercatoria* producida por las empresas transnacionales, sin la *mediación* del órgano legislativo de los Estados nación, configurada por reglas diseñadas a fin de (des)regular las relaciones comerciales que se dan en los mercados.<sup>220</sup>

Esta nueva regulación jurídica ha sido establecida de forma privada. Los protagonistas principales del desarrollo de la *lex mercatoria* son, en primer lugar, los miembros de los propios tribunales arbitrales, que fallan en los conflictos entre partes sometidas contractualmente a este régimen; en segundo lugar, los grandes estudios jurídicos internacionales y, en tercer lugar, los departamentos

---

<sup>218</sup> Höffe, O, *Globalizzazione e diritto penale*, Edizioni di Comunità, Torino, 2001. El autor plantea la tesis de que el Derecho penal constituya un elemento primario en una sociedad vinculada al ideal de los derechos humanos.

<sup>219</sup> Como pone de manifiesto De Sousa Santos, B., *Crítica de la razón indolente...*, op.cit., pág. 181, “el espectacular desarrollo del intervencionismo estatal en el Estado-Providencia modificó las condiciones del Derecho moderno, tanto como Derecho estatal, como Derecho científico. No obstante, esas transformaciones no constituyen indicios de alguna crisis del Derecho en sí. La verdadera crisis ocurrió en las áreas reguladas por el Derecho (familia, trabajo, educación, salud, etc.) cuando se volvió evidente que las clases populares carecían de fuerza política para garantizar la continuidad de medidas estatales de protección social. Se trata, por tanto, de la crisis de una forma política –el Estado providencia-, y no de la crisis de una forma jurídica –el Derecho autónomo. El autor continúa su argumentación en los siguientes términos, “De un modo general, está reconocido que la ola de desregulación que actualmente asola a los Estados y el sistema interesatal es altamente selectivo y que, por ello mismo, la desregulación en una determinada área es habitualmente acompañada por una re-regulación en otra área”, *ibidem*, pág. 183.

<sup>220</sup> Prado, C., “Interrogaciones acerca de las políticas penales de vanguardia en el mundo globalizado”, en Rivera Beiras, *et.al.* (coords.), *Contornos y pliegues...*, op.cit., pág. 410.

jurídicos de las empresas multinacionales y finalmente -operando como síntesis institucional-, la Cámara de Comercio Internacional con sede en París.

La *lex mercatoria* no conforma un código legal dogmáticamente construido o siquiera formulado en su mayor parte de manera explícita, sino que, más bien, tiene el carácter de un sistema de principios y normas abierto y dinámico. Los jueces arbitrales se orientan en sus decisiones, en casi todos los casos, no por el Derecho positivo de determinados sistemas jurídicos nacionales, sino que elaboran soluciones específicas para la cuestión sometida a proceso, con referencia a precedentes dictaminados también en el marco de la *lex mercatoria*.<sup>221</sup>

La crisis del monopolio estatal en la producción jurídica afecta de manera simultánea a la aplicación del Derecho.<sup>222</sup> La informalización de la justicia, esto es, la preferencia por mecanismos supraestatales de resolución de conflictos, como el arbitraje privado o la creación estatal de sedes extrajudiciales, da como resultado la creación de un modelo dualista de administración de justicia, ejemplo del mismo es el Derecho económico de la Unión Europea: una justicia “a la carta” para los poderes económicos y otra “de masas”, lenta, burocrática y jerarquizada.<sup>223</sup>

Como consecuencia, la legalidad, publicidad y control, que habían constituido en el anterior modelo las tradicionales pautas de actuación del Estado de Derecho, se difuminan en el marco del orden económico mundial en virtud de los actos de un poder económico privado que no permite ni el control ni la publicidad sobre sus actos.<sup>224</sup>

El gobierno público estatal del Estado nación que regulaba la economía sobre la base de su territorialidad y del compromiso keynesiano entre capital y trabajo contribuyó a la formación de estructuras jurídicas asentadas y destinadas a promover el desarrollo del conjunto de la sociedad. Ello debido a que el Estado creaba, a través de su intervención, espacios de sociedad.<sup>225</sup> El Estado se expande bajo la forma de sociedad civil, y lo hace, como señala Boaventura de Sousa Santos, a través de un gobierno indirecto, una forma política indirecta similar a la *indirect rule* que el colonialismo británico adoptó para disminuir el costo de la

---

<sup>221</sup> Ferraro, A., “Gobernabilidad y Derecho en el proceso de globalización”, págs. 79-98, principalmente, págs. 82 y 83; y Velásquez V.F., “Globalización y Derecho penal”, op.cit., págs. 185-208, ambos correspondientes a Losano, M., Muñoz Conde, F., (coords), *El Derecho penal ante la globalización y el terrorismo*, “Cedant arma togae”, *Actas del Coloquio Internacional Humboldt*, Montevideo abril 2003, Tirant lo blanch, Valencia, 2004, Capella, J.R., *Fruta prohibida*, op.cit., págs. 272 ss.

<sup>222</sup> Véase Saphiro, M., “The globalization of law”, en *Journal of Global Legal Studies*, Vol. I., núm., 1, 1993, págs. 37-64; asimismo De Sousa Santos, B., *Toward a new common sense: law, science and politics in the paradigmatic transition*, Londres, Routledge, 1995, en especial el apartado “Globalization, nation state and the legal field”.

<sup>223</sup> Mercado, P., “El proceso de globalización...”, op.cit., pág.138.

<sup>224</sup> Maresca, M., “Antes del leviatán. Las formas políticas y la vida social en la crisis del imperio de la ley”, op.cit., pág. 88.

<sup>225</sup> Mecado, P., “El proceso de globalización...”, op.cit., págs. 123 ss.

administración del imperio, involucrando a poblaciones nativas en el sojuzgamiento al poder colonial.<sup>226</sup>

Mediante el monopolio de la diagramación fiscal, en el Estado de bienestar, el sistema de tributos se convirtió en el principal mecanismo jurídico y político de la intervención del Estado en la economía, que propugnaba las prestaciones hacia toda la sociedad en vistas de un equilibrio de redistribución de la riqueza hacia los diferentes estratos sociales.<sup>227</sup>

Actualmente, bajo el paradigma de la economía desregulada, los Estados nación van cediendo competencias hacia organizaciones supranacionales, que van dejado de ser, progresivamente, organizaciones prestadoras de funciones de cooperación, negociación y coordinación entre los Estados nación, y se han constituido como organizaciones con estructuras administrativas propias, cuyos objetivos, prácticas, procedimientos, son impuestas a los “espacios glociales”. Materias como moneda, transporte, defensa, comunicaciones, energía, seguridad y defensa, comienzan a pertenecer a la soberanía estatal y a las directivas del soberano difuso.<sup>228</sup>

De esta manera se vuelve impracticable la regulación-protección del sistema laboral. La imposición de la fragmentación y segmentación de la empresa fordista, para transformarla en una red productiva, genera que el mercado laboral también adquiera las mismas características de fragmentación y segmentación. Las nuevas modalidades que asume la fuerza laboral provoca que la solidaridad de clase, motor de las reivindicaciones y los logros alcanzados por los sindicatos y los partidos obreros que oficiaban de interlocutor válido para la imposición de regulaciones capaces de equilibrar las dos partes en juego del contrato laboral, se encuentre desagregada. Ahora es la competencia global la que determina las cláusulas y condiciones del trabajo, ante la cual el Estado sólo puede ofrecer menores restricciones tanto laborales como fiscales.<sup>229</sup>

---

<sup>226</sup> Ello es predicable asimismo de la privatización de los dispositivos del control. Actualmente, el consumo logra la incorporación de aquellos consumidores *in absentia* al control de la excedencia, como veremos en el próximo capítulo.

<sup>227</sup> Capella, J.R., *Fruta prohibida...*, op.cit., págs. 212 ss.

<sup>228</sup> Mercado, P., “*El proceso de globalización...*”, op.cit., pág., 141; Capella, J.R., *Fruta prohibida*, op.cit., págs. 260 ss.

<sup>229</sup> En este sentido se habla del paso del *Welfare* al *Workfare*, es decir, asistimos a la formación de un modelo de regulación económica en el que el trabajo asalariado, no garantiza, como lo haría en el modelo anterior, la superación de la pobreza mediante la satisfacción de las necesidades básicas. En otras palabras, se trata del cambio en el trabajo. Mientras que en el período anterior éste funcionaba como condición de la inclusión social, que hacía a las veces de organizador de la subjetividad y de los derechos que debían estar garantizados por el Estado, actualmente el trabajo aparece como una “obligación de la ciudadanía”, con ello no es extraño que se fomente la sumisión a una relación laboral discontinua y móvil. A esta crisis, se le agrega la crisis del trabajo, es decir, crecientes poblaciones migrantes, para las cuales la residencia legal en el territorio depende específicamente del desarrollo de un trabajo regularizado, esto es, no perteneciente a una de las múltiples y proliferantes modalidades del trabajo en negro correspondiente a la



Sin embargo, “a pesar de las apariencias, la mundialización no exige menos Estado, sino la funcionalización de los instrumentos económicos, políticos y jurídicos del Estado a los imperativos de las estrategias de la mundialización.”<sup>230</sup> Es el no Estado social, pero el Estado es la condición de existencia del capitalismo, y por eso a lo que estamos asistiendo hoy es a una nueva forma de política soberana subordinada al capital.<sup>231</sup>

Esto implica que ha aumentado la cantidad de recursos que no intervienen en el mecanismo productivo, pero que sirven para liberar a la empresa del carácter social o político de la creación de empleo que recaía sobre la empresa subsidiada del modelo anterior. La nueva ayuda por parte del Estado hacia las empresas se sitúa en el terreno de la flexibilización de la fuerza de trabajo necesaria para que las operaciones en red sigan las tendencias del mercado. Por ello, el Estado asumirá los costes sociales de esta situación y lo hará a partir del despliegue de los mecanismos de control de la excedencia.<sup>232</sup>

El Estado actual no implica que ya no haya Estado, sino la despolitización de la decisión pública en el gobierno de una economía mundializada y su sustitución por un gobierno técnico-mundial del nuevo orden económico legitimado exclusivamente, en el plano de los hechos, por la constitución en *valores universales* de la racionalidad económica y de los imperativos de la eficiencia.<sup>233</sup>

Desregular significa cambiar los límites entre lo disponible y lo indisponible. La sustitución de la ley por el contrato (de adhesión como modelo contractual típico del consumidor) implica esencialmente una modificación de los

---

economía sumergida. Wacquant, L., *“Penalización de la miseria y proyecto político neoliberal”*, (trad. Álvarez Uria), Revista Archipiélago. Cuadernos de crítica de la cultura, núm. 55, 2003, pág. 63.

<sup>230</sup> Mercado, P., *“El proceso.....”*, op.cit., pág. 147. Esta afirmación será el marco dentro del cual pensaremos las mutaciones del control social y sus mecanismos, centrado en esta investigación en la gestión de los flujos migratorios, véase capítulo 3.

<sup>231</sup> Guimaraes, C., *“O caso minas gerais: da atrofia do Estado social á maximização do Estado penal”*, en Revista Eletrónica de Ciências Jurídicas, 2006, disponible en [www.pgj.ma.gov.br/ampem/ampem.1/asp](http://www.pgj.ma.gov.br/ampem/ampem.1/asp); Capella, J.R., *Fruta prohibida...*, op.cit., pág. 265.

<sup>232</sup> Como señalan Rusche y Kirhheimer, *“La pena como tal no existe; existen solamente sistemas punitivos concretos y prácticas determinadas para el tratamiento de los criminales... aunque las necesidades que se derivan de combatir las prácticas delictivas ocupan un lugar significativo en la transformación de los sistemas penales, las mismas no pueden ser explicadas solamente con relación a ellas. Cada sistema de producción tiende al descubrimiento de métodos punitivos que corresponden a sus relaciones productivas”*, op.cit., pág. 3... *“en tanto la población carcelaria no es utilizada para cubrir las necesidades del mercado de trabajo, la elección de los métodos punitivos es predominantemente influida por intereses de tipo fiscal”*, ibídem. En este sentido, el control de la excedencia como veremos en los próximos capítulos, nos sirve como instrumento de análisis de los nuevos discursos y dispositivos que activa el poder para alcanzar cierto grado de legitimidad. En los próximos capítulos serán objeto de tratamiento tanto los dispositivos cuanto los discursos que se reproducen en el control de la excedencia. En este sentido, resulta fundamental el trabajo de De Giorgi, A., *El gobierno de la excedencia...*, op.cit., *pássim*.

<sup>233</sup> Mercado, P., *“El proceso de globalización...”*, op.cit., pág. 152. La cuestión aquí esbozada será ampliada en el transcurso de los capítulos siguientes.

confines que distinguen los bienes indivisibles e indisponibles (los bienes públicos) y los bienes divisibles. Y esta modificación no puede ser realizada *exclusivamente en nombre de la eficiencia, puesto que afecta a la decisión política constitutiva de toda sociedad*. “La desregulación no es sino la suspensión de la decisión política (pública) a favor de una razón técnicoadministrativa que se convierte en legislador universal. Éste es el verdadero significado del cambio en la forma y el sentido del gobierno de la economía globalizada.”<sup>234</sup>

En consecuencia, como pone de manifiesto Portilla Contreras, “Factores como la crisis del principio de soberanía nacional, la aparición de nuevos sujetos históricos como consecuencia del trabajo inmaterial, la introducción del saber en la producción, la extensión de sectores en movimiento que no encuentran una localización determinada, la suplantación de las decisiones democráticas por los intereses privados de las organizaciones internacionales, la internacionalización de las transferencias de capital y personas, etc., están conformando decisivamente los modelos penales más recientes.”<sup>235</sup>

## 1.8. El orden imperial

Habiendo señalado los efectos globalizadores que afectan y determinarán, a la postre, el rol a desempeñar por el Estado “nación” en la era de la globalización, es dable proseguir el análisis con las mutaciones a que se expone el concepto de soberanía, ello con la finalidad de analizar las nuevas pautas que definen la legitimidad en la era de la globalización, partiendo desde la indagación sobre qué sucede con su rasgo fundamental: el monopolio de la violencia a manos de Leviatán. Para producir este análisis habremos de seguir a Hardt y Negri, que en su obra conjunta *Imperio*, proponen que el lugar en el que deberíamos situar la producción biopolítica del orden es en los nexos inmatriciales de la producción del lenguaje, la comunicación y lo simbólico, desarrollados por los medios de comunicación.

La hipótesis básica que desarrollan los autores en este libro consiste en que la soberanía ha adquirido una forma nueva, compuesta por una serie de organismos nacionales y supranacionales unidos por una lógica común de dominio. Esta nueva forma global de soberanía es a la que llaman imperio.<sup>236</sup>

---

<sup>234</sup> Mercado, P., “El proceso...”, op.cit., pág. 154.

<sup>235</sup> Portilla Contreras, G., *El Derecho penal entre el cosmopolitismo.....*, op.cit., pág. 31.

<sup>236</sup> Hardt, M., /Negri, A., *Imperio*, op.cit., pág. 14, sostienen que, en contraste con el imperialismo, el imperio no establece ningún centro de poder y no se sustenta en barreras fijas. Es un aparato *descentrado y desterritorializador* de dominio, que progresivamente incorpora la totalidad del terreno global dentro de sus fronteras abiertas y en permanente expansión. El capital parece tener que vérselas con un mundo uniforme, o, en realidad, con un mundo definido por nuevos y complejos regímenes de diferenciación y homogenización, desterritorialización y reterritorialización. La construcción de las rutas y los límites de estos nuevos flujos globales

El concepto de imperio se caracteriza principalmente por la falta de fronteras: el dominio del imperio no tiene límites. Ante todo, pues, el concepto de imperio propone un régimen que efectivamente abarca la totalidad espacial o, más precisamente, gobierna todo el mundo “civilizado.”

Su dominio, ubicuo, penetra en todos los registros del orden social hasta la profundidad del mundo social. Éste no sólo gobierna un territorio y a una población, también *crea el mundo mismo que habita*. No sólo regula las interacciones humanas, además *procura gobernar directamente toda la naturaleza humana*. El objeto de dominio de la biopolítica es la vida social en su totalidad; por consiguiente, el imperio presenta la forma paradigmática del biopoder.<sup>237</sup> Finalmente, aunque la práctica del imperio se despliega en torno de la amenaza a la violencia bélica, el concepto de imperio siempre está dedicado a la paz; una paz perpetua y universal, que trasciende la historia.

El punto de partida del estudio del imperio está constituido por una nueva noción de Derecho o, más bien una nueva inscripción de la autoridad y un nuevo diseño de la producción de normas e instrumentos legales de coerción que garantizan los contratos y resuelven los conflictos.<sup>238</sup>

Este concepto tiene una larga tradición, que se remonta a la Roma antigua. Allí fue donde el concepto de imperio unió categorías jurídicas y valores éticos universales para hacerlos funcionar conjuntamente como un todo orgánico. Todo sistema jurídico es de algún modo la cristalización de un conjunto específico de valores, porque la ética es parte de la materialidad de toda fundación jurídica, pero el imperio – en particular la tradición romana- es peculiar por cuanto lleva al extremo la coincidencia y la universalidad de lo ético y lo jurídico: en el imperio hay paz, en el imperio existe la garantía de justicia para todas las personas. El concepto de imperio se presenta como un concierto global bajo la dirección de un único conductor, un poder unitario que mantiene la paz social y produce sus verdades éticas. Y para que ese poder único alcance tales fines, se le concede la fuerza indispensable a efectos de librar – cuando sea necesario- “guerras justas”, en las fronteras, contra los bárbaros, y en el interior, contra los rebeldes;<sup>239</sup> sin embargo actualmente el imperio no presenta interior o exterior, sino una reterritorialización möbius.<sup>240</sup>

---

estuvo acompañada por una transformación de los procesos productivos dominantes, lo que dio como resultado una reducción del protagonismo del trabajo industrial en fábricas, desplazado por la prioridad que se le da hoy al trabajo comunicativo, cooperativo y afectivo. En la posmodernización de la economía global, la creación de la riqueza tiende aún más hacia lo que llamaremos producción biopolítica, la producción de la vida social misma, un proceso en el cual cada vez más lo económico, lo político y lo cultural se superponen e intervienen recíprocamente, *ibídem*, pág.15.

<sup>237</sup> Sobre el punto, véase *supra* 1.2.

<sup>238</sup> Hardt, M., /Negri, A., *Imperio*, op.cit., págs. 26 ss.

<sup>239</sup> *Ibídem*, pág. 27.

<sup>240</sup> Véase *infra* 2.7; 2.8; 3.2; 3.3.

La vuelta al imperio puede ser descrita por el renovado interés que despierta el concepto de *bellum iustum*. Este término comienza a reaparecer como un argumento central de las retóricas políticas postmodernas. El concepto tradicional de una guerra justa implica la banalización de la guerra y su elogio como un instrumento ético, dos ideas que el pensamiento político moderno y la comunidad internacional habían repudiado resueltamente. Estas dos características tradicionales han reaparecido en nuestro mundo: por un lado se reduce la guerra a la condición de acción política, y por el otro, se sacraliza el nuevo poder que puede ejercer de forma legítima funciones éticas a través de la guerra.<sup>241</sup> Sin embargo, actualmente la guerra presenta innovaciones fundamentales, en primer lugar, debido a que se justifica a sí misma, la legitimidad del aparato militar tiene una base ética y, en segundo lugar, la eficacia brinda la legitimación de la acción militar para lograr el orden y la paz deseados.<sup>242</sup>

### 1.9 La legitimación del Imperio

La legitimación del orden mundial es aquella que no nace de acuerdos internacionales previamente existentes, sino que emerge, al menos en parte, de la maquinaria de la comunicación actual. Ésta produce su propia imagen de autoridad, una legitimación que no se fundamenta en algo exterior, y se propone una y otra vez, mediante el desarrollo de la invención de su propio lenguaje de autovalidación.<sup>243</sup>

En este sentido, la comunicación expresa, establece y controla el sentido y la dirección de lo imaginario que se transmite a lo largo de las redes informacionales, es decir, “guía y canaliza lo imaginario dentro de la maquinaria comunicativa.”<sup>244</sup> Esta última funciona mediante la construcción biopolítica de tejidos sociales que excluyen o invalidan toda contradicción; simulando la construcción de un concepto de ciudadanía universal, y con ese objeto, intensifica la efectividad de su intervención sobre todos los elementos de la relación comunicativa, disolviendo el espacio público y los lazos sociales. Con el fin de validar su propio poder, la producción a través del lenguaje de la realidad y, el lenguaje de la autovalidación, constituyen la clave fundamental para comprender la efectividad, la validez y la legitimación del Derecho imperial.<sup>245</sup>

Indagamos respecto del estatuto de la soberanía en la globalización porque, según nuestra hipótesis, el ejercicio de la potencia punitiva se despliega en esta época como un *símbolo de la legitimidad del nuevo poder que se basa en la*

---

<sup>241</sup> Véase *infra* 2.7.

<sup>242</sup> Cfr. Velázquez, F., “Globalización y Derecho penal, op.cit., págs. 199 ss.

<sup>243</sup> *Ibidem*.

<sup>244</sup> *Ibidem*, pág. 46

<sup>245</sup> *Ibidem*.

*efectividad con que usa la fuerza que le exige el mantenimiento del nuevo orden. La soberanía del imperio se construye en los confines, en la medida en que actúa en la "instancia final";<sup>246</sup> una soberanía que sitúa su único punto de referencia en el definitivo carácter absoluto del poder que puede ejercer. La fuente de la normatividad imperial nace de una nueva máquina económica, industrial y comunicativa, en suma, una máquina biopolítica globalizada.<sup>247</sup>*

Finalmente, la forma de legitimación del imperio, se gesta no sólo sobre la base de sus poderes de acumulación y su extensión global, sino también sobre la base de su capacidad para desarrollarse más profundamente. Para ello precisa renacer y extenderse a través de toda la trama biopolítica de la globalización, *apelando a la excepción como espacio para la configuración de un nuevo Derecho que rescata viejas estrategias de control con el fin de establecer un orden.*<sup>248</sup>

### **1.10. El contrato social. Orden: paradigmas moderno y biopolítico**

El presente epígrafe, ante la puesta en cuestión del carácter soberano del Estado nación y de los derroteros actuales de la situación de la legitimidad del Derecho, centrará el análisis en la figura del contrato social, como metáfora fundadora de un determinado orden. Este último aparece como un problema que deberá ser resuelto, y la figura que encarna este intento es la formación de los Estados nación modernos.

El contrato social es el metarrelato sobre el que descansa la idea de obligación política y opera como metáfora fundadora de la racionalidad social y política moderna.<sup>249</sup> Éste intenta resolver en su seno una dialéctica: entre

---

<sup>246</sup> *Ibídem.*

<sup>247</sup> *Ibídem*, pág. 52. Como vimos, junto con Foucault podemos reconocer la naturaleza biopolítica del nuevo paradigma de poder. El biopoder es una forma de poder que regula la vida social desde su interior, siguiéndola, interpretándola, impregnándola y rearticulándola. El poder sólo puede alcanzar un dominio efectivo sobre toda la vida de la población cuando llega a constituir una función vital, integral que cada individuo apoya y reactiva voluntariamente. Véase *supra* 1.2.

<sup>248</sup> Dal Lago, A., "Personas y no personas", en Silveira Gorski, H.C., (ed) *Identidades comunitarias y democracia*, Trotta, Madrid, 2000; Albrecht, H., "Respuestas legislativas al 11 de septiembre. Un análisis comparado de la legislación antiterrorista", en Bueno Arús, F., *et.al*, (dirs.), Guzmán Dálbora, J.L./ Serrano Maíllo, A., (eds.) *Derecho penal y criminología como fundamento de la Política Criminal. Estudios en Homenaje al Prof. Serrano Gómez*, Dykinson, Madrid, 2006, *op.cit.*, pág. 1156 ss.; Brandariz García, J.A., *Política criminal de la exclusión*, *op.cit.*, pág. 202.

<sup>249</sup> Cfr. Herrera Flores, J., *Los Derechos humanos como productos culturales*, *op.cit.*, págs. 192 ss., pone de manifiesto "paradójicamente, la idea del contrato, que parece tener una clara raíz económica o mercantil (y, de hecho, es traída a la filosofía política desde la economía), se sitúa en la separación, fundamental para el liberalismo político, entre política y economía. Como afirman Rosanvallon y Fitoussi, a pesar de esa proclamación ideológica de esferas separadas, es el mercado el que impone las líneas de transformación social que la política tiene que acatar... la figura del contrato se basa en un conjunto de abstracciones que, al separarse ideológica y ficticiamente de los contextos donde se dan las situaciones concretas entre los individuos y los

regulación social y emancipación social, tensión que se mantiene en tanto se reproduce la polarización entre interés general y particular.<sup>250</sup> Esta dialéctica se ve pacificada tanto por el Estado nación como por el Derecho, es decir, mediante la lógica por la cual surge el contrato: la oposición entre sociedad civil y estado de naturaleza.<sup>251</sup>

En virtud de las concepciones elaboradas por los distintos autores sobre el estado de naturaleza, se fundamentará la obligación política inicial que dará lugar a las distintas concepciones del Estado surgido como producto del contrato social.<sup>252</sup> Cuanto más violento y anárquico se exponga el estado de naturaleza, mayores serán los poderes atribuidos al Estado.<sup>253</sup>

En este sentido la fórmula de Hobbes de un soberano absoluto, un “dios en la tierra,”<sup>254</sup> desempeña un papel fundacional en la construcción moderna del

---

grupos, normalizan legitiman y legalizan posiciones previas de desigualdad con el objetivo de reproducirse infinitamente” Esta sacralización inmanente se despliega en el orden subjetivo, porque como sostiene Herrera “se instaura la idea de un sujeto generalizado tan alejado de los contextos en los que vive, que las situaciones conflictivas desaparecen ante el consenso que supone la igualdad formal y las situaciones de desigualdad se esfuman ante la apariencia de justicia en que consisten los procedimientos.”

<sup>250</sup> De Sousa Santos, B., “Reinventar la democracia”, en *El milenio huérfano*, op.cit., pág. 339.

<sup>251</sup> Como pone de manifiesto De Sousa Santos, B., *Crítica de la razón.....*, op.cit., pág. 145, “La universalidad de la nueva forma obligación jurídica y política está, de una forma u otra, ligada a las pretensiones de verdad de la ciencia moderna. Esta relación es más dudosa en Rousseau que en Hobbes, cuyo proyecto era erigir una “ciencia de justicia natural”, moldeada según el método de la geometría, “la única ciencia que, hasta ahora consintió Dios ofrecer a la humanidad” en palabras del propio Hobbes.

<sup>252</sup> Virno, P., *Gramática de la multitud*, op.cit., pág. 34 ss.

<sup>253</sup> De ahí las diferencias en la forma de concebir el contrato social en Hobbes, Rousseau, Locke. Todos ellos comparten que la idea del abandono del estado de naturaleza es imprescindible en aras de constituir la sociedad civil y el Estado modernos, es decir, representa una opción de carácter radical e irreversible. Según ellos, la modernidad es intrínsecamente problemática y poblada de antinomias –entre la coerción y el consentimiento, la igualdad y la libertad, el soberano y el ciudadano, el Derecho natural o el civil- que sólo puede resolver por sus propios medios, lo cual implica la imposibilidad de retomar los recursos pre o antimodernos. Véase De Sousa Santos, B., *Towards a new common sense: Law, Science and Politics in the paradigmatic transition*, op.cit., págs. 63-71.

<sup>254</sup> Esta máquina, sin cuyo omnipotente dominio deviene imposible la acumulación originaria de capital, se articula con la producción moderna del Estado nacional, es decir, lo que en aquel momento se decide, mediante el abandono del estado de naturaleza, es la transformación de la monarquía absoluta en un Estado nacional capaz de asegurar políticamente el desarrollo capitalista inglés en su identidad con el bienestar nacional de tal pueblo. El interés del pueblo es la nueva legitimación de carácter político racional, temporal y profano, perfectamente ajustada al oficio temporal que significa el gobierno civil que, como toda vocación humana, implica una llamada divina destinada a esta tarea. El título que Hobbes da a su obra es altamente significativo: *Leviatán* es el monstruo bíblico cuyo supremo poder no admite par en la tierra; sólo la cólera de Dios puede contra él, simbólica encarnación del poder político de Egipto, opresor y esclavizador del pueblo de Israel, elegido Reino de Dios según el “pacto” con Abraham y Moisés. Desde el propio sentido simbólico de tal nombre, el *Leviatán*, en cuanto modelo político del Estado absoluto, es la negación del arquetipo político-religioso del Reino de Dios. De ahí que pueda

aparato político trascendente.<sup>255</sup> La construcción de Hobbes puede entenderse desde una lógica que se estructura en dos momentos<sup>256</sup>: el primero consiste en suponer que la guerra civil es el estado original de la sociedad humana, un conflicto generalizado entre actores individuales. En un segundo momento, a fin de garantizar la supervivencia ante los peligros mortales de la guerra, los seres humanos deben acordar un pacto que asigne a un líder el Derecho absoluto de actor, quien o quienes detentarán el poder soberano.<sup>257</sup>

---

afirmar el filósofo inglés que la seguridad del Estado es impensable si su soberanía no cuenta para sí con ese radical instrumento de orden público que es la religión del país que así se gobierna. La dictadura de Cromwell cumple prácticamente todos los requisitos instrumentales que Hobbes establece en su *Leviatán* como condición de un Poder Soberano, asegurando la pacífica existencia civil (burguesa) de todos sus súbditos: libres para consagrarse a su específico trabajo profesional y a su individual existencia particular siempre que se atengan públicamente a la Ley y no intervengan en conjuras sediciosas, Hobbes, T., *Leviatán*, (edición preparada por Moya, C., y Escobedo, A.), Alianza, Madrid, 1983.

<sup>255</sup> Schmitt, C., *El Leviathan en la teoría del Estado de Tomas Hobbes*, (edición y estudio preliminar de Monereo Pérez, J.L.), (trad. Conde), Comares, Granada, 2004, pág. 26.

<sup>256</sup> Hardt, M., /Negri, A., *Imperio*, op.cit., pág.89.

<sup>257</sup> Hobbes, T., *Del ciudadano*, (trad. del latín y nota preliminar por Andrée Catrysse, introducción de Norberto Bobbio), Instituto de Estudios Políticos, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1966, págs. 11-12, sostiene "Es cierto que fuera de la sociedad civil cada uno goza de una libertad completa, pero infructuosa, porque como tiene el privilegio de hacer cuanto buenamente quiere, deja también a los demás el poder de hacer que él mismo padezca cuanto les parece. Pero en el gobierno de un Estado bien establecido, cada particular no se reserva más libertad que aquella que precisa para vivir cómodamente y en plena tranquilidad, ya que no quita a los demás más que aquello que les hace temibles. Así pues, fuera de la sociedad, cada uno tiene Derecho sobre todas las cosas, aunque no pueda gozar de ninguna; pero en la república cada uno goza de su Derecho particular. Fuera de la sociedad civil no hay más que un continuo latrocinio y muerte de uno por el otro. Fuera del Estado, los hombres no tenemos más que nuestras propias fuerzas para protegernos, pero en el Estado tenemos el socorro de nuestros conciudadanos..." (el subrayado es nuestro). Por su parte Arendt, H., *La condición humana*, (trad. Gil Novales), Paidós, Barcelona, 2005, págs. 77-78 en relación con ello afirma que "Bajo las condiciones de un mundo común, la realidad no está garantizada principalmente por la "naturaleza común" de todos los hombres que la constituyen, sino más bien por el hecho de que, a pesar de las diferencias de posición y la resultante variedad de perspectivas, todos están interesados en el mismo objeto. Si la identidad del objeto deja de discernirse, ninguna naturaleza común de los hombres, y menos aún el no natural conformismo de una sociedad de masas, puede evitar la destrucción del mundo común, precedida por lo general de la destrucción de los muchos aspectos en que se presenta la pluralidad humana. Esto puede ocurrir bajo condiciones de radical aislamiento como ocurre en las tiranías. Pero también puede suceder bajo condiciones de la sociedad de masas o de la histeria colectiva, donde las personas se comportan de repente como si fueran miembros de una familia, cada una multiplicando y prolongando la perspectiva de su vecino. En ambos casos, los hombres se han convertido en completamente privados, es decir, han sido desposeídos de ver y oír a los demás, de ser vistos y oídos por ellos. *Todos están encerrados en la subjetividad de su propia experiencia singular, que no deja de ser singular si la misma experiencia se multiplica innumerables veces. El fin del mundo común ha llegado cuando se ve sólo bajo un aspecto y se le permite presentarse únicamente bajo una perspectiva*", el subrayado no pertenece al original.

Para Hobbes la libertad debe ejercerse sólo para evitar lo peor, que es la vida perpetuada en ese “corazón de la tiniebla” que constituye el *estado de naturaleza*, equivalente a la más descomunal violencia desatada en la relación de unos con otros.<sup>258</sup>

Eso configura el *mal mismo, o la tiniebla* en términos políticos: esa violencia anárquica –de lucha de todos contra todos- que exige la enajenación de la libertad en la gestación del Leviatán; lo cual significa transferir esa “voluntad general” a una entidad o *constructo artificial* cuyo cometido consiste en erradicar para siempre ese estado de máxima tribulación y *mal* que es, según Hobbes, el *estado de naturaleza*. Y lo que se consigue en virtud de esa enajenación y transferencia de la libertad es *seguridad*. Mientras que en Rousseau el contrato social está hecho por todos y con todos y, por ello, representa un acto de atribución de poder que se reproduce en el cuerpo político que crea, en Hobbes la atribución de poder por parte de la comunidad se agota en el acto del contrato.<sup>259</sup>

Las capturas modernas de Hobbes lo llevan a concebir al hombre como propietario de sí mismo, es decir, su *naturaleza* se considerará, a partir de ahora, *mecanicista*. Esta concepción de la naturaleza humana deriva de entender que el hombre está sujeto a necesidades y apetitos y que, para la consecución de aquellos, apelará al poder. La tendencia a la satisfacción de estos impulsos que el poder tornaría asequibles genera su insaciable búsqueda y conservación que sólo cesa con la muerte.<sup>260</sup>

Es por ello que el estado de naturaleza quedará compuesto por el común derecho a todo de los individuos, lo cual fue considerado por Hobbes como algo insostenible, un estado de lucha de todos contra todos. De este modo, el estado de naturaleza sólo podría convertirse en sociedad civil por medio de la imposición de un poder coercitivo superior. Y dado el punto de partida radicalmente individualista, la obligación política de los individuos sólo se conseguiría con referencia a un contrato que concede el poder y la fuerza al Estado, asegurando así la autoconservación y la propiedad.<sup>261</sup>

Como corolario de la epistemología moderna, el estado de naturaleza en Hegel, a diferencia de Kant, se orienta hacia un concepto espiritual de libertad, y de autonomía y autodeterminación del sujeto, sólo y en la medida en que logra superarse el *estado inmediato* en que el espíritu originariamente se presenta, en su

---

<sup>258</sup> Cfr. Triás, E., *La política y su sombra*, Anagrama, Barcelona, 2005, págs. 38 ss.

<sup>259</sup> De Sousa Santos, B., *Crítica a la razón....*, op.cit., pág. 149.

<sup>260</sup> Foucault, M., *Seguridad, territorio...*, op.cit., págs. 97 ss., asimismo véase *supra* 1.2.

<sup>261</sup> Schmitt, C., *El Leviathan....*, op.cit., págs. 30 ss. La igualdad hobbesiana encuentra su génesis en la naturaleza humana que, considerada como fuera expresado en el párrafo anterior, daba lugar a la inseguridad, lo que en última instancia condujo a la ficción del contrato social como instancia trascendente y definitiva de paz.



modalidad de autoconciencia: sintetizándose en una relación con la alteridad, de carácter intersubjetivo, marcada por *la lucha a muerte*.<sup>262</sup>

Embarcado en la metodología dialéctica Hegel articulará la relación entre lo particular y lo universal mediante la unificación de las posturas de Hobbes y de Rousseau. En este sentido, el espacio de la soberanía debe lograr el milagro de incluir la individualidad en la universalidad, es decir, lograr que la sociedad quede absorbida por el absoluto.<sup>263</sup> Bajo estas premisas, la peculiaridad del esclavo estriba en que, aunque objetivamente está definido como un simple viviente, más cerca de las cosas que de las personas, el amo lo requiere para ser reconocido como tal; ya que no puede serlo si no es nombrado por el esclavo.<sup>264</sup>

Esta conciencia esclava es pura contradicción y paradoja: está definida como cosa, objeto o ser puramente viviente, tiene una condición potencial, en la medida en que se reconoce al otro como *conciencia independiente*. Se le atribuye conciencia y subjetividad, y hasta personalidad, por cuanto se acepta como verdadera la designación del señor como tal. Y es que si no se le “reconociese” de modo implícito como subjetividad y conciencia, entonces esa designación (del señor como señor) sería inviable. Y sin embargo, ella no es asumida y aceptada plenamente como tal conciencia de sí, como subjetividad. En ello estriba el desnivel y la unilateralidad en que esa *lucha por el reconocimiento* se produce.<sup>265</sup>

Y es que el Leviatán, si quiere adecuarse a la conciencia moderna, debe ser algo más que animal, físico u objeto.<sup>266</sup> Debe espiritualizarse y transformarse en sujeto. Por supuesto que esa espiritualización que Hegel propone no es dúctil. De hecho el espíritu nace a través de la contienda inicial entre los individuos que luchan entre sí. En eso hallan, como en Hobbes, su natural idéntico, igualitario: en esa necesaria inclinación a un crimen, o a un escenario de combate a muerte,

---

<sup>262</sup> Trías, E., *La política y su sombra...*, op.cit., pág. 61. Espíritu significa para Hegel libertad. La *Fenomenología del Espíritu*, es, pues, un relato del modo como el sujeto se va convirtiendo en *sujeto libre*. La finalidad que se persigue es la libertad, pero se llega a ella a partir de una premisa que se asemeja a lo que Hobbes llamaba estado de naturaleza.

<sup>263</sup> Cfr. Hardt M., /Negri, A., *Imperio*, op.cit., pág. 92.

<sup>264</sup> Žižek, S., “*Esclavo es lo que nombra al amo fingido*”, disponible en <http://es.geocities.com/Žižekencastellano/entrEsclavo.htm>

<sup>265</sup> De Sousa Santos, B., *Crítica de la razón...*, op.cit., pág. 155.

<sup>266</sup> Como sostienen Moya y Escohotado en la Introducción al *Leviatán*, op.cit., pág. 59, “la evidencia fundante de la Física Universal de Hobbes, dice: no hay nada fuera de los cuerpos. Ese fisicalismo nominalista, extrapolarlo generalmente la lógica mecanicista de Galileo al mundo de los cuerpos vivientes –naturales o artificiales– fundamenta epistemológicamente la construcción científico-analítica de la Política. Los conceptos de *conatus* e *ímpetus*, centrales en el análisis galileano sobre el movimiento físico en general, van a ser la clave para este mecanicista análisis físico cuyo inmediato objeto son las pasiones humanas en cuanto movimientos naturales de tales cuerpos dotados de lenguaje, de imaginación, de voluntad, produciendo o desintegrando el artificio político del Estado”, haciendo referencia al Capítulo VI de éste, denominado “De los orígenes internos de los movimientos voluntarios, llamados comúnmente pasiones. Y los vocablos por medio de los cuales se expresan”, op.ult.cit., págs. 156-168. Asimismo Schmitt, C., *El Leviathan...*, op.cit., págs. 32 y 33.

sin el cual no alcanzan independencia, libertad ni reconocimiento, ni se elevan al plano espiritual.<sup>267</sup>

En el espacio moderno, el abandono del estado de naturaleza se cumple mediante un contrato que transfiere poder autónomo, que se erige por sobre las voluntades individuales que serán *representadas* en la voluntad del soberano. La soberanía se encuentra definida por la *trascendencia y por la representación*.<sup>268</sup> Para Hobbes, el contrato de asociación es intrínseco e inseparable del contrato de subordinación, porque las sucesivas condiciones pactadas en definitiva terminan siendo reducidas a una sola, es decir, la enajenación total de cada asociado, con todos sus derechos, a favor del conjunto de la comunidad.

Además de constituir un poder político frente a otros externos, en el ámbito interno, la *soberanía es un poder de policía que deberá supra-ordenar las voluntades individuales en una única voluntad general*.<sup>269</sup> El lugar del cuerpo del rey como soberano fue ocupado por la identidad espiritual de la Nación, lo que hacía del territorio y la población una abstracción ideal, trascendente. La identidad nacional “toma cuerpo” en la figura del ciudadano que compartía con los demás individuos la lengua, el territorio y las relaciones de sangre. La transformación de los miembros de esta nación de súbditos a ciudadanos les confirió a estos últimos la capacidad de ejercer una instancia activa en las relaciones sociales y políticas, de conformidad con la filosofía hobbesiana.<sup>270</sup>

Este particular sometimiento por medio del contrato a favor de un tercero –que no es parte contratante- tiene la clara intención de excluir la revisión del contrato, evitando así la recaída en el estado de naturaleza que pretende abandonarse. *El resultado es el “otorgamiento irrevocable de un poder absoluto al monarca o a una asamblea, acabando la obligación de obediencia sólo cuando se vulnera el contenido mismo que da sentido al contrato: el mantenimiento de la paz y la seguridad.”*<sup>271</sup>

De este modo el Estado garantiza el orden de la sociedad civil; el Leviatán, este gran hombre artificial, es un mecanismo, un engranaje mediante el cual se aspira a la vida ordenada de los individuos. Hobbes, en su obra, deja claro el carácter mecánico de su Leviatán.<sup>272</sup>

---

<sup>267</sup> Trías, E., *La política.....*, op. cit., pág. 75.

<sup>268</sup> Hardt M., /Negri, A., *Imperio*, op.cit., pág. 89.

<sup>269</sup> *Ibidem*, pág. 92.

<sup>270</sup> *Ibidem*, pág. 99.

<sup>271</sup> Vallespín, F., *Nuevas teorías del contrato social: John Rawls, Robert Nozick y James Buchanan*, Alianza, Madrid, 1985, pág. 40.

<sup>272</sup> Hobbes, T., *Leviatán*, op.cit., págs. 117-118, sostiene que “mediante el arte se crea ese gran Leviatán que se llama una República o Estado y, que no es, sino un hombre artificial aunque de estatura y fuerza superiores al natural, para cuya protección y defensa fue pensado. Allí la soberanía es un alma artificial que da fuerza y movimiento al cuerpo entero: los magistrados y otros funcionarios de judicatura y ejecución son las articulaciones: la recompensa y el castigo hacen las funciones de los nervios en el cuerpo natural, anudando al tronco de la soberanía cada articulación y cada miembro, de tal manera que todos sean movidos a realizar su tarea: la

La metáfora del Estado como persona, como una persona artificial, fue utilizada por Hobbes y Hegel. El Estado concebido como sujeto monumental que se autoengendr  es el agente de la voluntad política suprema. El "mecanicismo" propio de Hobbes, se revela asimismo en la metáfora mecánica de los "*checks and balances*" también presente en el Estado como creación artificial. En este sentido, la identidad de la persona Estado garantiza, otra vez como en Hobbes, la exterioridad de aquel frente a las relaciones de producción y la credibilidad en su persecución del interés común; mientras que aqu el-como máquina- garantiza la certeza y la previsibilidad de sus operaciones y, por encima de todo, la regulación eficaz de las relaciones que se dan en el mercado. Fue así como el derecho formal racional proporcionó tanto la voluntad de la persona-Estado, como la energía del Estado como construcción mecánica. Del mismo modo que el derecho fue reducido al Estado, también el Estado fue reducido al Derecho. Como veremos en el transcurso del trabajo, el Estado se reserv  cierto excedente en relación al Derecho, la *raison d' tat*; por otro lado, si la reducción del Derecho al Estado convirtió a aqu el en un instrumento de éste, la reducción del Estado al Derecho no convirtió al Estado en un instrumento del Derecho: el Derecho perdió poder y autonomía en el mismo proceso político en el que se los cedió al Estado.<sup>273</sup>

No obstante la soberanía -desde mediados del siglo XVI- era analizada por Jean Bodin desde un punto de vista que abandona el carácter metafísico de las concepciones anteriores, adelantando de esta forma los términos de la crítica a la soberanía y su crisis.<sup>274</sup> El autor plantea que no puede sostenerse la unidad del príncipe y de la multitud, de lo público y lo privado, y que este problema no podría ser resuelto apelando al contrato o a un Derecho natural. Por este motivo, la soberanía denota la derrota de uno frente a otro, donde una de las partes es la soberana y la otra s bdita. Son la fuerza y la violencia la que hacen posible la soberanía. De all  que de la unidad del poder y de la efectividad de su fuerza derive todo lo demás.<sup>275</sup>

Al renunciar a los fundamentos trascendentales de la soberanía, Bodin le otorga al Estado moderno la cualidad de surgir justamente de la victoria del soberano frente a *la multitud*, creando su propia estructura para desarrollarse. Así la teoría de este autor se constituye en una teoría de un cuerpo político unido, articulado como administración, produciéndose un desplazamiento de la

---

opulencia y las riquezas de todos los miembros particulares son la fuerza; la *salus populi* sus negocios; los consejeros, gracias a los cuales le son sugeridas todas cuantas cosas precisa saber con la memoria; la equidad y las leyes son una razón y una voluntad artificial; la concordia, salud; la sedición enfermedad y la guerra civil muerte. Por último, los pactos y convenios mediante los cuales se hicieron, conjuntaron y unificaron en el comienzo las partes del cuerpo político a ese *Fiat* o al hagamos el hombre pronunciado por Dios en la creación."

<sup>273</sup> De Sousa, B., *Crítica de la razón...*, op.cit., págs. 160 ss.

<sup>274</sup> Hardt M., /Negri, A., *Imperio*, op.cit., págs. 100 ss.

<sup>275</sup> Véase Ribeiro de Barros, A., *A teoria da soberania de Jean Bodin*, Unimarco, São Paulo, 2001, págs., 54 ss.; Sassen, S., * Perdiendo.....*", op.cit., págs. 22 ss.

cuestión de la legitimidad a la cuestión de la vida del Estado, de la *plenitudo potestatis*, porque “la unión de los miembros depende de la unidad bajo un único gobernante. Por consiguiente, es indispensable que haya un príncipe soberano, pues su poder anima a todos los miembros de la república.”<sup>276</sup>

Los miembros de la república junto con la asunción del Estado nación como forma por antonomasia de la modernidad, forman el “pueblo” como categoría opuesta a la de multitud.<sup>277</sup> Hobbes, en el siglo XVII era plenamente consciente de este antagonismo, ya que consideraba que la *multitudo* es un gran obstáculo para el gobierno civil, especialmente el monárquico.<sup>278</sup>

Como sostienen Negri y Hardt “el pueblo tiende a la identidad y la homogeneidad interna, al tiempo que manifiesta su diferencia respecto de todo aquello que queda fuera de él y lo excluye. Mientras la multitud es una confusa relación constitutiva, el pueblo es una síntesis constituida que está preparada para subordinarse al poder soberano. El pueblo presenta una única voluntad y una sola acción, independientes de las diversas voluntades y acciones de la multitud y con frecuencia en conflicto con ellas. Toda nación debe convertir a la multitud en pueblo.”<sup>279</sup>

En los siglos XVIII y XIX en Europa la identidad del pueblo se construyó sobre un plano imaginario que ocultó y eliminó las diferencias, y en el plano fáctico, esto se tradujo en la subordinación social y la purificación *racial*. Estos mecanismos han formado parte del intento de acabar con *las sucesivas crisis* del Estado y han sido traducidas como cuestiones de identidad que operan no sólo como límite exterior, sino, fundamentalmente, en el establecimiento de límites internos. Si se quiere generar una homogeneidad de tal envergadura que pueda ser llamada pueblo habrá que soslayar la heterogeneidad interna, a través de la creación de una clase, grupo, raza, hegemónicos que logrará la representación del todo social. La nación sólo puede tener un interés general, debido a que sería imposible que la nación incluyera intereses distintos. El orden social (de carácter artificial como producto de una relación ambigua con el natural) necesariamente requiere la unidad de fines.<sup>280</sup>

---

<sup>276</sup> Hardt M., /Negri, A., *Imperio*, op.cit., pág. 101.

<sup>277</sup> Virno, P., *Gramática de la multitud*, op.cit., pág. 21; Hardt, M.,/Negri, A., *Multitude. War and democracy in the age of Empire*, The Penguin Press, New York, 2004; Negri, A., *Movimientos en el imperio. Pasajes y paisajes*, (trad. Redilla), Paidós, Barcelona, 2006; del mismo *Arte y multitud. Ocho cartas*, (prólogo, trad. y ed. de Raúl Sánchez), Ed.Trotta, Madrid; 2000.

<sup>278</sup> Retomamos la clara distinción entre pueblo y multitud (entre Hobbes y Spinoza) efectuada por Virno, P., *Gramática.....*, op.cit., págs. 21 ss.

<sup>279</sup> Hardt, M., /Negri, A., *Imperio*, op.cit., pág. 105. Negri, A., *Movimientos en el Imperio*, op.cit. pág. 29 define la multitud como “conjunto de singularidades incorporadas al trabajo que recomponen la intelectualidad de masa el trabajo mismo. Significa además, en segundo lugar, la capacidad de expresar en los modos de la vida, en el terreno biopolítico, el conjunto de necesidades y de contradicciones que anteriormente la fábrica había producido. La multitud se presenta, en fin, como potencia constitutiva, es decir como una potencia democrática y constituyente...”.

<sup>280</sup> Hardt, M., /Negri, A., *Imperio*, op.cit., pág. 106-107.

De allí que la constitución de la burguesía como clase hegemónica en una Nación, a partir de la victoria revolucionaria, que terminará con las crisis y conflictos que se debatían hasta el momento, permite la formación del Estado nación y de su “pueblo” como experiencia unitaria. Del estudio de Burke<sup>281</sup> puede inferirse que el surgimiento del Estado moderno es el que marca la ilusión de una cultura propia, “pura”, al poner fin al pluralismo cultural de la Baja Edad Media: ese Estado impone de modo coactivo una unanimidad religiosa, moral y cultural mediante la unificación jurídica, que hace posible el sometimiento universal a un poder central y la erradicación de toda pauta o conducta que se oponga al proceso de unificación (racionalización patológica).

Este proceso alcanza asimismo a la cultura cotidiana para que haya sólo un espacio de comunicación comunitaria, persiguiendo toda diferencia, toda herejía (propia elección.)<sup>282</sup> Así sucedió con el modelo español de la Baja Edad Media, que constituía un auténtico pluralismo cultural multiétnico, esto es, una sociedad de mestizaje en la que convivían tres culturas con su propia identidad ritual, lingüística, religiosa y con sus ideas, signos y rituales,<sup>283</sup> y que dio paso, por acción del Estado moderno –fundado por Isabel de Castilla y Fernando de Aragón (de la mano de la inquisición)-, a un determinado modelo impuesto con extraordinarios costes –la expulsión de los judíos y los moriscos-. A partir de este punto de vista cabe deducir dos conclusiones: la primera de ellas es que nadie puede pretender ser partícipe, heredero, custodio, de una cultura “pura”, hoy más que nunca cultura significa tener en cuenta la interconexión dialógica de los diferentes puntos de vista; la segunda conclusión, es que la búsqueda y reivindicación de la propia identidad cultural se revela, en principio, inasequible. Si acaso eso es lo que persigue, se corre el riesgo de sacralizar los aspectos culturales reaccionarios.<sup>284</sup>

En este sentido, el Estado moderno es tendencialmente totalitario, porque el Estado nación se construye a partir de un fundamento orgánico y opera como la fuente unificada de la sociedad. La comunidad no representa una fuerza dinámica en constante reproducción, sino un mito fundador que propone una identidad unitaria que homogeneiza al mismo tiempo que impide las interacciones constructivas de las diferencias que se organizan en la multitud.<sup>285</sup>

---

<sup>281</sup> Cfr. Burke, P., *La cultura popular en la Europa moderna*, Alianza, Madrid, 1991; asimismo Bajtin, M., *La cultura popular en la Edad media y en el Renacimiento: el contexto de F. Rabelais*, (traducción Forcat/Conroy), Alianza, Madrid, 1999.

<sup>282</sup> Michelet, J., *La bruja. Un estudio de las supersticiones en la Edad Media*, (trad. Lajo/Frígola), 2ª ed., Akal, Madrid, 2004, en especial, págs., 141 ss.

<sup>283</sup> *Ibidem*, pág. 92.

<sup>284</sup> Cfr. Villoro, L., “Aproximaciones a una ética de la cultura”, en *Ética y diversidad cultural*, Olivé, L., (ed.), Fondo de Cultura Económica, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1993, pág. 133. Asimismo, Appadurai, A., *El rechazo de las minorías...*, op.cit., especialmente págs. 57 ss.

<sup>285</sup> Hardt, M., /Negri, A., *Imperio*, op.cit., pág. 113; asimismo Appadurai, A., *El rechazo de las minorías...*, op.cit., *pássim*.

Como colorario de lo anterior, afirma De Sousa Santos que el contrato social, como todo contrato, se basa en criterios de inclusión, a los que por lógica, se contraponen criterios de exclusión. La dinámica que proponen estos últimos determina que “el contrato social sólo incluye a los individuos y a sus asociaciones, la naturaleza queda excluida; todo aquello que procede o permanece fuera del contrato social se ve relegado a ese ámbito significativamente llamado *estado de naturaleza*.”<sup>286</sup> En virtud de ello, las articulaciones de la soberanía moderna se fundan en que la única *naturaleza* relevante para el contrato social es la *humana* apropiándosela, transformándola con las leyes del Estado y las normas de convivencia de la sociedad civil –el orden moderno-.<sup>287</sup> Cualquier otra naturaleza constituye una amenaza o representa un recurso.

La dicotomía moderna opone al estado de naturaleza la *ciudadanía territorialmente fundada*. Aquella establece que sólo los ciudadanos son parte del contrato social; todos los demás –sean mujeres, extranjeros, inmigrantes, minorías (y a veces mayorías) étnicas- quedan excluidos. Otro criterio de exclusión se verifica en la comercialización pública de los intereses, es decir, sólo los intereses que pueden expresarse en la sociedad civil son objeto del contrato. La vida privada, los intereses propios de la intimidad y el espacio doméstico quedan por tanto excluidos del contrato.<sup>288</sup>

### 1.10. a. Los confines del contrato

Bajo la epistemología moderna, los criterios de inclusión/exclusión son los que articulan las distintas legitimaciones de las sucesivas contractualizaciones políticas, sociales, económicas y culturales, aunque de forma teórica, su legitimidad deriva de la ausencia de excluidos.<sup>289</sup>

La lucha por el cambio en los presupuestos de la inclusión/exclusión es la que determina los términos del contrato, que irá mutando del Estado liberal al Estado de Bienestar, sin embargo cae en un círculo vicioso en tanto que, los excluidos que ahora son incluidos se incorporan en tanto surgen otros excluidos.<sup>290</sup> La pérdida del carácter mediador del Estado nación permite que los

---

<sup>286</sup> De Sousa Santos, B., *Crítica de la razón.....*, op.cit., pág. 158.

<sup>287</sup> Véase Arendt, H., *La condición humana*, op.cit., en especial, págs. 205 ss. La autora estructura el texto a partir de tres conceptos, labor, trabajo y acción, correspondientes a las tres actividades fundamentales bajo las que se ha dado la vida del hombre. Sin embargo es mediante la acción donde se percibe la diferencia cualitativa del hombre con el resto de la naturaleza, ya que aquella es la capacidad de transformar lo dado.

<sup>288</sup> De Sousa Santos, B., “*Reinventar la democracia*”, op.cit., pág. 340; Herrera Flores, J., *Los Derechos humanos*, op.cit., pág. 193.

<sup>289</sup> Young, J., *La sociedad excluyente*, op. cit., págs. 57 ss.

<sup>290</sup> Cfr. De Sousa Santos, B., *Crítica de la razón indolente.....*, op.cit., págs. 193-214.

que quedan fuera sean declarados como “muertos civiles” (*homo sacer* o los enemigos.)<sup>291</sup>

El Estado, como *mediador* de los conflictos, como socializador de la economía influyó de manera decisiva en la configuración de la politización de los conflictos, proceso asentado sobre el desarrollo de su capacidad reguladora. A medida que fue estatalizándose la regulación, el Estado se convierte en un lugar para la lucha política. La ciudadanía de aquel modelo de Estado se configura a partir del trabajo, en el cual la democracia estuvo -desde sus inicios- inseparablemente unida a la socialización de la economía, produciéndose así la tensión irresoluble entre democracia y capitalismo.<sup>292</sup>

Actualmente la división entre interior/exterior –como correlato de la soberanía, asimilable a la de inclusión/exclusión-, a medida que va cobrando forma el mercado mundial, comienza a deconstruirse.<sup>293</sup> En este contexto el mercado mundial se libera del tipo de divisiones binarias que habían impuesto las articulaciones del Estado nación; es así que los diversos paisajes suministran al capital potencialidades a una escala antes inimaginable.

En la sociedad disciplinaria (como registro de las instituciones del Estado regulador), como ha sido identificada por Foucault, se producía la subjetividad en archipiélagos institucionales, en la familia, en la escuela, en la fábrica, en la cárcel.<sup>294</sup> En la era de la globalización, la crisis de las instituciones se manifiesta de diversas formas. En la sociedad actual, el control, tiende a no estar limitado a ningún ámbito específico, esto lleva a Negri y Hardt a señalar que “la indefinición del lugar de la producción corresponde a la indeterminación de la forma de las subjetividades producidas.”<sup>295</sup> Lo anterior es corolario de aquello que Marx explicó con claridad, es decir, la operatoria del capital produce permanentemente la reconfiguración de las fronteras entre lo interior y lo exterior, el capital siempre incorpora nuevos espacios a su “interior”. De acuerdo

---

<sup>291</sup> Portilla Contreras, G., “*La configuración...*”, op.cit., pág. 1401. Este punto será desarrollado con mayor amplitud cuando nos detengamos en el tratamiento de la tesis de Agamben en el Capítulo 3 y del Derecho penal del enemigo en el Capítulo 4.

<sup>292</sup> En este sentido afirma Negri, A., “*Pasajes cruciales en el Imperio*”, en *Movimientos en el Imperio*, op.cit., pág. 28 “Ahora, frente a esta nueva realidad del trabajo, el capital (al haber extendido la explotación al terreno social) estaba obligado a desarrollar nuevos criterios políticos, inmediatamente eficaces, de control sobre la totalidad de la sociedad. Si esta iniciativa modificaba la realidad productiva, al mismo tiempo, paradójicamente pero no menos coherentemente, modificaba la realidad política, la naturaleza de la soberanía. El orden debía extenderse, con las modalidades que había tenido en la fábrica, a toda la sociedad –paradójicamente, porque de este modo la sociedad, convertida en fábrica, planteaba de nuevo a escala política el conjunto de las contradicciones que la fábrica conocía. En esta fase es cuando la clase se presenta como -mejor, se transforma en- multitud”.

<sup>293</sup> Brandariz García, J.A., *Política criminal...*, op.cit., en especial, la *Introducción*.

<sup>294</sup> Véase *supra* punto 1.1

<sup>295</sup> Cfr. *Imperio*, op.cit., pág. 187.

con ello, el capitalismo global añade más y más espacios, hasta devenir imperial.<sup>296</sup>

Acompañando el movimiento del trazado espacial, el ascenso y la caída del Estado de Bienestar, registrados durante el siglo XX, son un ciclo más del proceso moderno de apropiaciones públicas y privadas. La crisis del Estado de bienestar significó que las estructuras de asistencia y distribución públicas, que se habían construido con erario público, fueran privatizadas durante las últimas dos décadas del siglo pasado.<sup>297</sup> Sin embargo el Estado continúa funcionando, pero los elementos constitutivos se han desplazado a otros niveles y ámbitos de dominio, como explica López Candela, “con dicha legislación liberalizadora ha operado la conocida intercambiabilidad de las técnicas administrativas, pues ha ocupado un lugar preponderante en última instancia, y como antaño ocurría, la técnica de policía administrativa sobre la del servicio público, y únicamente los poderes públicos tratarán de fijar el marco en el que los particulares podrán gestionar los servicios que se liberalizan.”<sup>298</sup>

En la actualidad, la regulación de la desregulación acometida por el Estado produce la crisis de las instancias políticas “modernas”. Es decir, la crisis opera en las esferas tradicionales de la política y la transformación del Estado, cuyas funciones se actualizan en los mecanismos de mando del nivel global de las empresas transnacionales, al tiempo que se esfuman los “espacios de mediación” invocando nuevas posibilidades de control de los conflictos que se dan en su “interior.”<sup>299</sup>

En este contexto asistimos a una fase genésica del poder y su rearticulación, en la cual las funciones se conciben principalmente desde las relaciones de fuerza, antes que desde el punto de vista de síntesis de los conflictos para, de esta manera, lograr una administración total de lo social y una rearticulación de los criterios de inclusión/exclusión,<sup>300</sup> que ya no quedan configurados de forma secante, sino que a partir de las tácticas de la gestión para el control postmoderno de los flujos estas categorías se complejizan e indeterminan.

La intencionalidad epistemológica que subyace a esta rearticulación es la *falacia del determinismo* propia del paradigma de la globalización. Si los procesos globales son asumidos como una situación frente a la cual *there's no alternative*, es porque se presentan como lo suficientemente fuertes para imponerse frente a

---

<sup>296</sup> *Ibidem*, pág. 209; asimismo Negri, A., *Movimientos en el imperio*, op.cit., págs 164 y 165.

<sup>297</sup> Hardt, M., /Negri, A., *Imperio*, op. cit., pág. 279.

<sup>298</sup> López Candela, I., “El servicio público, de nuevo en crisis (unas breves consideraciones sobre la reciente legislación liberalizadora y el horizonte jurídico que plantea)”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 459, 2 de noviembre de 2000, pág. 3.

<sup>299</sup> Cfr. Silva Sánchez, J.M., “Hacia el Derecho penal del “Estado de la prevención”, en Silva Sánchez, J.M., (dir.) *¿Libertad económica o fraudes punibles? Riesgos penalmente relevantes e irrelevantes en la actividad económico-empresarial*, Marcial Pons, Madrid, 2003, pág. 311.

<sup>300</sup> De Sousa Santos, B., *Crítica de la razón....*, op.cit., págs. 217 ss.



cualquier interferencia externa a través de un discurso que encubre la transformación de las causas de la globalización en sus efectos. Así las cosas, a fin de discriminar entre estos dos momentos históricos concretos, en el ámbito de la rearticulación soberana, no es extraño que se haya producido un cambio en los objetos de “tutela” del Derecho penal, esto es, que el modelo actual de Estado haya recuperado la idea decimonónica de “policía” (y sus orígenes privados), cuyo objeto además, se ve considerablemente ampliado, configurándose así lo que algunos doctrinarios califican como “*regulatory state*”, que aparecerá como sucesor del Estado policial liberal y del Estado intervencionista keynesiano.<sup>301</sup>

En este modelo de Estado, en sectores en los cuales la creación de riesgos para los bienes personales o patrimoniales, la prevención comunicativa o contrafáctica parece no ser suficiente en tanto no se vea complementada con “algún refuerzo cognitivo”. Es decir, se pretende un control permanente de las actividades lícitas pero peligrosas, definiéndose estos espacios como “libertad condicionada.”<sup>302</sup>

Al cartografiar los límites queda expuesta claramente la intensidad del gobierno biopolítico-hobbesiano que ostenta el Estado postmoderno en la tarea de rearticular las coordenadas de un orden que se corresponda con el devenir imperial. Así las cosas, las funciones del Estado se materializan en un aumento vertiginoso de la vigilancia y la inspección; en este sentido, destaca Rivero Ortega, “la intensidad de la función inspectora está en función del reparto de responsabilidades entre el poder público y los sujetos privados: si el poder público asume la prestación directa de numerosos servicios a los ciudadanos, es él mismo el responsable de su correcta ejecución, mientras que si es la sociedad o la economía privada, la encargada de la realización de los servicios básicos para la comunidad, la necesidad de servicios administrativos de inspección es mayor.”<sup>303</sup>

En el ámbito de la política criminal, aquella tendencia expone la evidencia irrefutable de la conversión de las causas en efectos mediante la confección de infracciones que parecen carecer de concierto y de límites que, a la postre, crea una sensación de indefensión generalizada. La persecución de los ilícitos resulta aleatoria, sentada sobre criterios de oportunidad, ya que es imposible presumir que la infraestructura estatal será capaz de controlar todas las funciones que regulariza. Ello da lugar a las inspecciones rutinarias sin la necesidad de la presencia de indicios concretos de peligro para el orden administrativo-policial donde la intervención se adelanta sustancialmente, bajo el criterio actuarial del

---

<sup>301</sup> Silva Sánchez, J.M., “*Hacia el Derecho...*”, op.cit., pág. 312, véanse asimismo notas al pie 18 y 19, ibídem.

<sup>302</sup> Silva Sánchez, J.M., *La expansión del Derecho penal*, op.cit., págs. 136-141; del mismo “*Hacia el Derecho penal del...*”, op.cit., pág. 310.

<sup>303</sup> Rivero Ortega, R., *El estado vigilante.*, op.cit., pág. 28.

riesgo<sup>304</sup> como *espacio* donde se articularán las nuevas semánticas para crear un orden acorde al movimiento del capital.

Nieto ha puesto de relieve respecto de esta problemática que “la debilidad comparativa de la protección de los intereses generales, recordando que, por ejemplo, la ocupación administrativa de un metro cuadrado de propiedad particular pone en marcha el solemne y prolijo mecanismo de la expropiación forzosa, mientras que la desaparición de un parque público o de un monumento cultural, que afecta a miles... se despacha con el mero trámite de una información pública ritual. La protección de los titulares de intereses generales y colectivos es ciertamente débil. Por un acto de fe puede creerse que la protección que brinda la administración pública representativa de tales intereses es eficaz y suficiente. Con frecuencia, sin embargo, es el lobo quien se ha autoproclamado representante y protector de los intereses colectivos del rebaño a juzgar por los resultados que la historia y la experiencia demuestran sin contradicción.”<sup>305</sup>

La funcionalización del Estado a los imperativos del mercado impulsa al retroceso de la ley como fuente de obligaciones y Derechos, pasando a ser protagonista la figura del contrato, donde las partes –empresas transnacionales y actores de mercado- deciden autónomamente las reglas de acuerdo, sin someterlas a una instancia superior. En este contexto se adoptan *estrategias político-criminales* que se dirigen de forma solapada a la desregulación de los ámbitos de la delincuencia de cuello blanco “en los que se sigue constatando la alta valoración social del empresario que obtiene éxito, aún moviéndose en la frontera confusa de lo ilegal.”<sup>306</sup>

Si como hemos puesto de manifiesto, el Estado regulará su propia desregulación, esta situación se traducirá en la asunción de medidas *político punitivas* en la desigual distribución de poder en una doble dirección: hacia la inhibición respecto de lo mercantilmente funcional y la simultánea persecución

---

<sup>304</sup> Como afirma Silva Sánchez, J.M., “*Hacia el Derecho...*”, op.cit., pág. 313 “...la desconfianza frente a la suficiencia preventiva de los mecanismos comunicativos/contrafácticos penales o administrativos es la que conduce a implantar mecanismos complementarios de índole cognitiva (exigencia de autorización o licencia, inspección, supervisión de actividades). Pero acto seguido el mecanismo cognitivo de protección pasa a ser protegido de las posibles interferencias mediante otro mecanismo comunicativo/contrafáctico. Así, la actuación sin licencia o la obstaculización de los procedimientos de inspección se definen como infracciones, a cuya comisión se asocian sanciones penales o administrativas; de este modo, el eje del sistema vuelve a ser la prevención comunicativa, eso sí, sustancialmente más alejada del momento de la lesión. En teoría, sería posible introducir todavía en este momento nuevos mecanismos cognitivos de apoyo y, a su vez, otros refuerzos comunicativos de protección de los mismos. Sólo que llega un momento en el que parece difícil distanciarse un punto más de la lesión de bienes personales o patrimoniales”. Véase el Capítulo 3, donde se aborda la problemática específica respecto de los inmigrantes y su gestión tanto por el Estado español como por las directivas que de la Unión Europea recibe, en especial puntos 3.2; 3.3; 3.4.

<sup>305</sup> Nieto, A., *El Derecho Administrativo sancionador*, 2ª.ed. ampliada, Tecnos, Madrid, 1994, pag. 36.

<sup>306</sup> Terradillos Basoco, J.M., “*Sistema penal e inmigración*”, op.cit., pág. 1466.

de lo marginal. Evidentemente, no sigue una lógica unívoca de desregulación;<sup>307</sup> por el contrario, escoltando a los dictados del capital, intensifica su intervención punitiva para (re)diseñar *el orden y la paz pública* criminalizando la disidencia y la marginalidad provocada por el mismo sistema, para la cual ya no queda más que la falaz determinación de la *tolerancia cero*.<sup>308</sup>

### 1.10.b. Paisajes del Warfare

Sin duda, el impulso del sistema global parece ser el desarrollo de una máquina que impone procedimientos de acuerdos continuos que conducen a equilibrios sistemáticos, una máquina que crea un sempiterno requerimiento de autoridad. La máquina parece predeterminar el ejercicio de la autoridad y la acción en todo el espacio social, para crear espacios de sociedad. Cada movimiento es vigilado en la ubicuidad del panóptico y sólo puede buscar su propio lugar, asignado dentro del sistema mismo.<sup>309</sup>

Como consecuencia, el objetivo de alcanzar y proteger la totalidad sistémica tiene una posición dominante en el orden global;<sup>310</sup> para ello deberá romper resueltamente con toda dialéctica previa y proponer una integración de los actores que pretende aparecer como lineal y espontánea. Sin embargo, al mismo tiempo, la efectividad del consenso<sup>311</sup> se hace aún más evidente bajo la

---

<sup>307</sup> Terradillos Basoco, J.M., *"Inmigración, mafias y sistema penal. La estructura y la pátina"*, en Faraldo Cabana, P., (dir) *Derecho penal de excepción. Inmigración y terrorismo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, págs. 266-267, afirma que "En los ámbitos que la globalización quiere progresivamente confiados al mercado, su propuesta política criminal básica es, en coherencia con la desregulación característica general del sistema, la inhibición de lo público. Lo que se refleja tanto en el sistema de fuentes del Derecho- con un evidente retroceso de la ley como manifestación de la voluntad general a favor de mecanismos no públicos de resolución de conflictos- como en los contenidos- fuertemente instrumentalizados de acuerdo con los requerimientos de la *lex mercatoria*".

<sup>308</sup> Brandariz García, J.A., *"Itinerarios de evolución del sistema penal..."*, op.cit., págs. 17 ss. Véase tratamiento extensivo de este tema *infra* 2.8

<sup>309</sup> Este punto será objeto de tratamiento ulterior al momento de analizar y criticar el funcionalismo sistémico y su epistemología autopoietica esgrimida por Luhmann, *infra* punto 5.2.

<sup>310</sup> La retórica del discurso actual permite la reproducción del carácter autorreferencial de las instituciones y del control social biopolítico. No hay un afuera que "contenga" parámetros de referencialidad, y el *ambiente* se expone sin mediaciones para ser incorporado autopoieticamente. Véase *infra* Capítulo 5, en especial, puntos 5.2; 5.4.

<sup>311</sup> Como pone de manifiesto Tavares, J., *"Globalización, Derecho penal y seguridad pública"*, en Bacigalupo, S., /Cancio Meliá, M., (coords.), *Derecho penal y política transnacional*, Atelier, Barcelona, 2005, pág. 313 "La eficacia del mercado como fuerza propulsora de la felicidad es, entonces, un argumento simbólico, pero tiene como consecuencia dos cosas: formalizar algunas reglas para fomentar la impresión subjetiva de que se vive en un mundo seguro y, materialmente, incrementar algunos elementos para alcanzar una seguridad justo de aquellas condiciones que posibiliten el libre curso del mercado. De la conjugación de esas dos cosas lo que se obtiene no es un estado de seguridad personal, sino un aumento del poder político, interno y externo. La seguridad ciudadana, por lo tanto, no pasa de una quimera, de un puro agumento simbólico,

autoridad suprema del ordenamiento. Todos los conflictos, todas las crisis y todos los disensos efectivamente impulsan el proceso de inclusión y, por eso mismo, exigen más autoridad central. La paz, el equilibrio y el cese del conflicto son los valores a los que apunta la política global.

Bajo este paradigma, se produce un movimiento de *aparente contradicción* que redundaría en la pretendida legitimidad de la guerra justa: la nueva epistemología del concepto: hoy día el enemigo llega a banalizarse por medio de la represión política de carácter rutinario, cuando por otro lado la figura del Enemigo tiende a absolutizarse, como el que constituye una amenaza al orden ético.<sup>312</sup>

En este sentido, el imperio se expande no sólo apelando al uso de la fuerza, sino sobre todo por la capacidad de presentar dicha fuerza como un bien al servicio de la justicia y de la paz. La expansión y la intensidad del mismo dependerán de la trayectoria inherente a los conflictos que se *falsean* en su seno y que éste deberá resolver.<sup>313</sup> Luego, *la primera tarea del imperio es pues ampliar el espacio de los consensos que respaldan su poder.*

Sin duda, es inherente a los movimientos globalizadores la reproducción de supuestos de legitimidad que, desde la Revolución Francesa, se han incorporado al Estado nacional. Eso es predicable en tanto se comprenda que, interna como externamente, los tipos de dominio económico no pueden sucederse en el tiempo en tanto no estén vinculados a una determinada organización política, asentada en la reproducción de un discurso jurídico que la sostenga. En vistas a que el Estado nacional ya no puede subsistir como Estado de bienestar el argumento decisivo para servir de consenso sólo puede ser aquello que esté fuera de las perspectivas del Estado nacional, esto es, la eficacia del mercado como medio adecuado para la satisfacción de las necesidades.<sup>314</sup> Del consumidor, claro está.

En esta esfera, *la función de la excepción* es de suma importancia. Para poder controlar y dominar una situación es necesario conceder a la autoridad interviniente, por un lado, la capacidad de definir -en cada ocasión de manera excepcional- las demandas de intervención y, por otro, la capacidad de poner en

---

ubicado interna y externamente como elemento de justificación de las fuerzas políticas y de su aparato de sostenimiento. Está claro que la ampliación del poder político produce también un cambio de actitudes tanto en el plano legislativo como en las medidas de manutención". Estos argumentos serán desarrollados en el capítulo 5.

<sup>312</sup> Negri, M., /Hardt, A., *Imperio*, op.cit., pág. 29. Véase el análisis sobre el discurso dogmático y político criminal producido a partir del enemigo en el Derecho penal, *infra* Capítulo 4.

<sup>313</sup> Cfr. Stieglitz, J., "Sobre la libertad, el Derecho a estar enterado y el discurso público: el papel de la transparencia en la vida pública", en Gibney (dir.), *La globalización de los Derechos humanos*, op.cit., págs. 125-167

<sup>314</sup> Cfr. Diniz, E., "El post-consenso de Washington: globalización, Estado y desarrollo reexaminados", (trad. Muñoz Gallego), en *Boletín Brasil*, Centro de Estudios Brasileños Ortega y Gasset, Vol. 4, núm. 1, enero 2007, disponible en [www.ortegaygasset.edu/publicaciones/boletinbrasil/boletin\\_brasil14.pdf](http://www.ortegaygasset.edu/publicaciones/boletinbrasil/boletin_brasil14.pdf)

marcha las fuerzas y los instrumentos que puedan aplicarse de diferentes maneras a la diversidad y a la pluralidad de los acuerdos que estén en crisis.<sup>315</sup>

Arrojada a la propia funcionalidad del mercado, la soberanía tiene que hacer descansar su legitimidad en razones de seguridad personal: amenazas y miedos a los cuerpos, posesiones y hábitats humanos que surgen de las actividades criminales, la conducta antisocial y el terrorismo global, para expandir simbólicamente el Derecho imperial. En la rearticulación soberana del Estado nación, se conjugan y surgen así potencias de poder fluido que redefinen los límites de su poder y su capacidad operativa y funcional de manera policial. De esta manera se residueñarán las estrategias que el nuevo orden le impone: el Derecho flexible que logre capturar en su mismo seno la excepción constitutiva.

A diferencia de la inseguridad surgida del mercado, esta seguridad alternativa con la cual el Estado pretende restaurar la legitimidad que ha perdido, debe fortalecerse de manera artificial, o cuando menos, dramatizarse mucho a fin de aspirar a un volumen de temor oficial lo bastante grande para ocultar las inseguridades provocadas por el “progreso” económico, frente al cual *there is no alternative*.<sup>316</sup> Ello resulta incontrastablemente de la construcción schmittiana quien, por un lado, excluye cualquier cuestionamiento de las causas del conflicto apelando al Estado de valores como máquina neutral y, por otro lado, postulando la guerra como la consecuencia insoslayable de la enemistad, descartando de este modo cualquier otra vía que no sea aquélla.<sup>317</sup>

Un teórico del Estado como Carl Schmitt, al momento de analizar la crisis en el terreno de la aplicación de la ley, afirma que ello debería hacernos prestar atención a la *excepción operativa* en el momento de su producción, ya que el Derecho se define por su excepcionalidad. Actualmente las tendencias que observamos socavan los fundamentos en los que se apoyaba el poder estatal en tiempos modernos, reivindicando un papel crucial en el combate contra la vulnerabilidad y la incertidumbre que perseguían a sus súbditos.<sup>318</sup>

Con todo, la *hiperinstitucionalidad* resultante del derrumbe de las mediaciones del anterior modelo de Estado, se verá acompañada de la exageración, es decir, necesariamente se sobredimensionará la amenaza aparentemente *inmediata* para justificar la confrontación. Con el enemigo no hay nada en común, representa una amenaza para la existencia del “uno mismo” y, en este sentido, como sostiene Ambos “se encuentra siempre fuera de la propia

---

<sup>315</sup> Faria, J.E., *El Derecho...*, op.cit., págs. 91 ss., Capella, J.R., *Fruta prohibida...*, op.cit., págs. 272 ss.; Viejo Viñas, R., *Soberanía y gobernanza en la era global*, 2005, disponible en [www.nodo50.org/kinosura/spip/rubrique.php3?d\\_rubrique=124](http://www.nodo50.org/kinosura/spip/rubrique.php3?d_rubrique=124), pág. 7.

<sup>316</sup> Véase Delgado, M., “Nuevas retóricas para la exclusión social”, op.cit., pág. 22; Anitua, G.I., “Inmigración y los discursos de la seguridad” ambos en Bergalli, R., (coord.) *Flujos migratorios y su (des)control. Puntos de vista multidisciplinares*, Anthropos, Barcelona, 2006.

<sup>317</sup> Portilla Contreras, G., “Los excesos del formalismo jurídico neofuncionalista en el normativismo del Derecho penal”, en Portilla Contreras, G., *Mutaciones del Leviatán...*, op.cit., pág. 65.

<sup>318</sup> Véase *infra* 2.5.; 2.5.a.

identidad –individual o colectiva-. Desde esta perspectiva el enemigo nunca es un concepto sin importancia o inocuo: siempre le es inmanente una amenaza que debe ser aclarada o eliminada. Puesto que ya no puede acontecer una comunicación con el enemigo, sólo resta la confrontación militar: la guerra.”<sup>319</sup>

De lo anterior se desprende que la estigmatización se articula, una vez más, por las estrategias adoptadas en virtud del concepto de “peligrosidad” que suscribe el Estado actual.<sup>320</sup> Por consiguiente, la autoridad pública se ha vuelto parcialmente dependiente del otro desviado y de la movilización de sentimientos de inseguridad. El poder político, su establecimiento y su preservación dependen, en la actualidad, de temas de campaña cuidadosamente seleccionados, entre los cuales resalta la seguridad.

Aún habiendo sido despojados de sus prerrogativas soberanas, en virtud de los procesos globalizadores, los gobiernos emprenden la selección cuidadosa de los objetivos que pueden dominar (riesgo) contra los cuales dirigen sus salvas retóricas (enemigo). Para alcanzar tales objetivos, debe reproducirse un ambiente en donde haya mucha tensión; dispuesta a ser aliviada en caso de que ocurran los atentados al normal funcionamiento, de suerte que pueda existir acuerdo popular a la hora de atribuir todo el mérito por el alivio a los órganos de la ley y el orden, a los cuales van quedando reducidas de forma progresiva la administración estatal y sus responsabilidades oficialmente declaradas.<sup>321</sup>

En consecuencia, los gobiernos *glocales* buscan esferas de actividad en las cuales poder rearticular su soberanía, y ello se plasma en la redefinición de los contornos del *orden*; medio en el cual la “seguridad ciudadana” -en tanto en cuanto atañe a las cuestiones de calidad de vida-, se halla saturada de preocupaciones relativas a la seguridad e inseguridad ontológicas.<sup>322</sup> El orden que el consumidor reclama está subjetivamente acotado a la solución de la delincuencia, la incivilidad y el desorden legitimando al Estado para que consolide alguna forma de soberanía. El poder policial simbólicamente reafirma

---

<sup>319</sup> Ambos, K., “*Derecho penal del enemigo*”, en Cancio Melia, M; Gómez-Jara Diez, V. (coords.), *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, Vol. 1, Edisofer, BdeF, Madrid, Buenos Aires, Montevideo, 2006, págs. 131-132.

<sup>320</sup> *Ibidem*.

<sup>321</sup> En este sentido, Portilla Contreras, G., *El Derecho penal.....*, op.cit., págs. 31 y 32, sostiene que “Una de las circunstancias que más van a afectar a la transformación del Derecho penal es la sustitución del keynesianismo clásico por un keynesianismo de guerra que supondrá la preeminencia del gasto militar en detrimento del social. A su vez, gradualmente desaparecen las connotaciones tayloristas-fordistas y se inventan las guerras neocolonialistas al fin de recomponer el déficit de la crisis hegemónica en competencia con las ex potencias imperialistas que buscan acomodo en los proyectos universalistas.”

<sup>322</sup> Garland, D., *La cultura del control*, op.cit., págs. 71 ss.; García-Pablos de Molina, A., *Tratado de Criminología*, Tirant lo blanch, Valencia, 1999, págs. 694 ss.; Weisburd, D./Eck, J.E., “¿Qué puede hacer la policía para reducir la delincuencia, los disturbios y el miedo?”, en Bueno Arús, F., et. al, (dirs.), Guzmán Dálbora, J.L./ Serano Maíllo, A., (eds.), *Derecho penal y criminología como fundamento de la política criminal. Estudios en Homenaje al Profesor Alfonso Serrano Gómez*, Dykinson, Madrid, 2006, págs. 1319 ss.

el control de un “espacio interior”, que resulta visible y tangible. La actual preocupación gubernamental por la delincuencia, el desorden y la conducta antisocial insignificante constituye una fuente de ansiedad sobre la cual algo puede hacerse en un mundo por demás incierto.

Actualmente, como momento en el cual se encuentra en redefinición el “espacio de la ciudadanía”, los inmigrantes encarnan todo aquello que el credo neoliberal considera sagrado y promueve -como los preceptos que deberían gobernar la conducta de cada cual -progreso, prosperidad, disposición a asumir riesgos-; no obstante, discursivamente los gobiernos locales reorientan la incertidumbre y la angustia hacia objetos al alcance; desplazándolas desde ciertos objetivos -frente a los cuales aparentemente nada puede hacer- hacia aquellos que puede gestionar. Refugiados, solicitantes de asilo, inmigrantes, los productos residuales de la globalización, satisfacen a la perfección estos postulados.<sup>323</sup>

En este sentido, las mutaciones en el estatuto de la ley penal, bajo el paradigma actual del riesgo, determinan que los residuos humanos ya no pueden trasladarse a distantes vertederos ni ubicarse firmemente en zonas prohibidas para la vida normal. Por consiguiente, tienen que encerrarse en contenedores herméticos. El sistema penal provee de tales contenedores.<sup>324</sup> Son los muros, y no lo que ocurre en su interior, lo que es importante de la cárcel. Las instituciones del modelo disciplinario han pasado de ser de “reciclaje” al de destrucción de residuos. Se las ha reubicado en primera línea de la batalla, con el fin de resolver la crisis en la que se ha sumido la industria de eliminación de residuos,<sup>325</sup> como consecuencia del triunfo global de la modernidad.<sup>326</sup>

En este sentido afirma Bauman, “en contraste con esa (in)seguridad demasiado (in)tangible y experimentada a diario que generan los mercados, los cuales no necesitan ninguna ayuda de las autoridades políticas salvo que les dejen en paz, la mentalidad de fortaleza sitiada y de cuerpos individuales y posesiones privadas bajo amenaza ha de cultivarse de manera activa. Las amenazas deben pintarse del más siniestro de los colores, de suerte que sea la no materialización de las amenazas, más que el advenimiento del Apocalipsis

---

<sup>323</sup> Bauman, Z., *Vidas desperdiciadas...*, op. cit., pág. 88.

<sup>324</sup> Simon, J., *Governing through crime. How the war on crime transformed american democracy and created a culture of fear*, Oxford University Press, New York, 2007, págs. 142-143.

<sup>325</sup> La privatización de la gestión de la seguridad y la consiguiente privatización de los dispositivos de control penal, opera como una nueva articulación fundamental de las funciones del soberano difuso estatal, con sus políticas de gestión, y de rendimiento económico. Véase, entre la copiosa bibliografía, Christie, N., *La industria del control del delito*, (prólogo de E.R., Zaffaroni), 2ª ed., Editores del Puerto, Buenos Aires, 1993; Wacquant, L., *Las cárceles de la miseria*, op.cit.; Brandariz García, J.A., *Política criminal...*, op.cit., págs. 175 ss.; Castillo, J., “La privatización de las prisiones como debate para España”, en *Panóptico*, núm. 4, 2002, págs. 55 ss; Larrauri Pijoan, E., “Introducción al debate de la privatización del sistema penal: la policía privada”, en *Estudios Penales y Criminológicos*, XIV, 1991, págs. 183 ss.

<sup>326</sup> Bauman, Z., *Vidas desperdiciadas...*, op.cit., pág. 115.

presagiado, la que se presente ante el atemorizado público como un *evento extraordinario* y, ante todo, como el resultado de las artes, la vigilancia y la preocupación de la buena voluntad *excepcionales* de los órganos estatales.”<sup>327</sup>

Los mimbres sobre los que se construyó el Estado social y sobre los cuales basaba su legitimidad y, consecuentemente, sus demandas de lealtad y obediencia hacia los ciudadanos residía en la promesa de defenderlos y asegurarlos contra la superfluidad, la exclusión y el rechazo, así como contra las azarasas embestidas del destino, en suma, en la promesa de introducir certidumbre y seguridad en vidas en las que, de otro modo, imperarían el caos y la contingencia. En la actualidad es preciso que nos aboquemos a buscar las gramáticas que produce el gobierno ante el desmantelamiento del Estado social, es decir, nos enfrentamos a la tarea de hallar o de re-construir una nueva fórmula de legitimación, en la que puedan apoyarse en su lugar la autoafirmación de la autoridad estatal y la demanda de orden.<sup>328</sup>

El discurso sobre la legitimidad, en nombre de la excepcionalidad de la intervención, configura una forma de Derecho que en realidad es un *derecho de policía*. La formación de un nuevo Derecho se inscribe en el despliegue de la prevención, la represión y la fuerza, retórica destinadas a reconstruir el equilibrio social: todas características propias del poder policial, a fin de “construir” consenso.<sup>329</sup>

Como sostienen Negri y Hardt, “podemos pues reconocer la fuente inicial e implícita del Derecho imperial en términos de acción policial y de la capacidad de la policía para crear y mantener el orden. *La legitimidad del ordenamiento imperial respalda el ejercicio de poder policial, mientras que, al mismo tiempo, la actividad de la fuerza policial global demuestra la efectividad real del ordenamiento imperial*. El poder jurídico para regir en caso de excepción y la capacidad de desplegar la

---

<sup>327</sup> Bauman, Z., *Vidas desperdiciadas...*, op.cit., pág. 119, el subrayado no pertenece al original.

<sup>328</sup> Young, J., *La sociedad excluyente*, op.cit., págs. 78 ss.; Sáenz de Piapón, L., /Mengs, J., “*La ciudad como objeto de protección penal*”, en Bueno Arús, et.al, *Derecho penal y criminología como fundamento de la política criminal...*, op. cit., págs. 1039. Lo cual conlleva como brillantemente expone Binder A., *Política criminal de la formulación a la praxis*, Ad-hoc, Buenos Aires, 1997, págs. 87-88, la *cultura de la peste* que es una cultura del desencuentro, agresiva, casi una guerra interna de la sociedad, pero no ya entre bandos perfectamente reconocibles sino una guerra sorda, instalada en el espacio interpersonal o intergrupar, una guerra informal que, como toda guerra, implica y genera la destrucción política. Pero además de este mecanismo de desencuentro agresivo, existe otro mecanismo de fragmentación: se trata de la cultura del *naufugio*, nueva versión del individualismo, que va desde la difusión de la imagen *light* de la personalidad....hasta el desarrollo de formas de asociación que privilegian sólo sus objetivos particulares”. En el mismo sentido, De Sousa Santos describe estos paisajes urbanos y subjetivos como fascismo social.

<sup>329</sup> En este sentido Appadurai, A., *El rechazo.....*, op.cit., pág. 49 afirma “El terror produce sus efectos borrando sistemáticamente los límites entre los espacios y tiempos de la guerra y la paz....trata de instalar la violencia como principio regulativo fundamental de la vida cotidiana...Terror es el nombre legítimo de todo intento de reemplazar la paz por la violencia como pilar de la vida cotidiana. La emergencia es su rutina; y su norma, las normas excepcionales de violencia y transgresión.”



fuerza policial son, pues, dos coordenadas iniciales que definen el modelo imperial de autoridad.”<sup>330</sup>

### 1.10. c. Comunicación del terror

Con base en el cambio de paradigma apuntado por Deleuze-,<sup>331</sup> Negri y Hardt sitúan el salto cualitativo más importante. Bajo el paradigma del control el *dominio* se ejerce directamente sobre los movimientos de las subjetividades productivas y cooperadoras; las instituciones se forman y redefinen de modo continuo siguiendo el ritmo de los movimientos, y la topografía del poder ya no se inscribe en los archipiélagos de la sociedad disciplinaria, sino en los desplazamientos temporales de las subjetividades. Así se torna indiscernible la antigua dicotomía organizadora entre lo interior y lo exterior que tiene grandes influencias en la producción de subjetividad y sobre todo en la legitimidad del Derecho.<sup>332</sup>

Como pone de resalto Herrera Flores, “Hoy en día, con la expansión global del llamado neoliberalismo económico de raíz eminentemente financiera (y no productiva), el miedo alcanza no sólo a las clases trabajadoras, sino sobre todo, a las capas medias que se ven afectadas por las tendencias desbocadas hacia su proletarianización y marginación de las ventajas fiscales, hoy en día dirigidas a favorecer claramente y sin tapujos a las elites económicas. El miedo se apodera de las mentes cuando se presentan, como si de hechos naturales se tratara, los fantasmas del desempleo sin posibilidad de vuelta atrás, donde los contratos basura, de la pérdida incontrolada de conquistas sociales y de la, consecuente, deslegitimación de las formas política heredadas del período llamado Estado de Bienestar. La precarización laboral y social de las clases medias y la rapiña globalizadora de las elites privadas mundiales están provocando tal grado de incertidumbre y de desintegración social que el miedo parece ser, de nuevo, el único factor de cohesión social efectivo.”<sup>333</sup>

En la sociedad del espectáculo,<sup>334</sup> lo que alguna vez se imaginó como esfera pública, el terreno del intercambio y participación políticos, hoy se evapora por

---

<sup>330</sup> Negri, M., /Hardt, A., *Imperio*, op.cit., pág. 42. Esta afirmación será desplegada en los siguientes capítulos del trabajo, en el mismo sentido argumentan sus últimos trabajos Brandariz García, J.A., *Política criminal...*, op.cit., en especial págs., 53 ss., 249 y ss.; Portilla Contreras, G., *El Derecho penal entre.....*, op.cit., en especial págs., 45 ss., 125 ss.

<sup>331</sup> Véase *supra* punto 1.1. En el mismo sentido, Portilla Contreras, G., *El Derecho penal.....*, op.cit., págs. 32 ss.; Brandariz García, J.A., *Política Criminal.....*, op.cit., págs. 26 ss.

<sup>332</sup> Hardt, M., /Negri, A., *Imperio*, op.cit., págs. 37 ss.

<sup>333</sup> Herrera Flores, J., *Los Derechos humanos...*, op.cit., págs. 175-176.

<sup>334</sup> De acuerdo con el título de la obra de Debord, G., *La sociedad del espectáculo*, (trad. y notas Pardo), 2ª ed.rev., 1ª reimp., Pre-textos, Madrid, 2002 (imp. 2003), del mismo *Comentarios sobre la*

completo, junto a la categoría de “trabajo” como instancia política de intermediación democrática.<sup>335</sup> En esta instancia la gobernabilidad se provee de un arma antigua ya reconocida por Hobbes, cuando señalaba que para lograr la dominación efectiva la pasión que hay que tener en cuenta es el temor.

Como señalan Negri y Hardt, “aunque el espectáculo parezca funcionar a través del deseo y del placer (el deseo de obtener bienes y el placer de consumir), en realidad, opera mediante la comunicación del temor, o mejor aún, el espectáculo crea formas de deseo y placer que están íntimamente entretejidas con el temor. En el discurso europeo arcaico, la comunicación del temor se llamaba *superstición*.”<sup>336</sup> Y en realidad, la política del miedo siempre se difundió a través de un tipo de superstición. Lo que ha cambiado son las formas y los mecanismos de las supersticiones que comunican el temor.<sup>337</sup>

El temor a la violencia, la pobreza, al desempleo es la fuerza primaria e inmediata que crea y mantiene las nuevas segmentaciones; lo que las sustenta es una política de la comunicación. El contenido fundamental de la comunicación es el miedo, que funciona como ingrediente clave para mantener el rediseño de los espacios de sociedad. En este sentido, a lo largo de la historia la fragmentación de la multitud ha sido la condición de la administración política. Actualmente la diferencia estriba en el hecho de que, mientras en los regímenes de soberanía modernos, la administración procuraba alcanzar una administración lineal de los conflictos, en el Estado postmoderno actual, la administración deviene fractal,<sup>338</sup> ya que procura la integración de los conflictos prescindiendo de la *mediación* de la organización de un aparato social coherente y, en cambio propone la gestión de las exclusiones que él mismo produce.

En este sentido, lo que habrá que resolver en el seno de los procesos de globalización es la distinción entre legal e ilegal que establece el Derecho imperial con el fin de regular, mediante el desplazamiento de la ley, el riesgo que produce la multiplicidad de intereses que engendra la multitud.<sup>339</sup> Como respuesta, el Estado postmoderno opera como un mecanismo potencialmente diseminador y diferenciador. En este plano, la acción administrativa se torna crecientemente autorreferencial, esto es, operando de modo funcional para los problemas específicos que tiene que resolver. La modulación flexible de los mecanismos que

---

*sociedad del espectáculo*, (trad. López/Capella), Anagrama Barcelona, 1990; Adorno, T.W., *Televisión y cultura de masas*, Ediciones Lunaria, Buenos Aires, 2002.

<sup>335</sup> Hardt, M., /Negri, A., *Imperio*, op.cit., pág. 296.

<sup>336</sup> *Ibidem*, pág. 297.

<sup>337</sup> Sobre este punto véase Delemeau, J., *El miedo en occidente (siglos XVI-XVIII) una ciudad sitiada*, (trad. Armiño), Taurus, Madrid, 1989.

<sup>338</sup> Hardt M., /Negri, A., *Imperio*, op.cit., pág. 311. Término definido por el Diccionario de la Real Academia, 20ª ed., como : (Del fr. *fractal*, voz inventada por el matemático francés B. Mandelbrot en 1975, y este del lat. *fractus*, quebrado).1. m. *Fis. y Mat.* Figura plana o espacial, compuesta de infinitos elementos, que tiene la propiedad de que su aspecto y distribución estadística no cambian cualquiera que sea la escala con que se observe.

<sup>339</sup> Cfr. Portilla Contreras, G., *El Derecho Penal.....*, op.cit., págs. 45-46.

establece para el control le otorga efectividad local frente a los dictados del mercado,<sup>340</sup> en detrimento del carácter rígido de la ley del Estado soberano moderno.

Paradigmáticamente, emerge la figura de los migrantes que cristalizan dicho propósito mejor que cualquier otra categoría.<sup>341</sup> Cuando todos los lugares y posiciones se tornan inestables y ya no se consideran dignos de confianza, la construcción de la figura del migrante configura un pronóstico demasiado terrible; encarna el inarticulado presentimiento de la propia vulnerabilidad. Proporcionan una alteridad de la que los gobiernos tomarán buen partido electoral,<sup>342</sup> y nutrirán su legitimidad en una aparente falta de conflicto, con más resultados y menos gastos, de acuerdo con la lógica del Estado postmoderno. De este modo, el control de los espacios urbanos donde habitan los migrantes será utilizado como campo de batalla de la guerra por la ley y el orden, que los gobiernos libran con vigor e, incluso mayor publicidad, en tanto que no se oponen a la subsidiariedad de agencias de seguridad privada e iniciativas de los consumidores,<sup>343</sup> ya que de lo que se trata es de establecer un nuevo orden que permita la sobreviviente división entre los bienes disponibles e indisponibles que traza el nuevo contrato social.

Sin duda, la eliminación simbólica del enemigo forma parte de las estrategias de los desplazamientos de las subjetividades que surgen en la postmodernidad.

---

<sup>340</sup> De Sousa Santos, B., *Crítica de la razón...*, op.cit., pág. 173, denomina a este período como *capitalismo desorganizado*, lo que significa que si bien hoy el capitalismo se encuentra más organizado que nunca, la expresión “significa, en primer lugar, que las formas de organización típicas del segundo periodo (Estado providencia) están siendo gradualmente desmanteladas o reconstruidas en un nivel de coherencia mucho más bajo, y, en segundo lugar, que, precisamente a causa de ese proceso, es mucho más visible la demolición de las antiguas formas organizativas que el propio perfil de las nuevas formas que van a sustituirlas. Una señal de que el capitalismo está actualmente mejor organizado que nunca reside en el hecho de su dominación sobre todos los aspectos de la vida social y haber conseguido neutralizar sus enemigos tradicionales (el movimiento socialista, el activismo obrero, las relaciones sociales no mercantilizadas). En todo caso, esa organización es aún muy opaca; lo que ya es visible parece bastante provisional, como si estuviese apenas preparando el camino para las instituciones, las reglas y los procesos que han de constituir el nuevo modo de regulación. En este específico sentido, es legítimo designar nuestra época como “capitalismo desorganizado”, un período de transición no sólo de un régimen de acumulación del capital a otro, sino de una transición mucho más vasta que va desde un paradigma societal a otro”, el subrayado no pertenece al original.

<sup>341</sup> De Giorgi, A., *El gobierno de la excedencia...*, op.cit., págs. 88 ss.

<sup>342</sup> Bauman, Z., *Vidas desperdiciadas*, op.cit., pág. 78.

<sup>343</sup> Bonelli, L., “Obsesión securitaria e ilegalismos populares en francia, desde principios de 1980”, op.cit., págs. 99 ss.

#### 1.10. d. Excedencia y movilidad: trabajo migrante

De conformidad a la forma en que han sido expuestos los rasgos de la globalización, lejos de desmentir el alcance de la tendencia a la unificación del planeta dentro de una misma lógica, muestra más bien los modos contradictorios y poco lineales de sus efectos. Por ello, globalización no significa globalidad; la división de la tierra en áreas de interés, esto es de explotación y de intensidad variable, la co-presencia de apertura y cierre económicos y los desniveles evidentes en la distribución del beneficio y el acceso a los recursos, inscriben de forma contradictoria un proceso general que, tendencialmente, hace a todos partícipes de la producción de riqueza y de la pobreza mundiales, que por primera vez en la historia, convierte la “humanidad” no en un simple ideal o una idea reguladora, sino en la “condición misma de existencia de los individuos humanos.”<sup>344</sup>

Por el carácter autorreferencial de la legitimidad, la gestión *glocal* traduce los efectos de desplazamiento migrante como causas de la inseguridad ciudadana a partir de la declaración de ilegalidad –como si de algo natural se tratara-, y consecuentemente confeccionará una política migratoria de gestión de corte represivo y, como tal, limitadora de derechos y libertades fundamentales. El Estado actual, por medio del control de la desregulación consigue hacer más rentable la polarización de la riqueza, el desempleo, y la deshumanización de crecientes cuotas de seres humanos, asimilados ahora a mercancías, las cuales son objeto de evaluación económica en términos de coste-beneficio.<sup>345</sup>

La libertad de movimiento –tan proclamada en esta nueva configuración– se desarma en una *aparente contradicción*: tanto los medios de producción como el capital fluyen sin detenerse, mientras que, simultáneamente, observamos una fuerza de trabajo cada vez más limitada por medidas estrictas; en el caso de los migrantes, las leyes de los Estados para “administrar” los efectos en el ámbito local producen situaciones de creciente marginación.<sup>346</sup>

Esto permite dar cuenta del rostro jánico que exhibe la legislación *glocal*: por un lado la “regulación” de la inmigración en virtud de las necesidades del mercado laboral, por otro, una distensión de la misma debido a que los migrantes son la fuerza de trabajo necesarias de la economía sumergida.<sup>347</sup> Surgida la

---

<sup>344</sup> Mezzadra, S., *Derecho de fuga. Migraciones, ciudadanía y globalización*, (trad. Santucho), Traficantes de sueños, Madrid, 2005, pág. 48.

<sup>345</sup> Terradillos Basoco, J.M., “*Sistema penal e inmigración*”, en Pérez Álvarez, F., (ed.), *Serta. In memoriam Alexandri Baratta*, op.cit., pág. 1464.

<sup>346</sup> El día 19 de junio de 2008 fue aprobada la “Directiva Europea de retorno”. La UE recibe por año entre 1.5 y 2.5 millones de migrantes cada año, de acuerdo con los datos aportados por el Comisario de Libertad y Justicia Jaques Barrot, también puso de manifiesto que la UE tenía necesidad de 20 millones de inmigrantes desde ahora hasta 2040, <http://www.publico.es/127507/queda/establecida/subcategoria/humano/ilegal>.

<sup>347</sup> Entre otros, Martínez Escamilla, M., “*¿Puede usarse el Derecho penal en la lucha contra la inmigración irregular?*”, en Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, RECPC 10-06

esencialidad aparentemente paradójica propuesta por el mercado que se imprime simultáneamente en la destrucción de las barreras en aras de la liberalización de la economía, nuevos *confines temporales* se erigen para poner freno a la libre circulación del trabajo. Lo anterior es constituyente y determinante para el trazado de las subjetividades imperiales, de allí que sea de gran interés para el desarrollo del presente trabajo. La movilidad internacional de mano de obra ha aumentado como uno de los efectos más destacables de los procesos globalizadores, al tiempo que se han acelerado procesos de explotación, desregulación y flexibilización de los derechos sociales como estrategias asumidas por el Estado nación al “glocalizarse.”<sup>348</sup>

La falta de protección para el trabajo - en general y, el migrante en mayor medida-, genera que esta categoría de sujetos se convierta en el ingrediente principal para mantener la competitividad de los costes de la producción. Las actuales prácticas de migraciones laborales representan serios dilemas para las políticas de los Estados. Muchos de ellos han estructurado barreras contra el ingreso ilegal de migrantes, sin embargo, parecen “tolerar” la presencia de aquellos, sobre todo para ocupar puestos de trabajos escasamente remunerados y en condiciones que los “ciudadanos” no desean aceptar.

Según un informe del Programa de Migraciones Internacionales de la OIT “en general los sectores que emplean mano de obra migrante son objeto de poco o ningún control que garantice la seguridad y salud en el trabajo o condiciones de trabajo decentes, lo que provoca el empleo de trabajadores migrantes en condiciones inadecuadas y otorga incentivos para que el capital y el empleo se desplacen de la economía fomal a la informal.”<sup>349</sup>

Estamos hablando de cifras que crecen diariamente, la OIT calcula que entre trabajadores y sus familias 120 millones han migrado, mientras que la Organización Mundial de Migraciones (OIM) y las Naciones Unidas estiman una cifra aún mayor: 180 millones. Sin embargo, la demanda de obra de mano barata no disminuye. La globalización y la liberalización del comercio han tenido un alto impacto en las condiciones de empleo en los países de destino. Tanto las tendencias demográficas como el envejecimiento de la fuerza de trabajo en los países desarrollados indican que la migración continuará siendo una importante

---

(2008), disponible en <http://criminet.ugr.es/recpc> . Este tema será objeto de tratamiento en los Capítulos 3 y 6.

<sup>348</sup> Véase el informe realizado por la Oficina Económica de la Moncloa, que afirma que los inmigrantes salvan el Estado de bienestar ya que los inmigrantes representan el 8.8% de la población y absorben el 5.4% del gasto público, lo cual supone un beneficio neto para España de 5.000 millones de euros, disponible en [http://www.la-moncloa.es/ServiciosdePrensa/NotasPrensa/MPR/\\_2008/ntpr20080623\\_ZapateroCES.htm](http://www.la-moncloa.es/ServiciosdePrensa/NotasPrensa/MPR/_2008/ntpr20080623_ZapateroCES.htm)

<sup>349</sup> Taran, P., /Geronimi, E., “*Perspectivas sobre migraciones laborales. Globalización y Migraciones laborales: importancia de la protección*”, Programa de Migraciones Internacionales, OIT en [www.gender.gcim.org/attachments/migracioneslaborales/mujeresespaña.pdf](http://www.gender.gcim.org/attachments/migracioneslaborales/mujeresespaña.pdf)

opción.<sup>350</sup> Consideradas desde esta perspectiva, las migraciones permiten traer a la luz otra globalización, o mejor dicho permiten trazar una genealogía de los procesos contemporáneos de globalización.

En este sentido, los nuevos movimientos migratorios representan un “formidable laboratorio” de lo que podemos llamar -retomando a De Lucas y a de Sousa Santos y los movimientos sociales-globales cuyo comienzo puede situarse en Seattle- “globalización desde abajo” o globalización contrahegemónica.<sup>351</sup> Por ello resulta necesario poner de relieve la forma en que se ubican en las sociedades occidentales los movimientos migratorios, ya que aquellas pueden ser consideradas como un escenario caracterizado por la crisis de un modelo determinado de ciudadanía que, por medio del papel determinante –configurador- del trabajo (fordismo), había encontrado su propia expresión en el Estado social y en los canales de integración activados por él. Se abre así un espacio en el cual el trabajo migrante se carga una vez más de valencias ejemplares, permitiendo focalizar procesos de desestructuración del mercado de trabajo, y de erosión de derechos que están muy lejos de afectar sólo a los migrantes (post-fordismo). Las mismas dinámicas están cargadas de implicaciones para las poblaciones de Europa y del resto de las naciones más o menos desarrolladas.<sup>352</sup>

Actualmente, la figura del inmigrante sin permiso de residencia representa la figura *simbólica de la exclusión*; aparece como el cierre de un ciclo histórico de ampliación de la ciudadanía, al tiempo que simboliza la erosión de la misma construida en el discurso moderno, es decir, del individuo como ciudadano. Bajo esta crisis de “lo político”,<sup>353</sup> la presunta neutralidad de la ley deberá *ser suspendida* para volver a traer a primer plano los elementos de escisión que constitutivamente atañen a lo político.<sup>354</sup> Lo político mismo viene a ser productivamente reabierto en la medida en que un conjunto de movimientos de “subjetivización” descomponen la tensión existente entre un cuerpo social

---

<sup>350</sup> Un interesante estudio de las consecuencias de los movimientos migratorios en la economía global en Alonso Rodríguez, N., “Emigración y desarrollo: implicaciones económicas” (I-VI), en *La Insignia*, octubre de 2004 (I-III) y noviembre de 2004 (IV-VI), disponible en [www.lainsignia.org](http://www.lainsignia.org)

<sup>351</sup> Echart, E., /López, S., /Orozco, K., *Origen, protestas y propuestas del movimiento...*, op.cit., págs. 50 ss.

<sup>352</sup> Mezzadra, S., *El Derecho de fuga*, op.cit., págs. 108 ss.

<sup>353</sup> Véase el tratamiento ulterior en punto 2.6.a.

<sup>354</sup> Žižek, S., *El espinoso sujeto. El centro ausente de la ontología política*, (trad. Piatigorsky) Paidós, Barcelona, 2001, págs. 218 y 264. De acuerdo con Žižek, “habrá que oponer a la *globalización*, la *universalización*. La globalización no solo significa capitalismo global, establecimiento de un mercado mundial global, sino también la afirmación de “la humanidad” como punto de referencia global de los Derechos humanos, con lo cual se legitima la violación de la soberanía de los Estados, con medidas que van desde restricciones comerciales hasta la intervención militar directa en partes del mundo donde no se respetan aquellos Derechos. En estos dos sentidos, la globalización es precisamente el nombre de la lógica pospolítica emergente que va eliminando progresivamente la dimensión de universalidad propia de la politización propiamente dicha.”

estructurado, en el que cada parte tiene su lugar propio y los “sin parte”, que no son simplemente los excluidos, sino el síntoma, el indicio de la violencia originaria que sostiene a la sociedad y a la política.<sup>355</sup>

Siguiendo a Mezzadra, es necesario remarcar la dimensión subjetiva de los procesos migratorios, “es decir, aquella dimensión que haciendo estallar su naturaleza específica de movimiento social, impide su reducción, aún hoy común e implícita en metáforas como “aluvión”, “catarata” migratoria, a procesos de tipo “natural” automáticamente determinados por causas “objetivas” de naturaleza económica y demográfica”.<sup>356</sup> Como analizaremos en el capítulo tercero, la inmigración será gestionada bajo la categoría actuarial del riesgo, mediante estratagemas que exhiben una apropiación absoluta de la naturaleza por el hombre, en la caída en otra falacia del determinismo, es decir en la presentación de los efectos como causas. Lo que evidencia esta situación es una racionalidad instrumental radicalizada en la idea del control sobre la naturaleza - como génesis de la idea moderna de progreso- que permite hablar de los migrantes como grupos de riesgo o, con buena conciencia, como *efectos colaterales*. Este movimiento discursivo que pretende presentar esta situación como derivada de cuestiones naturales expulsa convenientemente, en un segundo momento, a la naturaleza de las apropiaciones anteriores. Ello se debe a la ambigüedad que se le concede a la palabra *vida* como un concepto biológico y naturalizante impidiendo la presencia de toda potencia política.<sup>357</sup>

La operatividad de la falacia llegamos a comprobarla cuando observamos a las migraciones actuales como una técnica de gubernamentalidad desplazándose por el “espacio” de la crisis de la soberanía. Este desplazamiento ha permitido la irrupción de criterios administrativos en ámbitos de relevancia constitucional con la carga de incertidumbre y ambigüedad que se plasma en la conversión del derecho de residencia equivalente al “derecho a tener derechos”, lo cual necesariamente impone una ruptura crítica de la sutura moderna entre Estado nación y “ciudadanía.”<sup>358</sup>

### 1.11. Los cánones modernos: La Ley penal y su legitimidad

De conformidad con lo dicho hasta el momento, el cambio que se está operando en las estructuras e instituciones modernas en virtud de las modulaciones que producen los procesos globales, no comprende sólo el ámbito económico, sino que se inmiscuye en todos los resquicios de nuestra

---

<sup>355</sup> Cfr. Ranciere, J., *El desacuerdo. Política y Filosofía*, (ed. castellana de Nueva Visión), Buenos Aires, 1996, págs. 29 ss.

<sup>356</sup> Mezzadra, S., *Derecho de fuga...*, op.cit., pág. 109.

<sup>357</sup> Cfr. Negri, A., *La fábrica de porcelana*, op.cit., pág. 42. Analizaremos *infra* en los puntos 2.5; 2.6 cómo las mutaciones en la soberanía acompasarán las distinciones entre *zoe* y *bios* como dispositivos en el campo minado de la excepción y el control.

<sup>358</sup> *Ibidem*, pág. 107.

cotidianeidad, produce el “desencantamiento”<sup>359</sup> de todos los significados y sentidos que supimos construir a partir del ideal de la razón instrumental.<sup>360</sup>

Porque, “desde un principio la razón moderna, se configura como razón instrumental: como razón pura de dominación. Desde Colón a Bacon y Galileo, un gran “argumento dramático” para toda conciencia ilustrada europea: el progresivo descubrimiento y conquista de este Nuevo mundo que ahora comienza a ser mecánicamente calculable y mundialmente explotable para sus occidentales protagonistas.”<sup>361</sup>

De aquel tipo de racionalidad depende la configuración de las instituciones modernas que, en su dimensión exterior, se caracterizan porque forman parte de toda una red de instituciones, son producto de la coordinación estatal, de modo que los sujetos que son producidos por una de ellas, son necesarios para otra. Se configura una trama estatal- institucional (sociedad disciplinaria), un modelo funcionalista.<sup>362</sup>

Weber destaca el poder político como espacio en el cual el poder, como estructura de dominación, encuentra su forma más propia de expresión. La epistemología del autor deja planteada una cuestión de enorme importancia: el examen de aquellas formas a través de las cuales la dominación que el poder ejerce puede hacerse aceptable; éste poseería en esa aceptabilidad su propia legitimidad.<sup>363</sup>

El autor se cuestiona respecto de las formas mediante las cuales podemos afirmar que el poder de dominación puede ser soportado por parte de quienes se hallan sometidos a obediencia, o qué modos hay a través de los cuales puede asumirse la condición de súbdito, y la sumisión que implica respecto al poder imperante. Sin embargo, la crisis de la soberanía y la legitimidad, sólo puede remediarse mediante el recurso a una autoridad carismática.<sup>364</sup>

Weber destaca tres formas en *Economía y Sociedad*. Se trata de tres tipos de legitimación, que permiten que la estructura de dominación tenga carácter legítimo. La primera de ellas es la legitimación tradicional, donde la legitimidad del poder de mando viene dada por costumbres y tradición. La legitimación carismática, siempre es fundadora de un nuevo marco comunitario, y es crítica y subversiva en relación con las tradicionales que, debido al carácter revolucionario de la iluminación religiosa, son derrocadas. Generalmente es decisiva la impronta

---

<sup>359</sup> Max Weber habla del desencantamiento del mundo moderno. Este autor, junto con otros (Nietzsche, Adorno, Horkheimer,) da cuenta de la depauperización mito-simbólica que aqueja a la cultura moderna, preocupada por desasirse de todo resquicio de irracionalidad heredado de formas de vidas anteriores y desaparecidas.

<sup>360</sup> Véase *infra* 1.13.a

<sup>361</sup> Cfr. Moya /Escohotado en Introducción al *Leviatán*, op.cit., pág. 56

<sup>362</sup> De Sousa Santos, B., *Crítica de la razón indolente.....*, op.cit., pág. 205.

<sup>363</sup> *Ibidem*, págs. 160 ss.

<sup>364</sup> Hardt, M., /Negri, A., *Imperio*, op.cit., pág. 343.



religiosa, depositaria de la gracia o carisma que, a través del enviado se esparce sobre la comunidad que así queda fundada.

Y por último, la legitimación racional (desencantada), que se corresponde con las tendencias de la modernidad occidental, en las que el registro legitimador lo constituye la propia eficiencia técnica o técnicocientífica que a través de su engranaje se consigue, de manera que en esa racionalidad quedan desmistificados los otros dos modos anteriores, prevaleciendo el buen funcionamiento de la máquina racional que así se construye o la burocracia que así se establece.

En su dimensión interior establecida como *otra* de la exterior, la confianza en la razón, en el progreso y en el orden del mundo produjeron las instituciones que, en términos weberianos, podemos calificar de burocrático-rationales, instituciones cuyas características son: organización piramidal, de lógica deductiva, planeadas para durar a pesar de los cambios - ya que como señalamos anteriormente, suponían un sistema que era calculable de antemano- así como también los efectos que se produjeran en virtud de la intervención acaecida.<sup>365</sup>

Este es un arquetipo en el cual la institución es parte de un todo que coordina, reglamenta y establece las pautas por las cuales discurre toda la actividad que le es propia. Porque como afirma De Sousa Santos, "la instrumentalidad técnica del derecho estatal autónomo es virtualmente infinita en lo que se refiere a su alcance. Lo que caracteriza *la especificidad funcional del Estado moderno no es el número de funciones que el Estado puede desempeñar, sino la forma de desempeñarlas*. El Estado mínimo del constitucionalismo liberal no sólo contiene en sí mismo las cimientos del Estado de Bienestar, sino también las del Estado fascista y estalinista. Ninguna de estas formas de Estado puede despreciar la positividad del Derecho como instrumento potencialmente inagotable de dominación, por más subvertida y caricaturizada que fuese esa positividad en las dos últimas formas de Estado."<sup>366</sup>

Ello es consecuencia de las premisas de la modernidad, que permiten establecer la división tajante entre sujeto y objeto. Fue el positivismo<sup>367</sup>, como piedra de toque de la metodología y epistemologías modernas,<sup>368</sup> el que estableció la división tajante entre sujeto observador de los objetos que quedaban así sólo como entidades manipulables por un conocimiento sin límites que daba la impresión de un progreso de las mismas características.<sup>369</sup> Este paradigma

---

<sup>365</sup> Weber, M., *La ética protestante y el espíritu del capitalismo*, Barcelona, Península, 1989.

<sup>366</sup> De Sousa Santos, B., *Crítica de la razón...*, op.cit., págs. 161 y 162, el subrayado es nuestro. En el mismo sentido se expresa Žižek, S., *El espinoso sujeto...*, op.cit., pág. 216.

<sup>367</sup> Véase el interesante análisis sobre esta corriente en el Derecho penal, en Zaffaroni, E.R., /Alagia, A., /Slokar, A., *Derecho Penal, Parte General*, op.cit., págs. 56 ss; 237-242.

<sup>368</sup> De Sousa Santos, B., *Crítica a la razón...*, op.cit., pág. 158.

<sup>369</sup> Nicholas Maxwell expresa con ironía esta creencia en la "benefactora mano invisible de la verdad:" La filosofía del conocimiento, su concepción tradicional, puede ser resumida como sigue: El objetivo apropiado de la investigación racional es adquirir conocimiento acerca del

impone las condiciones necesarias para que el racionalismo convierta al mundo, a la naturaleza y también al ser humano en objetos susceptibles de análisis e intervenciones lógicas y científicas guiadas por la razón instrumental que, en sus orígenes, no hallaba obstáculo para detenerse.<sup>370</sup>

El principal objetivo del proyecto moderno era la constitución de la sociedad de individuos autónomos, orientados en sus acciones por la razón, todo lo cual garantizó la conformación de condiciones de vida allendes a la perfección, muy lejanas de las formas culturales premodernas que habían sido capaces de

---

mundo, conocimiento objetivo de la verdad. Sin duda, en última instancia el conocimiento es buscado como medio para el fin de alcanzar lo que es valioso y humanamente deseable. En el nivel más fundamental de todos, en otras palabras, el objetivo de la investigación racional puede ser perfectamente el de ayudar a promover el progreso social, el bienestar humano y la ilustración. Sin embargo, para alcanzar esos objetivos sociales y humanos fundamentales es esencial que la investigación racional se ocupe, en primer lugar, de alcanzar el fin puramente intelectual de adquirir conocimiento objetivo de la verdad. Sólo disociándose decisivamente de las metas, valores y creencias de la vida social ordinaria, de modo que las afirmaciones de conocimiento objetivo puedan ser objeto de evaluación racional escrupulosa, puede la investigación acumular conocimiento objetivo, y de este modo proporcionar un beneficio para la humanidad en última instancia. La investigación racional debe, por decirlo así, ignorar las necesidades humanas a fin de satisfacer tales necesidades. La verdad, y no lo que es humanamente deseable, debe constituir el interés intelectual central de la investigación racional" (1984:10), citado por Gonzalez García, M.I., /López Cerezo, J.A., /Luján López, J.L., *Ciencia, tecnología y sociedad*, Tecnos, Madrid, 1996, pág. 30.

<sup>370</sup> Permítasenos aquí una extensa cita de Herrera Flores, J., *Los Derechos humanos....*, op.cit., págs. 227-228. En este sentido el autor propone una lectura sintomática que se enfrente a la "ideología mundo", desde el terreno de la ideología. De este modo, la falacia ideológica, no retoma los lastres de la naturalista de Hume, "sino que, asimismo, se amplía hacia otras esferas. En términos muy generales, esta falacia ideológica intenta presentar como una cuestión de lógica racional lo que no es más que un producto ideológico y político de claras motivaciones conservadoras del status quo impuesto por las relaciones del capital. En primer lugar, la falacia ideológica incluye una reinterpretación de la falacia naturalista, la cual, no debe entenderse como el intento de traspasar los límites del *es* para llegar al *deber ser*, sino, al contrario, presentar un *deber ser* como si fuera un *es*. Es con esta segunda operación como se logra naturalizar lo que no es más que una propuesta normativo-ideológica y presentarla como lo racional y lo lógico. Cuando por ejemplo se afirma que con sólo pensar racionalmente se llega ineluctablemente a la formulación de principios de justicia que influyen en la distribución social de los bienes, se está cayendo en esta primera esfera de la falacia ideológica que se denomina falsamente como falacia naturalista: se naturalizan unas determinadas premisas ideológicas y se bloquea toda posibilidad de que lo real, el *es*, pueda *ser de otra manera* de lo que ellos proponen. Asimismo, la falacia ideológica tiene otra esfera de acción. Es lo que podríamos denominar la falacia normativista, y que surge como consecuencia necesaria del proceso de naturalización de una ideología. Al convertir un determinado *deber ser* en un *es*, éste se presenta a sí mismo como *lo que tiene que ser*. Con lo que el proceso de la ideología-mundo basado en la falacia ideológica se cierra sobre sí mismo y puede autopresentarse ante cualquier forma de vida como lo universal y lo racional, sean cuales sean los elementos del contexto que primen en un determinado momento espacio-temporal. Por un lado, se naturaliza un *deber ser* y, por otro, se normativiza un *ser*, previamente condicionado y predeterminado por el *deber ser*". Esto último será el punto de partida para la propuesta dogmática de Jakobs, de un *derecho penal del enemigo* que será objeto de análisis en el Capítulo 4.

legitimarse remitiendo su sabiduría a un depósito de saberes en los que el dato, la interpretación y la moralidad quedaban subsumidos en una historia que oficiaría de lazo común que era *convencionalmente* admitido.<sup>371</sup>

Por el contrario, la entrada en la era moderna clásica se ve signada no sólo por una especialización de los saberes y los discursos sobre la realidad,<sup>372</sup> sino también por un proceso paralelo de diferenciación interna en cada una de las “zonas” de esa misma realidad.<sup>373</sup> Así la sociedad se desdobra en distintos ámbitos funcionales, en distintos órdenes de la vida, como la economía, la religión, la ciencia, el Derecho, etc. Cada uno de estos sistemas parciales configura un modo específico y propio de solucionar los problemas. “Mediante la concentración en una dimensión única del problema se posibilita, por una parte, un incremento de los rendimientos inmanentes de cada sistema, y por otra, estos sistemas van separándose siguiendo su autonomización, de manera que ya no existe ninguna instancia de racionalidad metasocial adecuada a la complejidad real de la sociedad.”<sup>374</sup>

Siguiendo a Bauman<sup>375</sup> podemos decir que la existencia es moderna en tanto es efectuada y sustentada por el *diseño*<sup>376</sup>, *la manipulación, la dirección, la*

---

<sup>371</sup> Véase el análisis efectuado por Florez Miguel, C., *Mundo técnico y humanismo. Acto de apertura del Curso 1994-95*, Universidad de Salamanca, 1994, en especial, págs. 21 ss., cuando en “La crisis de la tradición humanista: La revolución industrial y el triunfo de la tecnociencia”, afirma que “en la modernidad la cultura se entendió como un proceso de formación del individuo que partiendo de su centro anímico va constituyéndose subjetivamente como individuo al subjetivizar, integrándolos en la vida del alma, los objetos del mundo que otros individuos han ido creando como algo humano diferenciado de la naturaleza: los valores culturales”, donde el resultado del proceso de subjetivización de los valores culturales consiste precisamente en la formación de la individualidad.

<sup>372</sup> Véase *supra* 1.1.

<sup>373</sup> Cobrando corporeidad la tesis de Horkheimer y Adorno, cuando afirman que la razón, en un impulso de autoconservación salvaje, renuncia al saber, sustituyéndolo por conocimiento técnico que permita obtener mayores cuotas de utilidad.

<sup>374</sup> Cfr. Beriain, J., “Genealogía sociológica de la contingencia: del destino dado metasocialmente al destino producido socialmente”, en Ramos Torre, R., /García Selgas, F., (eds.), *Globalización, riesgo y reflexividad...*, op.cit., pág. 230.

<sup>375</sup> Bauman, Z., *Las consecuencias perversas de la modernidad*, op. cit., págs. 81 ss.

<sup>376</sup> Como sostiene Bauman, Z., *Vidas desperdiciadas*, op.cit., págs. 38-39 “en lo tocante al diseño, la mentalidad moderna no tenía parangón. Los diseños eran un artículo del que las sociedades modernas y sus miembros nunca estaban faltos. La historia de la era moderna ha sido una larga retahíla de diseños contemplados, intentados, perseguidos, ejecutados, fallidos o abandonados. Los diseños fueron numerosos y diferentes, pero cada uno de ellos retrataba una realidad futura distinta de la conocida por los diseñadores. Y dado que “el futuro” no existe en tanto en cuanto permanece “en el futuro”, y dado que al tratar con lo no existente uno no puede “poner las cosas claras”, no se contaba por anticipado, y mucho menos con certeza, cómo habría de ser el mundo que emergería en el otro extremo de los esfuerzos de construcción... La consecución de un bien mayor tiene su precio: junto con sus beneficios, está destinada a acarrear consecuencias tan indeseables como impredecibles, si bien éstas suelen relativizarse o ignorarse en la fase de diseño con el pretexto de la nobleza de las intenciones globales. Los diseños están plagados de riesgos; en el transcurso de la modernidad, una parte cada vez mayor del celo diseñador y de los

*ingeniería*. La existencia es moderna en tanto *producto* de la invención gracias a la tecnología y el conocimiento con que se cuenta. Se fue enraizando la concepción que sostiene que el conocimiento y la productividad van de la mano, y a medida que se fueron ampliando los campos y disciplinas del saber, dejando atrás las limitaciones de anteriores concepciones cosmológicas, mágicas y arcaicas, éstas son substituidas por otro paradigma que tiene su esquema lógico fundamental en la producción de diferenciaciones dicotómicas a fin de ordenar el mundo binómicamente, donde se parte del término de la negación para dar contenido al de la positividad, todo ello bajo las directrices del cálculo racional.

Ello debido a que la razón moderna no legisla sobre fines sino que se limita a la reproducción de sus instrumentos cuya capacidad persuasiva reside en la identificación respecto de su buen funcionamiento y de la pretensión de *neutralidad* que se le atribuye. Este tipo de racionalidad otorga legitimación a la forma burocrática de gobierno y muestra, en plena modernidad -en las realidades políticas del siglo XX-, una quiebra radical en los valores.

Como hemos puesto de relieve en epígrafes anteriores,<sup>377</sup> la globalización provoca la ruptura de la concepción clásica de que la posibilidad de ser de la sociedad radicaba en el Estado y, con ello, cuestiona la teoría de la diferenciación funcional, ya que la unidad del Estado y sociedad -en la sociedad nacional estatal- ha sido el presupuesto histórico implícito de dicha teoría. La diferenciación funcional sólo era predicable, a lo sumo, de una sociedad mundial entendida como sociedad internacional/interestatal, pero no de una sociedad transnacional como la actual.

Es por ello que la mentalidad moderna, proponiendo como paradigma la división funcional orientada por el ideal de progreso, junto con el intento tenaz de desprenderse de la tradición, ha abrigado el proyecto de reemplazar la historia por la legislación, esto es, sustituir por normas legales dotadas de coherencia lógica las incontables leyes de la historia.<sup>378</sup> La razón moderna es, en este sentido, la razón legislativa, es decir, (valga la redundancia) que los esfuerzos de la razón legislativa moderna se basan en combatir la ambigüedad con normas legales que hagan predecibles y pronosticables los eventos futuros; imbuidos en el paradigma científico del positivismo, la ley encuentra su *raison d'être* en criterios de causalidad,<sup>379</sup> donde a determinados presupuestos les corresponden determinadas respuestas taxativamente establecidas.

---

esfuerzos invertidos en la realización de diseños venía alentada por el anhelo de desintoxicar, neutralizar o quitar de la vista los “daños colaterales” causados por el diseño pasado.

<sup>377</sup> Véase puntos 1.5; 1.6.

<sup>378</sup> Cfr. Lewkowicz, I., *Pensar sin Estado...*, op.cit., págs. 50 ss.

<sup>379</sup> En este sentido, De Sousa Santos, B., *Crítica de la razón...*, op.cit., pág. 158 plantea que el orden positivista ostenta carácter jánico debido a que de manera simultánea se expresa una regularidad observada y una forma regularizada de producir la regularidad, lo que explica que exista tanto en el orden natural como en el orden social, y afirma que “Gracias al orden positivista, la naturaleza puede tornarse previsible y cierta, de forma que pueda ser controlada, mientras que la sociedad

Asimismo, la construcción epistemológica y subjetiva de la individualidad es esencial para la construcción de la modernidad. El solipsismo “individuo universal” debe construir el nuevo orden, el artificio del Leviatán que conserva la vida y decide la muerte de sus súbditos.<sup>380</sup> Esta *aparente contradicción* es la que define al proyecto moderno y el problema del orden. El orden bajo estas premisas debe necesariamente ser construido como algo artificial, porque sólo de esta manera puede ser algo disponible por una subjetividad abstracta que lo funde. El orden artificial del Derecho se erige como un *a priori* necesario, si bien es producido por los individuos, por otro lado, éstos son sujetos de derecho porque esta cualidad viene otorgada por el ordenamiento.

La construcción del individuo como sujeto de derecho permite romper los vínculos estamentales de las sociedades tradicionales, a la vez que se niegan las determinaciones económicas que dividen entre poseedores y no poseedores. En la mediación oficiada por el mercado encontramos individuos libres para contratar; por un lado, el propietario de los medios de producción y, por el otro, el trabajador que ofrecerá su fuerza de trabajo; la relación jurídica que emerge como la ficción que neutraliza las diferencias y las interpreta como cuestiones de hecho susceptibles de ser soslayadas en tal relación.<sup>381</sup>

La constitución de la subjetividad abstracta<sup>382</sup>, el derecho de propiedad como asequible a cualquiera mediante la configuración “libre” del contrato de intercambio, son figuras esenciales para opacar las diferencias que subyacen y sobrevivirán a la igualdad proclamada. Es decir, “el principio del sujeto abstracto coincide con el cumplimiento de la igualdad de todos los ciudadanos ante la ley, entendida en sentido puramente formal y prescindiendo de cualquier referencia a

---

será controlada para que pueda tornarse previsible y cierta. Esto explica la diferencia, pero también la simbiosis, entre las leyes científicas y las leyes positivas”, *ibidem*, pág. 159.

<sup>380</sup> Véase *supra* 1.2.

<sup>381</sup> Cfr. Barcellona, P., “*La teoría de sistemas.....*”, *op.cit.*, págs. 18 ss.

<sup>382</sup> En este punto señala De Lucas, J., *El desafío de las fronteras. Derechos humanos y xenofobia frente a una sociedad plural*, Temas de hoy, Madrid, 1994, pág. 43, que “el problema es, precisamente, que, en el esfuerzo de abstracción por conceptualizar los Derechos del ser humano (el hombre desnudo), se produciría un sujeto vacío, un sujeto contrafáctico e inexistente. Esa concepción abstracta del ser humano como individuo representó un papel progresista, como instrumento resolutivo frente a los privilegios y las jerarquías del *ancien régime* y, sobre todo, para la consolidación de los Derechos humanos. En efecto, desprovistos de toda cualificación que no sea la condición básica de persona, todos los hombres aparecen iguales, de forma que pierden sentido los instrumentos de desigualdad y, aún más, la institucionalización política de la misma que era el principio de la monarquía absoluta. Sin embargo, el proceso de abstracción tenía un coste. Como ha demostrado Lukes, “el concepto abstracto de individuo se opone directamente a todas las experiencias recogidas por la sociología, la antropología social y la psicología social... la concepción abstracta del individuo es doblemente inadecuada: primero, porque de hecho forma la base de una determinada visión ideológica, de una cierta clase de sociedad y sus relaciones sociales; y segundo, porque representa una visión primitiva y asociológica, o presociológica, de la naturaleza del individuo. De esta forma se posibilitan vías de exclusión.”

desigualdades económicas y sociales que, en cuanto tales, carecen de relevancia jurídica.”<sup>383</sup>

Por lo tanto, la sociedad moderna queda representada como una sociedad de mercado, donde interactúan los individuos –libres e iguales- en el intercambio de bienes económicos a fin de propender a la satisfacción de sus necesidades. Estas interacciones son reguladas por el ordenamiento jurídico que es la concretización en lo real de la “personalidad” del Estado.

Todo ello es posible en virtud del vaciamiento del sentido que anteriormente tenía el individuo como perteneciente al grupo social, a la comunidad, de la que derivaban las características del individuo. Al momento en que el imaginario moderno construye al individuo como uno libre e independiente que entra en relación con los otros exclusivamente en virtud de los marcos establecidos en las leyes erige al Estado como comunidad abstracta que detenta el monopolio legal de la fuerza, una máquina “representativa.”<sup>384</sup> Como sostiene Barcellona “el imaginario moderno *sustituye* el vínculo social por la relación jurídica, la colectividad por el Estado, y la búsqueda de la verdad y la justicia por el cálculo racional, la razón instrumental.”<sup>385</sup>

En la sociedad moderna el individuo es considerado aisladamente y lo social se establece a través de la juridización de las relaciones entre ellos, a partir del Derecho y de la capacidad que éste les asigna de poder “convenir” ciertos acuerdos y relaciones que a su vez podrán ser invocados frente al ejercicio monopólico de la fuerza para su efectivo cumplimiento.<sup>386</sup>

La soberanía moderna diseñaba la libertad enmarcándola en los términos de una ley engendrada racionalmente como producto de la oposición a la incontrolable voluntad humana precontractual del estado de naturaleza hobbesiano (la multitud), donde el concepto de libertad, ceñido a las condiciones de un poder legislativo concentrado y desarrollado en las instituciones, operó como parámetro para ir constituyéndonos como sujetos del Estado nación (pueblo). Actualmente, se resiente el estatuto de la libertad,<sup>387</sup> entendida y programatizada a partir del axioma moderno de acabar con la multiplicidad de intereses que engendra la multitud.<sup>388</sup>

En efecto, tanto el principio de libertad-igualdad como el principio de propiedad, configuran el terreno analítico desde el cual definir a la modernidad como un proyecto que en sus orígenes parte de aporías y contradicciones que no son dialécticas, sino insalvables.<sup>389</sup> La aporía intrínseca<sup>390</sup> que se revela entre la

---

<sup>383</sup> Lewkowicz, I., *Pensar sin Estado...*, op.cit., pág. 25.

<sup>384</sup> Véase *supra* 1.10.

<sup>385</sup> Cfr. Barcellona, P., “*La teoría de sistemas...*”, op.cit., pág. 13.

<sup>386</sup> De Lucas, J., *El desafío de las fronteras*, op. cit., págs. 44-45

<sup>387</sup> Bauman, Z., *Comunidad. En busca de seguridad en un mundo hostil*, (trad. J. Alborés), Siglo XXI, Madrid, 2003, en especial págs. 11-12, 26, 30-32.

<sup>388</sup> Negri, A., *La fábrica de porcelana*, op.cit., pág.29.

<sup>389</sup> Cfr. Herrera Flores, J., *Los Derechos humanos...*, op.cit., pág. 196

igualdad formal y la material son la prueba de la contradicción que habita en el seno de la modernidad: por un lado la transformación de cualquier referencia a lo natural en términos funcionales y operativos (racionalidad instrumental) que convierte al Derecho y al Estado en meras organizaciones funcionales con el sistema de satisfacción de necesidades – a través del mercado-, cuando por otro está la necesidad de legitimar la función de ambos en la libertad e igualdad de los individuos como fundamento de lo social.

En este sentido, la igualdad formal es la evidencia sacra de un gran orden artificial que sustituye al orden precedente, basado en su presunta naturalidad, y estatuye “por primera vez la articulación de las diversas esferas en que se diferencian las relaciones sociales: la esfera de la política y la esfera de la economía.”<sup>391</sup>

Sin embargo, a medida que el funcionamiento del mercado se hace menos “invisible”, el Estado estará obligado a intervenir en la economía, al tiempo que se diluyen los términos de la anterior autonomía entre política y economía. La crisis de la década de los años 30 del siglo pasado y el surgimiento del Estado comunista hacen que el conflicto social entre propietarios y no propietarios insida en la transformación del Derecho de igualdad formal. El formalismo jurídico de Kelsen explica la norma como un modelo de conducta provista de una sanción para el caso de incumplimiento, fundando tal abstracción en el axioma que establece que el Derecho regula su propia creación y se convierte en la medida universal que oculta las diversas existencia particulares, lo cual promueve la unificación de una sociedad atomizada, de manera de evitar que el “politeísmo de los valores” conlleve un desorden y caos permanentes. Como veremos en el próximo capítulo, en la teoría schmittiana, el vacío dejado por la grieta emergente entre decisión y norma se colma gracias a la capacidad de la producción normativa de reproducir las instancias de legitimidad; en palabras de Barcellona “lo que el Derecho realiza en su configuración moderna parece casi un evento milagroso en el desarrollo de las sociedades humanas: unir y separar a la vez, mantener como posible la división y la atomización de la sociedad concebida como sociedad de individuos independientes y, al mismo tiempo realizar su unificación, alcanzar esa unidad que permite identificar la sociedad como código.”<sup>392</sup>

---

<sup>390</sup> Porque como afirma De Sousa Santos, B., *Crítica de la razón.....*, op.cit., pág. 164, “Este período se comenzó por distinguir, en el paradigma de la modernidad, entre las promesas que podían y las que no podían ser cumplidas en una sociedad capitalista dinámica. Seguidamente se concentró en las primeras e intentó, a través de la socialización y de la inculcación cultural, eliminar las segundas del universo simbólico de la praxis social y cultural. En otras palabras, comenzó por reconocer la idea de que el déficit en el cumplimiento de las promesas era inevitable e irreversible, para después eliminar la propia noción de déficit. En el campo jurídico, este período se caracterizó por la hipertrofia inédita de la utopía automática de ingeniería social a través del Derecho, en nombre de la cual se redefinieron el cientificismo y el estatalismo del Derecho.”

<sup>391</sup> Barcellona, P., “*El vaciamiento del sujeto y el regreso del racismo...*”, op.cit., pág. 120.

<sup>392</sup> Barcellona, P., “*La teoría de sistemas...*”, op.cit., pág. 17.

Sin el formalismo jurídico, política, economía y sociedad volverían a confundirse en una relación única y cualquier conflicto acabaría abarcando toda la gama y todo el campo de las relaciones humanas. Así lo jurídico permite la articulación de los diferentes sistemas situándolos bajo la *Grundnorm*, un artificio que no cuenta con nada más que la contingencia de esa hipótesis, quedando a la deriva de la *substancia* que elimina. En términos de Barcellona “la despersonalización se produce en la norma, pero no en la substancia, ya que en la substancia la contingencia que sostiene el artificio de la igualdad *en droit* o bien es un hecho o bien es, más brutalmente, la revolución política que instituye el artificio. En última instancia, la política se ha retirado a una esfera autónoma, puede disponer del orden jurídico, y puede incluso suspenderlo o deformarlo.”<sup>393</sup>

Con todo, el formalismo de la igualdad ante la ley pide ser transferido al momento de la creación normativa, porque es a través de la democracia que pretende alcanzarse la igualdad material, a partir de crear instancias mediadoras para la distribución de la riqueza; ya que, como Bauman afirma, “la modernidad tiene la extraña capacidad de minimizar el autoanálisis; envuelve los mecanismos de autorreproducción en un velo de ilusión sin el cual dichos mecanismos, siendo lo que son, no podrían funcionar adecuadamente. La modernidad debió entonces ponerse metas no alcanzables con el propósito de alcanzar lo que le fuera posible.”<sup>394</sup>

De este modo podemos afirmar que el fracaso de la estrategia moderna se produce desde sus mismos términos. Su indeclinable propósito de construcción de orden, su influencia conservadora y restrictiva, se ve enfrentada con otros aspectos de la modernidad que remiten a una naturaleza opuesta; la dinámica implícita en el progreso y el conocimiento. Sin embargo, actualmente nos encontramos en un mundo postfoucaultiano.<sup>395</sup> Según Foucault, son dos los modos de ejercicio de poder que, de manera interpenetrada, se dan coexistencia: el poder disciplinario, basado en las ciencias y el declinante poder jurídico, centrado en el Estado y el Derecho. Hoy día, estos poderes no sólo se encuentran fragmentados y desorganizados sino que coexisten con otros poderes.<sup>396</sup>

El poder disciplinario resulta ser cada vez más un poder “indisciplinario” a medida que las ciencias van perdiendo seguridad epistemológica y se ven obligadas a trazar nuevas divisiones del campo del saber entre conocimientos -a veces rivales-, capaces de configurar nuevos poderes. Mientras que el Estado pierde centralidad, el Derecho se diversifica entre múltiples legisladores fácticos (*lex mercatoria*, y las entidades surgidas de Breton Woods, la Unión Europea, etc.)

---

<sup>393</sup> Barcellona, P., “El vaciamiento del sujeto y el regreso del racismo...”, op.cit., pág.121.

<sup>394</sup> Cfr. Bauman, Z., *Ética postmoderna*, (trad. Ruiz de la Concha), Siglo XXI, Buenos Aires, 2004, pág. 9.

<sup>395</sup> Cfr. De Sousa Santos, B., “Reinventar la democracia”, op.cit., pág. 345.

<sup>396</sup> Véanse Rodrigo Hernández, M., “Comportamiento social, desviación, marginalidad y delincuencia”, en Pérez Alvarez, F., *Serta. In memoriam Alexandri Baratta*, op.cit., págs. 618 ss.; Medina Ariza, J., “Discursos políticos sobre seguridad ciudadana en la historia reciente de España”, ibídem, págs. 1304 ss.



que, en virtud de su poderío económico, logran disputarle al Estado el monopolio de la producción normativa, situación que acaba por producir la transformación de lo fáctico en norma,<sup>397</sup> como mecanismo de aseguramiento de su propia funcionalidad.

### 1.12. Crítica al discurso de la modernidad

El campo de “lo político” en la postmodernidad se presenta como una disolución de la ontología política que se había construido en torno del concepto de soberanía. En este sentido habremos de analizar la grieta producida por la emergencia del poder biopolítico de las sociedades de control frente a las concepciones modernas<sup>398</sup> y su correspondiente producción de subjetividad a partir de las relaciones de los sujetos con el poder. Esta producción es explicada por Deleuze como la aceleración progresiva de las relaciones entre el biopoder y la realidad biopolítica que permite cartografiar el desplazamiento de la disciplina hacia el control. Así, la modernidad se ha construido bajo el paradigma de la razón instrumental, la creación de un orden normativo a través del cual se establece el carácter “civilizatorio” que se atribuye este pensamiento. Esto se concreta a través del intento de dominación de la naturaleza para la creación de un orden artificial. El discurso moderno, estructurado a partir de la idea de progreso y de la liberación humana, ha sido criticado, entre otros por Nietzsche, al definir a la razón como *voluntad de poder*.<sup>399</sup>

Así las cosas, la noción de biopolítica nos permite construir estrategias de pensamiento por fuera de “la naturaleza” para analizar los procesos de subjetivación y de relaciones de poder y, a cambio, construir un pensamiento que permita salir de la “artificialidad” entendida, junto con Negri, como rechazo de todo fundamento natural.

La búsqueda, al estar orientada por conceptos nietzscheanos, permite ir descartando la posibilidad de fenómenos ónticos o morales, o la sucesiva prédica ontológica de verdad o falsedad, impidiendo establecer disyunciones entre lo bueno y lo malo *tout court*, donde tan sólo, desde su nihilismo, cabe preferir lo útil o lo superior, rompiendo así con la fe dedicada por los modernos a la verdad.<sup>400</sup>

---

<sup>397</sup> Esta transformación dará lugar al estudio, en el Capítulo 4, de las derivas dogmáticas y político-criminales del “derecho penal del enemigo.”

<sup>398</sup> Negri, A., *La fábrica de porcelana*, op.cit., pág. 29.

<sup>399</sup> Retomando los argumentos nietzscheanos, Gil Villa, F., *Individualismo y cultura moral*, Centro de Investigaciones Sociales, Madrid, 2001, págs. 62-63, afirma que por un lado “lo bueno y lo malo son muy humanos, es decir, que no tienen naturaleza divina. Esta idea se complica al añadir que, además, son muy sociales, es decir, que las cosas no nos dicen cómo actuar bien o mal sino las personas, las personas agrupadas, por tanto los grupos sociales que tienen el poder”.

<sup>400</sup> Nietzsche, F., *Así habló Zarathustra*, (introd., trad. y notas Sánchez Pascual), Alianza, Madrid, quinta reimpresión, 2002, en especial, págs. 207 ss.

Otro autor que pone en jaque en el siglo XX la idea de progreso como directriz de la razón es Martin Heidegger, que explora la posibilidad, a partir de la cual pretende la recuperación del discurso de la filosofía. Este autor consideró que la lucha por el dominio de la tierra y la explotación de los recursos humanos, en pos de una ilimitada voluntad de poder, expresan un monopolio de la racionalidad basada en el cálculo y en la técnica. La propuesta del autor reside en la tarea de recobrar el pensamiento filosófico como instancia para poder recuperar la razón.<sup>401</sup>

En su obra “La dialéctica de la Ilustración”, Adorno y Horkheimer, desarrollan la tesis que resalta la paradoja interna que atraviesa el proyecto moderno, ya desde sus inicios, un proyecto que en virtud de radicalizar el poder y la razón secularizados, depurados de todo vestigio mítico, recae *sísifamente* en los errores que pretendía evitar, volviendo así a la situación de partida, esto es la estupidización del hombre.<sup>402</sup> El proyecto de la modernidad consistía en que a través del orden, de la razón y del cálculo económico, se consumara un sujeto autónomo, crítico, libre e igual con el fin de consolidar nuevas formas de vida. Éstas tuvieron como objetivo la armonía y la perfección, dando lugar a un sujeto portador de un afán inusitado por *la destrucción de los dioses y de las cualidades*<sup>403</sup> que eran las características de las comunidades premodernas. Sin duda, bajo el sentido de la modernidad, los hombres se proponen dominar la naturaleza al precio de una represión interna, es decir que la propia razón destruye lo que la humanidad posibilita, mediante la renuncia al saber, lo relega a mera utilidad técnica.

En el ámbito de la sociología también se advierte este tipo de reflexión crítica de la mano de Weber que, con talante pesimista, hablaba del orden económico moderno “ligado al estado técnico y económico de la productividad mecánica maquinista, señala en la actualidad, con una energía irresistible, el modo de vida de los seres que ven su primera luz en él sin exclusión de nadie, tomen o no parte en su actividad (...) La preocupación por los bienes terrenos no habría de abrumar lo más mínimo el ánimo de sus santos, a lo sumo sentirla tan ligera como si sobre los hombros se llevara “un manto liviano, del que pueden desprenderse en cualquier momento. Pero el destino quiso que el manto se transformara en jaula de hierro (...) Hoy el espíritu del ascetismo religioso (...) ha escapado de la jaula. Pero el capitalismo triunfante, como se sustenta en bases mecánicas ya no necesita su apoyo (...) Nadie sabe quién vivirá en esa jaula en el

---

<sup>401</sup> Véase más ampliamente el desarrollo de estas ideas en Vattimo, G., *Introducción a Heidegger*, Península, Barcelona, 1996, págs. 86 ss.

<sup>402</sup> Ya con Marx había comenzado la observación del movimiento moderno como uno con características dialécticas, que lleva a considerar vanos los esfuerzos por una evolución progresiva y por una emancipación progresiva, porque tanto una como otra generan sus contrapuestos.

<sup>403</sup> Adorno, T.W., y Horkheimer, M., *La dialéctica de la Ilustración*, Buenos Aires, Sudamericana, 1987, págs. 20 ss.

futuro o si al final de este desarrollo tremendo surgirán profetas completamente nuevos, o habrá un gran renacimiento de viejas ideas o, si la petrificación mecanizada se embellecerá con una suerte de autoimportancia convulsiva. Porque del último estadio de este desarrollo cultural, cabría muy bien decir con certeza: “Especialistas desprovistos de espíritu, sensualistas desprovistos de corazón; estos ineptos imaginan que han alcanzado un grado de civilización superior a todos los anteriores.”<sup>404</sup>

Metodológicamente podemos organizar la crisis del pensamiento moderno al presentarlo en tres segmentaciones simultáneas: la metamorfosis de la organización del trabajo (postfordismo); las mutaciones en la soberanía del Estado nación (poder de policía y excepción) y las nuevas relaciones y estructuras que se están desarrollando en el movimiento de los procesos globales (sociedad disciplinaria-sociedad de control). Por éstas irá a discurrir el análisis que proponemos a continuación y en los capítulos que siguen como estrategia de pensamiento del cambio en el estatuto de la ley penal.

### 1.12. a. Los efectos de la racionalidad instrumental moderna

En virtud de lo que venimos exponiendo, creemos oportuno hacer una referencia breve a la racionalidad instrumental y cómo su lógica está produciendo un deterioro progresivo de los derechos sociales, económicos, culturales y políticos en el ámbito de la transformación del Estado de bienestar al Estado postmoderno a través del estado de excepción y del poder policial como forma de gobierno biopolítica.<sup>405</sup>

En efecto, se distingue entre una racionalidad de los medios y una racionalidad de los fines. La racionalidad de los medios, por lo menos desde la Escuela de Frankfurt, es denominada “razón instrumental”. Ésta es la que se halla al servicio de otro tipo de razón o al servicio de fines o intereses sin importar si se puede calificar a estos últimos como racionales o no. La razón instrumental está subordinada a la funcionalidad.<sup>406</sup>

Esta última no sería otra cosa que la racionalidad de los recursos. La asignación de los mismos y su organización están subordinados a un fin que no es racional ni razonable: la expansión infinita del (seudo) dominio, (seudo) racional; concretamente: la expansión infinita de la producción, justificada por la expansión infinita que el consumo permitiría, como presupuestos básicos del capitalismo.

---

<sup>404</sup>Weber, M., *La ética protestante y el espíritu del capitalismo*, op.cit., pág. 25.

<sup>405</sup> Véanse los presupuestos de la propuesta de Wacquant, L, *Las cárceles de la miseria*, op.cit., *pássim*, del mismo *“Penalización de la miseria y proyecto político neoliberal...”*, op.cit., *pássim*.

<sup>406</sup> Guariglia, O., *Ideología, verdad, legitimación*, Fondo de Cultura Económica de Argentina, Buenos Aires, 1993, págs. 30 ss.

El desarrollo del capitalismo en Europa Occidental va de la mano de la composición del Estado moderno que, al burocratizarse, dota de orden que sustituye al anterior de carácter estamental del feudalismo.<sup>407</sup> La jerarquización burocrática como parangón del orden dotará de las estructuras a las empresas capitalistas nacieses asimismo, generará una mutación antropológica fundamental: la motivación económica tiende a suplantar a todas las otras. El hombre deviene *homo oeconomicus*<sup>408</sup>, *homo computans*. La racionalidad está teñida del cálculo, el pronóstico y la ganancia.

La racionalización, concebida exclusivamente de forma cuantitativa, funda el arquetipo del funcionamiento de los Estados nacionales representativos. Concomitantemente con ello, la confianza en la razón, la confianza en un orden del mundo y la confianza en el progreso engendraron un tipo particular de institución, esto es, la institución racional o burocrática. El Estado como dador de orden frente al caos.<sup>409</sup> Su organización está fundada en que toda su operatoria es susceptible de ser de antemano calculable racionalmente, lo que se traduce en los organigramas, reglamentos, estatutos, en los cuales se concentra la suma del saber institucional desde el cual es deducible en cada instante qué debe hacer cada agente para afianzar la institución en la circunstancia particular.<sup>410</sup>

Castoriadis afirma, en concordancia con lo anterior, que “el capitalismo es el primer régimen social que produce una ideología según la cual sería

---

<sup>407</sup> Como sostuvieron ya en la primera mitad del siglo pasado Rusche, G., /Kirchheimer, O., *Pena y estructura...*, op.cit., pág. 13, “el capital reclama el Derecho de asumir el papel predominante en el trazado de la organización económica, conforme a sus propios requerimientos. Estas nuevas fuerzas, si bien no alteran el aspecto formal de las instituciones existentes, cambian su espíritu y condiciones de funcionamiento. Las corporaciones en las grandes ciudades, anteriormente una barrera para la introducción del capital, se convierten en un instrumento para consolidar su poder. Las reglas de las fraternidades enmascara la división de sus miembros en una plutocracia de comerciantes protegidos por barreras que ninguno, excepto los artesanos más acaudalados, lograban superar, y un proletariado dependiente del crédito del capital de sus patrones para su supervivencia.”

<sup>408</sup> Se hace eco de esta denominación dentro del ámbito del Derecho penal Kuhlen, ZStW 105, 1993, 810 y GA 1994, pág. 364, citado por Prittwitz, C., “Sociedad de Riesgo y Derecho penal”, en Arroyo Zapatero, L., /Neumann, U., / Nieto Martín, A., *Crítica y justificación del Derecho penal en el cambio de siglo. El análisis crítico de la Escuela de Frankfurt*, op.cit., pág. 286.

<sup>409</sup> Este término puede ser utilizado como desorden o confusión, así la racionalidad calculante del capitalismo pretende “orden y predicción” a partir de los postulados del progreso. Pero es dable destacar y tal vez sea éste el sentido que subyace a toda la construcción de la lógica racional, que el término caos, proviene del verbo griego *chasco*: vacío. Sería entonces plausible configurar una sinonimia entre desorden y vacío. El querer ordenar, el querer controlar y administrar ese vacío. *El terror vacuis*, el miedo más viejo del hombre. Pareciera que en la actualidad, este vacío vuelve a hacerse presente, casi fosforece, ante la caída del paradigma moderno del orden y del control. ¿Vacío que pretendemos evacuar victoriantemente mediante el consumo y la reglamentación exhaustiva por parte de la administración, y la exclusión de grandes cuotas de seres humanos no funcionales de la sociedad?

<sup>410</sup> Cfr. Lewkowicz, I., *Pensar sin Estado...*, op.cit., pág. 44.

racional”,<sup>411</sup> cuya aparición marca un triunfo de la razón en la historia y relega los regímenes anteriores a la oscuridad de lo primitivo. Es la exaltación de la razón. La legitimación de los otros tipos de institución de lo social era a veces mítica, religiosa, tradicional, etc., pero la del capitalismo se pretende racional y se vuelve así indiscutible. Según Marx, la razón es la operación de conformidad con una meta, pero ¿qué ocurre con la racionalidad de la meta?, la racionalidad circunscrita a los medios, la razón instrumental, no tiene valor en sí misma, ya que entonces quedaría justificada en nombre de aquella la utilización de cualquier medio, en tanto que eficaz para alcanzar lo prefijado, sin posibilidad de analizar el carácter racional –o no- del objetivo final.

A *contrario sensu*, con la proyección de la razón práctica al plano socio político se establece un estrecho vínculo entre ésta y la génesis de los procesos de formación de la opinión y de toma de decisiones colectivas, vínculo que opera como parámetro crítico de la razonabilidad de aquéllas y como ordenador de las instituciones jurídicas y políticas que emanan de dichos procesos. En este sentido, la idea misma del Estado de Derecho, sus principios y garantías, puede ser entendida como un imperativo de la razón práctica volcada sobre el plano político- jurídico. Por eso es que el olvido de la razón práctica en este plano conduce, sistemáticamente, a sacrificar el baremo de racionalidad en los procesos de formación de la opinión y de toma de decisiones colectivas;<sup>412</sup> ello debido a que, sin este parámetro crítico, se corre el riesgo de perder el norte, y abandonarse a posiciones irracionalistas o a una suerte de razón puramente instrumental.

En este sentido, toda sociedad instituye, simultáneamente, su institución y su legitimación. Evidentemente la racionalidad que le otorgamos al capitalismo la efectivizamos a partir de la construcción de una determinada arquitectura institucional. Ninguna sociedad es factible si no fabrica una adhesión mínima de la mayoría de la población a sus instituciones y a sus significaciones imaginarias.<sup>413</sup>

La sociedad emergente de los siglos XVII y XVIII con su idea del hombre y de la naturaleza utilitaria e individualista ha configurado una civilización industrial tecnológica, racionalizada en términos burocrático-instrumentales. Esta racionalidad se ha manifestando separando los ámbitos individual y social –el

---

<sup>411</sup> Castoriadis, C., “Notes pour servir à une critique de la rationalité du capitalisme”, en *Revue Internationales de Psychologie, La Résistible Emprise de la Racionalité instrumentale*, vol. IV, núm. 8, 1997, págs. 31-51.

<sup>412</sup> Véase el tratamiento *in extenso*, *infra* punto 5.4.

<sup>413</sup> En este sentido Benjamin, W., *Iluminaciones IV. Para una crítica de la violencia y otros ensayos*, Taurus, Madrid, 1998, concibe la revolución como repetición en sus *Tesis de la filosofía de la Historia*. Aquella es una repetición que realiza una posibilidad oculta del pasado, de modo que sólo desde el punto de vista de un agente comprometido en una situación presente se puede tener una visión correcta de ese pasado, una visión que no lo perciba como un conjunto cerrado de hechos, sino como involucrando una posibilidad que fracasó o cuya realización fue reprimida. Asimismo, Žižek, S., *El espinoso sujeto...*, op.cit., págs. 29 ss.

individuo como propietario- produciendo una continua tensión entre ambos ámbitos.

En el ámbito individual, este tipo de racionalidad se ocupa de conseguir los medios necesarios para fines que no dejan de confundirse con los deseos e intereses privados. En el ámbito social lleva a la expansión de la organización burocrática dentro de una economía de mercado. Individualismo y burocratización son las dos caras de una misma moneda: la sociedad capitalista.<sup>414</sup> Weber describió al mercado como institución social, y en sus términos puede intuirse una suerte de profecía: “La comunidad de mercado, en cuanto tal, es la relación de la práctica de vida más impersonal en la que los hombres pueden entrar...cuando el mercado se abandona a su propia legalidad no repara más que en la cosa, no en la persona, no conoce ningún tipo de fraternidad ni de piedad, ninguna de las relaciones humanas originarias portadas por las comunidades de carácter personal. Todas ellas son un obstáculo para el libre desarrollo de la mera comunidad del mercado y de los intereses específicos del mercado.”<sup>415</sup>

Durante la Ilustración el despliegue de esta racionalidad alumbró diversas utopías de libertad y progreso.<sup>416</sup> Pero su materialización práctica ha sido una sociedad de producción eficiente, trabajo asalariado y consumo masivo que ha incumplido reiteradamente las esperanzas de autorrealización personal, libertad e igualdad y ha creado un proletariado insatisfecho y amplias capas desposeídas y marginadas. El conflicto estuvo presente desde los inicios de la sociedad capitalista, manifestándose tanto en el desarrollo simultáneo del capitalismo industrial y el movimiento de emancipación obrera, cuanto en las escisiones conceptuales del propio liberalismo.<sup>417</sup>

Si las características esenciales del capitalismo, como lo definió Marx, son la acumulación de fuerzas productivas combinada con la transformación sistemática de los procesos de producción y de trabajo y de lo que él llamó “la aplicación razonada de la ciencia en el proceso de producción”, actualmente, no se trata, como fuera en la primera etapa del capitalismo, tan sólo de la acumulación, sino y por sobre todo, de la transformación continua del proceso de producción en vistas del crecimiento del beneficio, combinado con una reducción de los costes -que constituye también un elemento decisivo-, todo ello a escala global, operando en red y a alta velocidad.<sup>418</sup>

---

<sup>414</sup> Ruiz Díaz, M.C., *Imágenes e ideas entorno al orden, la ley y el delito en la sociedad española actual*, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1989, págs. 92 y 93.

<sup>415</sup>Weber, M., *Economía y Sociedad*, op.cit., pág. 496.

<sup>416</sup> Véase Doménech, A., *El eclipse de la fraternidad. Una revisión republicana de la tradición socialista*, Crítica, Barcelona, 2004, en especial capítulo 2.

<sup>417</sup> Ver Rusche, G., /Kirchheimer, O., *Pena y estructura social*, op.cit., págs. 36-49.

<sup>418</sup> Véase entre otros, Castells, M., *La sociedad de la información*, op. cit. *pássim*; asimismo, *supra* puntos 1.3, 1.4, 1.5.

Podemos decir así que el imaginario social del capitalismo se construye a partir del empuje hacia la extensión ilimitada del “dominio racional” sobre los medios para conseguir “fines neutrales” de expansión del comercio y del consumo. Esto es lo que Weber llamará racionalización, la extensión del imperio de la calculabilidad que, bajo el capitalismo, tiende a apoderarse de todas las esferas de lo social y a mantenernos encerrados en *la jaula de hierro*.

De este modo, a través de la producción que los cambios de la técnica permiten, se instituye una racionalidad basada en el cálculo y la previsibilidad y en la idea de que el progreso no tiene fin. El panorama señalado hasta aquí intenta marcar las diferencias y contradicciones a las que se ve expuesta nuestra forma de concebir el mundo y, como consecuencia de ello, de su conceptualización.

Nos encontramos abismados ante el vacío de lo innumerable, de lo impensable, de lo irreconocible, en tanto que el mito fundante de la modernidad, cuya memoria inextinguible y atemporal liga las instancias más diversas de la sociedad bajo el soporte de una imagen unitaria del mundo y dota de sentido a su devenir futuro,<sup>419</sup> se convierte en una ficción que ya no interpreta las nuevas segmentaciones.

En este sentido, entre las improntas que produce la crisis de la idea moderna de soberanía, siguiendo la estructura analítica de Weber, podrían destacarse 1) elementos típicos del poder tradicional, 2) una tecnocratización privatizada de las funciones del Estado, 3) una racionalidad carismática que obtiene su fuerza de desarrollarse continuamente, una maquinaria ontológica de producción y reproducción, inmanente al campo biopolítico.<sup>420</sup> Como sostienen los autores de *Imperio*, “en su régimen de biopoder, la producción económica y la constitución política tienden a coincidir cada vez más.”<sup>421</sup>

### 1.13. Rearticulación del Orden: riesgo y vacío

El orden es la deontología del hombre moderno. El *orden como propósito* se destaca como el arquetipo que organiza a los restantes en virtud de los criterios que en definitiva harán a su articulación. En su *“Malestar en la cultura”* Freud expresa que “el orden es una especie de compulsión a repetir que, cuando se ha establecido una reglamentación de una vez y para siempre, decide cuándo, dónde y cómo debe hacerse una cosa, de modo que en toda situación similar se nos ahorran la vacilación y la indecisión.”<sup>422</sup>

---

<sup>419</sup> Sanchez Capdequí, C., “*Recursividad, ambivalencia y creatividad social*”, en Beriain, J., (coord.), *Las consecuencias perversas de la modernidad*, op.cit., pág. 267.

<sup>420</sup> Cfr. Hardt, M., /Negri, A., *Imperio*, op.cit., pág. 53.

<sup>421</sup> *Ibidem*.

<sup>422</sup> Cita reproducida por Bauman, Z., en *La sociedad individualizada*, op.cit., pág. 81.

Este clivaje subyace a toda la subjetividad moderna, en donde no encuentra consistencia el orden, sino en virtud de la negatividad expuesta en el caos, esto es, caos como negatividad del orden, representando lo que Bauman califica como *gemelos modernos*. A partir de la muerte de Dios anunciada por Nietzsche<sup>423</sup>, el vacío que sobreviene a aquella defunción, es saturado mediante el artificio de la razón. El hombre como eje del mundo al que pretende ordenar, en un intento esencial de dar fin a su *horror vacuis*. El sentimiento de horror al vacío que experimenta el hombre en virtud de la muerte de Dios como garante del orden universal, *genera la imperiosa necesidad de llenar de "orden y razón" al vacío*.

Vacío que pretende ordenarse en la conciencia moderna, cuando la conciencia, como señala Collins, aparece como la cualidad del orden percibido en las cosas. Este autor sitúa el surgimiento de la conciencia del orden, de la conciencia moderna, en un análisis hobbesiano, en los siguientes términos: *"Hobbes entendía que el fluir del mundo era natural y que el orden debe ser creado refrenando el flujo natural. La sociedad no es sino un reflejo trascendentalmente articulado de algo predefinido, externo y más allá de la existencia ordenada jerárquicamente. La sociedad refiere a una entidad nominal dispuesta por el Estado soberano que es su representación articulada (...) (Cuarenta años después de la muerte de Elisabeth) el orden pasó a ser comprendido, no como algo natural, sino artificial creado por el hombre manifiestamente político y social. El orden debe ser designado refrenando lo que aparece como ubicuo (es decir, el flujo) (...) El orden deviene un hecho de poder, y el poder un hecho de la voluntad, de la fuerza, del cálculo (...) Fundamental para la entera reconceptualización de la idea de sociedad era la conciencia de que la commonwealth, como orden que era, refería a una creación humana."*<sup>424</sup>

Este paradigma engendró un nuevo concepto de orden y, por tanto, un nuevo tipo de llamada a la razón y a la naturaleza: el hombre es definido como un sujeto capaz de pensamiento y decisión racionales. En este paradigma, razón llega a significar cálculo y la razón práctica es el cálculo inteligente de cómo abarcar fines que están más allá del cálculo de la razón. En el escenario del cálculo y la expansión capitalistas los fines fueron alejados del examen de la razón, es decir, *"la razón fue convertida de razón práctica en razón técnica."*<sup>425</sup>

### 1.13. a. El orden natural

Bajo aquellos postulados, los dispositivos del poder desplegaron una subjetividad recortada individualmente. El discurso jurídico se establece y transita apoyándose en una escisión previa que conceptualiza la artificialidad, lo cual *representó* que *"Razón y naturaleza fueron destronados como criterios*

---

<sup>423</sup> Nietzsche, F., *Así habló Zaratustra*, op. cit., pág. 12.

<sup>424</sup> Collins, S. L., *From divine cosmos to sovereign state: an intellectual history of conscienciousness and the idea of order in renaissance*, Oxford University Press, Oxford, 1989, pags. 4, 6,7, 28, 29,32, citado por Bauman en *Las consecuencias perversas de la modernidad...*, op.cit., pág. 79.

<sup>425</sup> Ver Ruiz Díaz, M.C., *Imágenes e ideas entorno al orden, la ley....*, op.cit., pág. 82.



últimos. No había ya un orden de cosas normativo evidente en la naturaleza de la que el hombre formaba parte, por lo cual, el motivo de la obligación pudo encontrarse en la naturaleza. Antes bien, la obligación política quedó afincada en una *decisión*, someterse a un soberano, dictada por la razón calculadora. Para un sujeto autodefinido la obligación sólo podía ser creada por su propia voluntad. De allí la gran importancia del contrato original.”<sup>426</sup>

La deducción de que el orden no era natural (estado de naturaleza) hizo posible el descubrimiento del orden como tal, como concepto en virtud del cual se organizaría la subjetividad del hombre moderno.<sup>427</sup> El orden surge como un problema, justamente en su génesis; mientras que el mundo premoderno vivía y construía sus prácticas al margen de esa organización maniquea, al margen del artificio de un orden creado por la razón. Sólo a partir de la época moderna aparece en forma explícita el problema del orden, surgiendo de modo paralelo a la fundamentación de la obligación política en las teorías del contrato social. Anteriormente, las representaciones simbólicas y justificaciones del orden revestían carácter mítico, religioso o eran parte integrante de filosofías de la naturaleza, donde quedaban identificados el buen orden con el orden natural.

Como pone de relieve Ruiz Díaz esta nueva forma de entender al hombre fue acompañada de otra manera de contemplar el orden social, donde la naturaleza y la sociedad se construyen desde un punto de vista instrumental, como medios para satisfacer el deseo humano.<sup>428</sup> El mundo físico y el mundo humano están interrelacionados y, al mismo tiempo separados, incluso el hombre alberga en su seno lo ambiguo que determina su naturaleza física y por otro lo libera, en virtud de una subjetividad paradójicamente arrojada al libre albedrío mientras es atravesada por los dispositivos de poder.

Sin embargo, la escisión moderna entre orden civil y naturaleza ha llegado a su fin. El continuo proceso de “interiorización de lo externo” esto es, el proceso de modernización, de “civilización de la naturaleza” ha terminado. Como vimos, desde el punto de vista de la soberanía moderna, concebida como un territorio y su relación con el “exterior”, está cambiando. Y es aquí en donde la epistemología del riesgo exhibe su potencialidad para producir orden.<sup>429</sup> La razón moderna produce una captura insoslayable: el riesgo como producto de un saber que no deja nada arrojado al *azar natural*; ahora todo el orden es artificial.<sup>430</sup> En este sentido, el paradigma epistemológico del discurso único se construye a

---

<sup>426</sup> Taylor, Ch., *Hegel y la sociedad moderna*, Siglo XXI, México, 1983, pág. 147; Véase asimismo, Souza, J., *A construção social da subcidadania. Para uma sociologia política da modernidade periférica.*, 1<sup>o</sup> reimpr., UFMG/IUPERJ, Belo horizonte/Rio de Janeiro, 2006, págs. 79 ss.

<sup>427</sup> Véase punto 1.10.

<sup>428</sup> Ruiz Díaz, M.C., *Imágenes e ideas entorno al orden, la ley...*, op.cit., pág. 83.

<sup>429</sup> Mendoza Buergo, B., “Gestión del riesgo y política criminal de la seguridad en la sociedad riesgo”, en Díaz Maroto y Villarejo, J., (ed.), *Derecho y justicia penal en el siglo XXI. Liber Amicorum en Homenaje al Profesor Antonio González Cuerllar García*, Colex, 2006, Madrid, pág. 352.

<sup>430</sup> Hardt, M., /Negri, A., *Imperio*, op.cit., pág. 179.

partir de la transformación de los efectos en causas, a través de lo cual, afirma la imposibilidad de un “exterior” natural, difuminándose los límites entre “exterior” e “interior”.<sup>431/432</sup> Lo anterior habla de la crisis de la soberanía y de los dispositivos, dando lugar a la rearticulación de las definiciones sobre las que el paradigma moderno se desenvolvía.

### 1.13. b. ¿Qué progreso?

Así las cosas, sin pretensiones de respuestas definitivas ni de teorizaciones extemporáneas, queremos delinear los interrogantes que nos arroja la condensación y posterior precipitación del paradigma de la razón instrumental moderna. Para ello, en un primer momento, hemos de seguir el “*Seminario sobre el texto de Kant “Was ist Aufklärung”*” de Foucault, quien lo describe como una instancia que “trata sobre lo que es este presente, trata sobre la determinación de un cierto elemento del presente que se intenta reconocer, distinguir, descifrar entre otros muchos.”<sup>433</sup>

Cuando Kant formula la pregunta ¿Es posible un progreso constante para el género humano?,<sup>434</sup> afirma que en vistas de encontrar una respuesta, es necesario determinar si existe una causa posible para ese progreso, pero una vez establecida esta posibilidad, es preciso mostrar que esta causa actúa efectivamente y, para esto, poner de relieve un cierto acontecimiento que así lo indique. Luego, a partir de una causa podrán ser determinados ciertos efectos, pero éstos y su existencia o realidad sólo podrán ser determinados en tanto que haya un acontecimiento. Un acontecimiento que tendrá el valor de signo.

Con este objeto, el autor persigue encontrar un acontecimiento que pueda operar como signo de la existencia de una causa permanente en el curso de la historia que ha guiado a los hombres por el camino del progreso. El signo deberá ser *rememorativum, demonstrativum, prognostikon*.<sup>435</sup> Esto es, un signo que indique que esto ha sido siempre así (rememorativo), un signo que haga patente que las cosas suceden actualmente de esta forma (demostrativo), y que demuestre que esto seguirá dándose ininterrumpidamente de esta manera (pronóstico).

Sin embargo, a pesar de la búsqueda de esta causa, Kant advierte que no han de ser los grandes acontecimientos en donde hay que buscar el signo, sino en

---

<sup>431</sup> *Ibidem*, pág. 178 cuando advierten que “En el mundo imperial, esta dialéctica ha llegado a su fin. Éste es el sentido preciso en el cual puede decirse que el mundo contemporáneo es postmoderno”. En esta afirmación habremos de situar la transición de lo moderno a lo postmoderno cada vez que el trazado de fronteras se hace más difícil.

<sup>432</sup> Esta característica de la postmodernidad nos da la posibilidad de poder hablar de un control social Möbius en el próximo capítulo.

<sup>433</sup> Foucault, M., *Sobre la ilustración*, (trad. Higuera/Bello/Campillo), Tecnos, Madrid, 2003, pág. 55.

<sup>434</sup> Kant, I., “*Replanteamiento de la cuestión sobre si el género humano se halla en continuo progreso hacia lo mejor*” en *El conflicto de las facultades*, (trad. Roldán/Rodríguez Aramayo), Tecnos, Madrid, 1987, págs. 79-100.

<sup>435</sup> *Ibidem*, pág. 87.

acontecimientos mucho menos perceptibles. Entonces, aunque parezca paradójico, este autor establece el acontecimiento en *la revolución*, es decir, la manera en cómo ésta constituye un espectáculo, por cómo es percibida por quienes no participan en ella, quienes la observan y la presencian. En estos términos lo que constituye la prueba del progreso no es la conmoción revolucionaria, que no es susceptible de ser considerada como el signo de que existe una causa capaz de sustentarse a través de la historia el progreso constante de la humanidad.

En cambio, lo que significa y lo que va a constituir el signo del progreso es que, en torno a la revolución “hay una simpatía rayana en el entusiasmo.”<sup>436</sup> Lo importante de la revolución es lo que acontece en el ánimo de aquellos que no la hacen o de aquellos que no son sus principales protagonistas, donde lo determinante entonces es la relación que se establece con esta revolución a pesar de no tener una presencia activa.

El entusiasmo es para Kant una disposición moral de la humanidad que se pondrá de manifiesto en dos ámbitos: en primer lugar, en el Derecho de todos los pueblos de darse la constitución política que les conviene y, en segundo lugar, en el principio conforme al Derecho y a la moral, de una constitución política tal que evite, en razón de sus propios principios estructurales, toda guerra agresiva.<sup>437</sup>

En vistas a cómo se fueron desarrollando los acontecimientos hasta nuestros días tenemos elementos suficientes para cuestionar esta profecía -sin ánimo de ser tal- de Kant; sin embargo, Foucault sostiene<sup>438</sup> que “a pesar que después de la revolución todo volviera a su antiguo cauce, ese pronóstico filosófico que hace Kant no perdería su fuerza, pues este acontecimiento se halla tan inextricablemente ligado al interés de la humanidad, que podrá ser rememorado en cualquier ocasión, para ser evocado, porque su existencia misma atestigua una virtualidad permanente.”

De esta manera para Foucault la Ilustración, como acontecimiento singular que inaugura la modernidad europea y como proceso incesante que se manifiesta en la historia de la razón, en las formas en que fuera instaurada la razón y la técnica, la autonomía y la autoridad del saber, lo engalana como episodio.<sup>439</sup>

---

<sup>436</sup> *Ibidem*.

<sup>437</sup> Aquellos dos elementos son los que definen el proceso mismo de la *Aufklärung* según Kant. De acuerdo con los indicios de aquellos días (1784), pronosticó al género humano la capacidad de llegar a un estado tal que los hombres podrán darse a sí mismos la constitución que deseen y la constitución que impida una guerra agresiva. Una vez alcanzado aquello, el autor consideraba que ya no se darían serios retrocesos en el progreso hacia lo mejor.

<sup>438</sup> Foucault, M., *Sobre la ilustración...*, op.cit., pág. 66.

<sup>439</sup> Cuando Foucault, M., *Sobre la ilustración*, op.cit., págs. 14, 79, retoma el interrogante de Kant se propone entrar en la cuestión de la *Aufklärung*, no por el problema del conocimiento, sino por el problema del poder: no investigación sobre la legitimidad, sino *épreuve d'événementialisation*. En este sentido, de lo que se trata es de producir un análisis respecto de las conexiones que se establecen entre mecanismos de coerción (que adquieren la forma y la justificación de un elemento racional, calculado, etc); y contenidos de conocimiento (portadores, en tanto

Cuando Kant efectúa la pregunta ¿Qué es la ilustración? ¿Qué es la revolución? marca el ámbito de una interrogación filosófica referida a lo que somos nosotros en la actualidad, de las condiciones de posibilidad de un conocimiento, de un pensamiento crítico que tomará “la forma de un ontología del nosotros mismos”<sup>440</sup>, y por ello lo retomamos.

La ontología de la actualidad<sup>441</sup> se configura como la tarea de mostrar, en el contexto de la apertura del ser típica de la modernidad, los rasgos de una inauguración que tenga entre sus caracteres constitutivos la posibilidad de una reconstrucción del sentido múltiple de la existencia más allá de la especialización y la fragmentación propias de la modernidad.<sup>442</sup>

Por su parte, Vattimo define la modernidad como la época en que, más o menos explícita y conscientemente, el ser moderno se asume como valor básico – una definición que parece tautológica-, pero que se revela como la única capaz de recoger los rasgos fundamentales del espíritu moderno.<sup>443</sup>

Frente a las transformaciones de occidente, esta filosofía no tiene un carácter neutral o deconstructivista. En este sentido la crítica reside en que las elecciones políticas y la mentalidad colectiva han estado dominadas hasta ahora por el ideal del desarrollo a toda costa y que hoy, esta lógica, ya no se debe aceptar; enfatizando la forma en que, para atenuar el miedo experimentado por los problemas de la globalización de la economía, el discurso hegemónico se esfuerza en demostrar que la crisis que estamos viviendo no es distinta a las ya habidas en la carrera imparable del capital y que ha logrado superarse mediante

---

considerados válidos, de efectos de poder) en aras de hacer visibles las condiciones que hacen *acceptable* una práctica determinada o una forma de pensar. Es decir, aunque la Ilustración se pueda definir como el pensar por sí mismo no deja de ser un principio negativo en relación con la facultad del conocimiento. La crítica, cuya finalidad es definir las condiciones del uso legítimo de la razón, se convierte de esa forma en el instrumento, dice Foucault, de la *Auflärung*, necesario para que la razón no caiga en esfera de control ajena. Como señala Higuera, J., *Estudio preliminar* de esta obra de Foucault, pág. XXXV, “Y para “neutralizar” la cuestión de la legitimidad, la propuesta de Foucault es introducir dos nociones con un mero papel metodológico –simples “rejillas de análisis” y no entidades trascendentales o principios generales de realidad, como han querido ver algunos intérpretes- como son las de *saber y poder*, nociones que han de sustituir a las de conocimiento y dominación.”

<sup>440</sup> *Ibidem*, pág. 67.

<sup>441</sup> Cfr. Vattimo, G., *Nihilismo y emancipación. Ética, política y Derecho*, (trad.Redilla), Zabala, S., (comp.) Paidós, Barcelona, 2004.

<sup>442</sup> De acuerdo con Hardt, M., /Negri, A., *Imperio*, op.cit., págs. 175ss., especialmente pág. 177, cuando estudian las críticas a la modernidad de Spinoza, Marx y Maquiavelo, y llegan a afirmar que “la fuerza de estos conceptos críticos, que se extiende mucho más allá de su relación ambigua con las estructuras sociales modernas, consiste principalmente en que se plantearon como demandas ontológicas. El poder de la crítica moderna de la modernidad reside precisamente allí donde se rechaza el chantaje del realismo burgués; en otras palabras, donde el pensamiento utópico superando las presiones de la homología que siempre lo limitan a lo que ya existe, adquiere una nueva forma constituyente.”

<sup>443</sup> Vattimo, G., *Nihilismo...*, op.cit., págs. 39-40.

la mano invisible del mercado que logrará reequilibrar en un nivel más alto para todos.

La filosofía de Vattimo apela al abandono de la racionalidad propia que hace que las crisis del capitalismo y sus consecuencias sean consideradas como parte de su desarrollo, al tiempo que denuncia que aquella es la típica idea metafísica que la filosofía de Nietzsche y Heidegger nos han librado. Su propuesta reside en hacer valer el derecho de cada uno a una existencia significativa a partir de encontrar en la historia un sentido que no coincida con el desarrollo cuantitativo, sino con una intensificación difusa del sentido de la existencia. Éste implica solidaridad, reducción de toda forma de violencia antes que afirmación de principios metafísicos o adhesión a modelos científicos de sociedad.<sup>444</sup>

Con base en ello surge el siguiente interrogante ¿Es posible desarrollar un discurso ético sobre la base de una procedencia o situación epocal, caracterizada como disolución de los fundamentos? Esta disolución tal vez no sea sólo una condición de hecho, una circunstancia en la que nos encontrarnos pensando, sino que tiene potencialidad para devenir ella misma el único fundamento, bastante *sui generis*, del que disponemos para argumentar también en el plano ético: el nihilismo nietzschiano, la construcción de una ética en torno a la finitud. Ésta es la que intenta permanecer fiel al descubrimiento de la situación siempre insuperablemente finita de la propia procedencia, sin olvidar las implicaciones pluralistas de este descubrimiento.

En este sentido, Vattimo sostiene que muchas de las reglas de juego de las que vive todavía nuestra sociedad no deberían ser descartadas o revocadas sin más de la ética de la finitud. Por el contrario, a partir del reconocimiento de ellas sin considerarlas verdades esenciales, pueden seguir valiendo de forma distinta. Pueden funcionar como normas racionales sustraídas a la violencia que caracteriza a los principios últimos.<sup>445</sup> Esto implica que, partiendo del nihilismo, la disolución de los fundamentos últimos y de su carácter impositivo, entonces la elección entre lo que vale y lo que no vale de la herencia cultural de la que procedemos se hará a partir del criterio de la reducción de la violencia y en nombre de una racionalidad entendida como discurso dialógico entre posiciones finitas que se reconocen como tales y que, por ello, no tienen la tentación de imponerse legítimamente (en cuanto convalidadas por un primer principio) sobre las de otro.<sup>446</sup>

Por nuestra parte, entendemos que no puede dejarse de lado, como sucede en el análisis de Vattimo, que el discurso dialógico transita un cambio de la modernidad a la postmodernidad, como tampoco puede ser olvidada la excedencia que acelera los cambios en los ámbitos de la producción de

---

<sup>444</sup> Ibídem, págs. 54 y 55.

<sup>445</sup> Cfr. De Sousa Santos, B., *Crítica de la razón.....*, op.cit., págs. 264 ss.

<sup>446</sup> Vattimo, G., op.ult.cit., pág. 66.

subjetividad y de los discursos emergentes. En este sentido, habremos de estudiar las estrategias y prácticas que caracterizan al poder actualmente en esta etapa de transición, con el talante y la fuerza de la crítica.

#### 1.14. Frente al caos

Las mutaciones actuales que describen la transición en la que nos encontramos, pueden ser explicadas por el concepto de excedencia. Se puede hablar de ésta en múltiples sentidos; aquí señalaremos dos; el primero indica una nueva medida (una nueva relación entre el trabajo y el valor), y en segundo sentido, intuye la impresión de una nueva temporalidad para una máquina de poder que ha tenido que transitar desde un ejercicio de poder disciplinario a la práctica de la gobernancia biopolítica que modula las subjetividades. Sin embargo, los desplazamientos no se producen secantemente, sino que potencialmente actualizan dispositivos de sistemas de poder anteriores. De este modo, el control biopolítico imperial recicla características del poder soberano que, tal como expresa Bauman, emprendió una lucha contra la ambivalencia –el caos- que por su misma lógica interna pasa a ser la principal fuente del fenómeno que se pretendía extinguir.<sup>447</sup>

De este modo el carácter artificial –moderno- consustancial al orden implica que hay sólo un orden, lo que está por fuera es caos. Es por ello que el único orden, el único capaz de dotarlo de sentido y contenido, es el Estado soberano, entendido éste como el único legitimado para dirigir y administrar la existencia. Esta construcción fue eficaz mientras el mundo resultó calculable, mensurable, pronosticable, esto es, mientras que sus efectos eran pasibles de ser ordenados. El caos, el desorden, la anarquía, como términos apropiados por la modernidad, presagian la infinidad de posibilidades y lo limitado de la inclusión efectuada por el contrato; el orden significa trazar límites y, por tanto establecer la finitud.

Para ello, continuamente, se representa el intento por restablecer los criterios modernos de medida con base en el mantenimiento de los privilegios y la reproducción del poder dado.<sup>448</sup> Esto es, los lenguajes de poder, las técnicas de gobierno, las sucesivas articulaciones de los procesos productivos, el trazado de las jerarquías y las exclusiones que se ordenan con base en la instrumentalidad, se despliegan para mantener los valores y medidas que los procesos globales rompen y flexibilizan.

Consecuentemente, hemos de analizar en el próximo capítulo la tentativa de trazar una *nueva* universalidad de la ley en el contexto de la excepción permanente que se ha vuelto la forma de gobierno biopolítico. Para ello

---

<sup>447</sup> Bauman, Z., en *La sociedad individualizada...*, op.cit., pág. 92.

<sup>448</sup> Negri, A., *La fábrica de porcelana*, op.cit., pág. 70.

analizaremos la inclusión que *la ley hace de lo excluido en virtud de su propia supresión*. De acuerdo con Agamben, *la ley jamás alcanzaría la universalidad sin su derecho de trazar el límite a su aplicación*, creando simultáneamente una categoría universal de lo exento/excluido. Con ello se atribuye el derecho a delimitar una “zona prohibida” dando lugar al “espacio” habitado por aquellos que quedan fuera de los límites trazados, fuera de lo “universal.”<sup>449</sup>

Por tanto, si se circunscribe y protege la esfera soberana es en virtud de la capacidad del soberano de negar la posesión de derechos (incluidos los Derechos humanos) y, por consiguiente, por su capacidad de dejar de lado a los *homini sacri*, definidos por la supresión de definiciones legales.<sup>450</sup> A lo largo de la era moderna, el Estado nación ha reivindicado el Derecho de presidir la distinción entre orden y caos, ley y anarquía, ciudadano y homo sacer, pertenencia y exclusión, producto útil y residuo. Desarrollaremos en el próximo capítulo las implicancias de estas afirmaciones, teniendo en cuenta los cambios en las categorías que se produce actualmente y sobre todo, el hecho de que las dicotomías con las que operaba el pensamiento moderno, se ven gravemente afectadas.

En este sentido, los procesos globales clausuran la separación de la antigua concepción enmarcada por el binomio conformado por soberanía y territorio que se presentarán, al fin, disociados. La lógica del territorio nacional estatal y la lógica del capital dejaron de coincidir. Tanto las migraciones como el movimiento requerido por el capital financiero rompen con el espacio-tiempo del anterior modelo de Estado.

Como consecuencia de este movimiento, la porosidad de las fronteras del Estado nación no ha cesado de aumentar. Pero este proceso no habría sido posible, sino por una *modificación sustantiva del soberano*, en cuya base, se asientan los antagonismos que, al operar a escala global, socavan los fundamentos del Estado nación. Es por ello que, con el fin de salvar lo que quiera que reste de la soberanía estatal en su actual configuración espectral, se recurre de manera rutinaria a los medios y arbitrios ortodoxos, junto con sus tradicionales legitimaciones, para la configuración de un nuevo trazado de los confines de la exclusión.

En este sentido, de conformidad con el trazado metodológico propuesto para el desarrollo del presente trabajo de investigación, es preciso entender que el concepto de frontera ha devenido un espacio desterritorializado. Lo anterior implica que ha dejado de operar como línea que determina un adentro y un afuera del Estado nación, configurándose actualmente como controles selectivos,

---

<sup>449</sup>Bauman, Z., *Vidas desperdiciadas*, op.cit., pág. 48.

<sup>450</sup> Véase el tratamiento del homo sacer en punto 2.5.c.

escapando a la tradicional separación entre territorios (boundary) constituyéndose como zona de control (border).<sup>451</sup>

En el espacio trazado por las nuevas rearticulaciones entre la lógica del mercado y las lógicas de control, las políticas de la Unión Europea (en adelante UE) constituyen un elemento imprescindible para analizar las mutaciones apuntadas. Si referimos a esta época como una de carácter fluido, las fronteras ya no se encuentran entre los Estados, sino que la UE ha externalizado y deslocalizado su espacio. Las fronteras constituyen un método interno de gobierno, donde se produce el clivaje característico de un espacio sin adentro y afuera, una zona de control donde se confunde lo militar y lo policial. Porque la retórica de la seguridad como *locus* donde se rearticulan las nociones de soberanía, de orden y control, habilita que la amenaza a la seguridad sea reductible a la figura del migrante sin papeles.

Las prácticas de control de la Unión Europea se activan mediante el recurso a dispositivos y sofisticados equipos de vigilancia, control policial y militar tecnificados, informatizados, que por supuesto, no quedan reducidos al control de los migrantes, sino que se extienden a toda la población, y dan lugar a la deriva autoritaria que caracteriza a las políticas de la Unión Europea.<sup>452</sup>

La intensificación de los dispositivos biopolíticos emerge de un Estado que proclama el respeto a la legalidad y a los derechos humanos mientras que la soberanía pierde materialidad, diluyéndose ante la *amenaza* de la inmigración irregular, cristalizándose las tentaciones autoritarias.<sup>453</sup> Así las cosas, los Estados nación actuales ya no pueden presidir el trazado de proyectos, ni ejercer el derecho de propiedad de usar y abusar sobre las obras de construcción del orden, pero siguen reivindicando la prerrogativa de soberanía fundacional y constitutiva: su derecho de *excención*,<sup>454</sup> es decir desembarazarse de cargas, cuidados, obligaciones, etc.<sup>455</sup> La población “excedente” es una variedad más de residuos humanos. A diferencia de los *homini sacri* -las vidas indignas de ser vividas-, las víctimas de los diseños de construcción del orden no son blancos legítimos -exentos de la protección de la ley por mandato del soberano-, debido a

---

<sup>451</sup> Fernández Bessa, C., “Los límites del control”, en VV.AA., *Frontera Sur. Nuevas políticas de gestión y externalización del control de la inmigración en Europa*, Virus, Barcelona, 2008, pág. 11; Mezzadra, S., Neilson, B., *Border as method, or the Multiplication of labor*, 2008, disponible en <http://eipcp.net/transversal/0608/mezzadraneilson/en>; asimismo véanse *infra* los puntos 3.1 ss.

<sup>452</sup> Sassen, S., “Patterns, Rights, Regulations”, en *Guests and Aliens*, The New York Press, New York, 1999, pág. 101; Dal Lago, A., *Non-persone. L’esclusione dei migranti in una società globale*, Nuova edizione, Saggi, Milano, 2004, págs. 24 ss.

<sup>453</sup> En el mismo sentido, Negri, A., *La fábrica de porcelana*, op.cit., págs. 42 ss, describe esta situación como un deslizamiento hacia la tanatopolítica, una política de la muerte; Dal Lago, A., *Non persone*, op.cit., *pássim*.

<sup>454</sup> Bauman, Z., *Vidas desperdiciadas...*, op.cit., pág. 50.

<sup>455</sup> Según la definición del Diccionario Real Academia Española, 22va. Edición.



que la gramática institucional las revela como “víctimas colaterales” del progreso económico, imprevistas y no deseadas que habrán de ser “gestionadas.”<sup>456</sup>

A diferencia de lo que sucede en el caso de los blancos legítimos de la construcción del orden, nadie planifica las víctimas colaterales del progreso económico, y menos aún traza de antemano la línea que separa a los condenados de los salvados. Nadie da las órdenes, nadie carga con la responsabilidad, al ser discursivamente planteadas como “consecuencias colaterales” del progreso económico, la producción de residuos humanos asume el áurea de un asunto impersonal y puramente técnico. Los requerimientos de eficiencia encubren o niegan explícitamente cualquier conexión con las intenciones, la voluntad y las decisiones y las acciones de seres humanos con nombre y apellido.<sup>457</sup>

La soberanía devenida zona de control, despliega los dispositivos de rearticulación para la creación de un orden que se corresponda con la fluidez-soberana y, con ello, rediseñará el pilar del Estado nación: la seguridad. En tiempos de Derecho imperial, es decir “un Derecho que se afirma en la construcción de un nuevo orden que abarca todo el espacio considerado por él como la civilización, un espacio universal, ilimitado,”<sup>458</sup> es necesario, junto con Resta<sup>459</sup> considerar que el presupuesto irrenunciable del pacifismo está en una afirmación de Kelsen “el concepto de soberanía debe ser absolutamente superado. Éste es el gran cambio cultural que necesitamos.”<sup>460</sup>

Para la superación del actual paradigma debemos recuperar el lenguaje del derecho y de la política. El concepto de *pharmakon*, al que apela Resta, nos sirve para analizar la ambigüedad del recurso a la violencia “legítima” penal o bélica, como remedio y como antídoto para la violencia en general. Para analizar la ambivalencia fundamental de la modernidad, Resta retoma el concepto platónico que opera como veneno y antídoto. En este sentido el Estado moderno y su derecho se han legitimado como un remedio a la violencia; sin embargo el antídoto ha favorecido la regeneración del veneno, y la violencia continúa

---

<sup>456</sup> Brandariz García, J.A., /Faraldo Cabana, P., “Introducción: Postfordismo y nueva economía política de la pena”, en De Giorgi, A., *El gobierno de la excedencia*, op.cit., pág. 27.

<sup>457</sup> Bauman, Z., *Vidas desperdiciadas*, op.cit., pág. 58.

<sup>458</sup> Hardt M., /Negri, A., *Imperio*, op.cit., pág. 27.

<sup>459</sup> Resta, E., “La violencia soberana”, en Bergalli, R., Resta, E., *Soberanía: un principio que se derrumba*. Aspectos metodológicos y jurídico políticos, op. cit., pág. 13.

<sup>460</sup> Ost, F., /Van de Kerchove, M., “La referencia a dios en la teoría pura del Derecho de Hans Kelsen”, (trad. Marí), en Marí, E., *et.al., Materiales para una teoría crítica del Derecho*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1991, págs. 99-100 sostienen que “En cuanto a las relaciones que unen al Estado y al Derecho, Kelsen, en fin, se esfuerza igualmente en demostrar la concepción dualista de estas relaciones no tiene un carácter teórico, sino que es una tesis ideológica, que permite justificar tanto la sujeción como la supremacía del Estado en relación al Derecho. Por lo demás, la teoría del Estado de Derecho que pretende superar este dualismo tampoco obedece, según Kelsen, al postulado lógico de la unidad necesaria del objeto de conocimiento, sino al postulado político según el cual sólo los “Estados que responden a los postulados de la democracia y de la seguridad jurídica pueden ser considerados como órdenes jurídicos verdaderos.” *Ibidem*.

reproduciéndose como el verdadero tejido conectivo de la sociedad, como el eje fundamental en el establecimiento de relaciones jurídicas y sociales.

Lo anterior demuestra que no sólo no se ha neutralizado la violencia, sino que ni siquiera ha sido posible dejarla circunscrita al ámbito del poder legal, con la cual se habría legitimado el Estado y su propuesta de orden. *El problema radica en la violencia que supuestamente se ejerce para hacer respetar ese otro lenguaje que pondría fin a la violencia.* De acuerdo con Resta “el riesgo de la soberanía ya está incorporado al riesgo del contrato y no por casualidad. Así proviene de su natural prosecución. El riesgo de la confianza que los dos rivales atribuirán a su pacto, regenera en cada momento la incertidumbre por la cual ha sido generado.”<sup>461</sup> Sin embargo, la modernidad se ha ido abriendo paso con la conciencia de ese riesgo, aceptando por tanto que ese riesgo en definitiva sería beneficioso, por lo cual permanece como una apuesta siempre abierta.

A pesar de que esta apuesta ha sido sucesivamente perdida frente a un soberano que frecuentemente se ha presentado como tirano, el nuevo envite “es que aquella apuesta por un Derecho fraterno puede nacer sin infligir violencias, sean éstas las más generosas y las más altruistas, sean también las más *dolorosamente necesarias*. El riesgo renace, pero ahora con ventajas inusitadas.”<sup>462</sup> Por tanto, la recuperación de la política y el derecho se deberá practicar con el rechazo abierto a infligir cualquier tipo de violencia.<sup>463</sup>

Bajo el carácter transitorio que caracteriza esta época y el consiguiente agotamiento del dispositivo institucional de la modernidad el mundo parece desordenarse. Ya no tiene el mismo sentido ni eficacia organizar con base en un mundo estable, sino que, los lenguajes, los sistemas, los arquetipos, se construyen en virtud de la instantaneidad y la velocidad que adquieren actualmente las relaciones sociales en los distintos ámbitos –el desplazamiento de las subjetividades-. El “tiempo real” de las transacciones, de las comunicaciones, de los intercambios, etc., establece los parámetros de un pensamiento político estratégico (balance de costo-beneficio) que ya no busca la resolución de los conflictos sociales, sino obtener el mayor rédito político y eficacia en el corto plazo.<sup>464</sup>

Así se observa que los conflictos esencialmente distributivos que el Estado nación tenía sobre sus espaldas, en la era de la globalización, predominan los

---

<sup>461</sup> Resta, E., “*La violencia.....*”, op.cit., pág. 30.

<sup>462</sup> *Ibidem*, pág. 31.

<sup>463</sup> Cfr. Benjamin, W., “*Para una crítica de la violencia*”, en Benjamin, W., *Conceptos de filosofía de la historia*, op.cit., pág. 116; 124.

<sup>464</sup> En este sentido se expresa Hirsch en “*Die neue Weltordnung: Internationalisierung des Staates*”, *Kritik der Weltordnung*, Thomas Atzert/Josh Muller (coords.), Berlin, 2003, pág. 42, citado por Tavares, J., “*Globalización, Derecho penal y seguridad pública*”, op.cit., pág. 306, respecto de la globalización, que tiene como supuestos los procesos de privatización y desformalización: no implica “una política de integración en el sentido de una sociedad mundial, sino que se basa esencialmente sobre la eficacia del mecanismo capitalista de mercado, con la consecuencia de que los conflictos sociales y políticos que ahí ocurren sean tratados necesariamente con violencia.”

conflictos ambivalentes, lo cual implica que no hay soluciones inequívocas. En este contexto, la categoría de *riesgo* opera como “un instrumento para conceptualizar los “efectos colaterales” que precisamente surgen del triunfo del orden instrumental construido en torno a dicha racionalidad.”<sup>465</sup>

De allí que decidamos partir, para el análisis del concepto de riesgo, de la semántica que propone, porque a pesar de haber sido acuñado en la modernidad, denota en la actualidad la crisis de la racionalidad moderna, como su consecuente influencia en las instituciones y funciones del Estado, y en los dispositivos que modulan las subjetividades. Esto exhibe la correspondencia con el cambio en el estatuto de la ley, debido a que en la fluidez la ley no encuentra fundamentos donde establecerse. Se van derrumbando, junto con los conceptos, las instituciones deudoras de aquellos y es allí donde se produce la fractura hacia la *sociedad privatizada, donde el devenir consumidor del ciudadano conlleva la ruptura de los lazos sociales del Estado anterior.*<sup>466</sup>

Si decidimos poner de relieve la crisis del monopolio estatal del uso de la fuerza, es porque consideramos de suma importancia para este trabajo repensar estrategias para limitar al poder punitivo de un Estado que asume la tarea de desregulación frente al capital, pero que para que esto sea posible, una vez más, propone un aumento del “control” punitivo. Para ello, hay que ir a las bases de la sustentación de este poder, que están en la idea de “soberanía” que había comenzado a gestarse a fines de la edad media y continúa, reorganizando los espacios y las temporalidades, no sin dificultad. A diferencia de la teoría legitimante de Hobbes, Spinoza sostiene que no es el miedo, sino la búsqueda de la libertad, la que lleva a los seres humanos a organizarse en la convivencia. El horizonte ético de esta propuesta lleva a una sociedad que convive en la pluralidad y, en la que el individuo no pierde su autonomía frente al Estado.<sup>467</sup>

En este sentido Baratta señala que “el contrato social tanto como modelo cuanto como realización histórica ha sido algo fundamentalmente diferente de un contrato universal que comprendiera a todos los seres humanos, que serían iguales entre sí en la cualidad potencial de partes contrayentes y de ciudadanos...esa cualidad potencial se ha realizado tan sólo para una minoría de

---

<sup>465</sup> García Blanco, “De la globalización y la mundialización...”, op.cit., pág. 32

<sup>466</sup> La política de control del Estado postmoderno abonada por el abandono de cualquier otro objetivo, conduce a la eliminación de las bases materiales de la incriminación, que pasa a tener apenas un contenido simbólico. En este sentido, la formalización del concepto de bien jurídico y su presentación como objeto referencial comprometida sólo con la técnica normativa, implica una alteración fundamental para el Derecho penal. Véase Tavares, J., “Globalización, Derecho penal y seguridad pública”, op.cit., pág. 309; asimismo véase el tratamiento del tema en el capítulo 5 del presente trabajo.

<sup>467</sup> Spinoza, B., *Tratado teológico-político*, en especial págs. 201-202, 240; del mismo, *Ética demostrada según el orden geométrico*, (ed. y trad. Dominguez), Trotta, Madrid, 2000; asimismo Deleuze, G., “En medio de Spinoza. Serie Clases 1”, Cactus, Buenos Aires, 2003; Negri, A., *La anomalía salvaje. Ensayo sobre poder y potencia en B. Spinoza*, (trad. Gerardo de Pablo), Anthropos, Barcelona, 1993, págs. 50-53.

sujetos... Con toda probabilidad ha sido precisamente la contradicción entre la universalidad potencial y la selectividad real de la ciudadanía, la constante ambivalencia del derecho como *pharmakon*, la que ha dejado secar las raíces de la filosofía de la modernidad.”<sup>468</sup>

Por lo tanto, no se pretende meramente limitar la violencia de los individuos mediante la creación de un poder más violento, sino también reducir toda violencia, incluso la de ese monstruo artificial. Se tratará de superar al Leviatán,<sup>469</sup> por medio de la justicia;<sup>470</sup> siguiendo a Hesíodo que, en su Teogonía, VII, sentencia: “Primero existió el Caos y luego la Tierra de amplio seno, sede perpetua de todos, y Eros. No es ocioso destacar que el caos no designa al desorden o a la ausencia de leyes, como luego será adoptado por la mitología judeo-cristiana, sino la “abertura.” “En el principio fue el Caos” alude a la gran hendidura originaria que separa las profundas tinieblas y engendra la tierra. Así, el caos, designa mucho más una acción creadora eficaz que a un estado de confusión y desorden.”<sup>471</sup>

En este sentido, el pacto social de la modernidad no significó solamente la creación, de un universo artificial, opuesto al natural, sino que éste se vio acompañado de una transformación profunda de la relación entre el hombre y la naturaleza. El contrato social exaltó la subjetividad del hombre al tiempo que negó la naturaleza. El derecho de naturaleza se transforma rápidamente, con el advenimiento del mercantilismo en el derecho de propiedad y explotación ilimitada del hombre sobre la naturaleza.<sup>472</sup>

En épocas de rearticulación del concepto moderno de soberanía, la puesta en crisis de sus postulados de orden y razón, de sus dispositivos y subjetividades,

---

<sup>468</sup> Baratta, A. “El estado mestizo y la ciudadanía plural. Consideraciones sobre una teoría mundana de la alianza”, (trad. González Pont), en Silveira Gorski, H.C., (ed.) *Identidades comunitarias y democracia*, Trotta, Madrid, 2000, pág. 200.

<sup>469</sup> Anitua, G.I., “El exiliado, expatriado Y extranjero como punto de partida para la visión limitadora de la violencia bélica y penal”, en *Contornos y pliegues del Derecho...op.cit.*, pág. 120.

<sup>470</sup> Cfr. Benjamin, W., “Para una crítica de la violencia”.., op.cit., págs. 132-137, puntualmente cuando señala que “Será necesario en cambio tomar en consideración la sorprendente posibilidad de que el interés del derecho por monopolizar la violencia respecto de la persona aislada no tenga como explicación la intención de salvaguardar fines jurídicos, sino más bien la de salvaguardar al derecho mismo. Y que la violencia, cuando no se halla en posesión del derecho a la sazón existente, represente para éste una amenaza, no a causa de los fines que la violencia persigue, sino por su simple existencia fuera del derecho”, *ibídem*, pág. 117.

<sup>471</sup> Platón, “El discurso de Fedro”, (trad. e introd. Albano), *El Banquete. Una perspectiva lacaniana*, Quadrata, Buenos Aires, 2004, pág. 45.

<sup>472</sup> Baratta, A., “El Estado mestizo...”, op.cit., pág. 201, donde afirma que “La exaltación de la primacía del hombre sobre la naturaleza es la base de las nuevas relaciones sociales de producción en las cuales la explotación ilimitada y la violencia contra la naturaleza han crecido hasta el presente a la par que la explotación del hombre sobre el hombre y la violencia estructural.”

tal vez deberíamos “corregir el lenguaje y los conceptos que están en la base de la constitución del estado moderno y de su derecho.”<sup>473</sup>

---

<sup>473</sup> *Ibíd.*



## CAPITULO 2. TOPOGRAMA MÖBIUS: ANÁLISIS DEL CONTROL SOCIAL ACTUAL: DIFUMINACIÓN DE LAS FRONTERAS Y EXCEPCIÓN PERMANENTE

*“Binding recuerda la expresión de Clausewitz de que la guerra es el escenario del peligro.”<sup>474</sup>*

### **2.1. Planteamiento**

Hasta aquí hemos puesto de relieve la incidencia de los procesos globalizadores sobre las estructuras institucionales, políticas, económicas y subjetivas de la modernidad y, como consecuencia de ello, en el presente capítulo, intentaremos desvelar las mutaciones que se están produciendo en los mecanismos y en las estrategias de control anclados en el quiebre epistemológico y político del paradigma anterior.<sup>475</sup>

Como vimos, la necesidad de la gestión pública de la economía impuesta por la complejidad del sistema capitalista, convocó a la intervención estatal, sobre todo para la regulación de los mercados. Por otro lado, el crecimiento de los agentes económicos y el control que ejercían, en concordancia con las crecientes cuotas de poder que administraban, sobre los procesos económicos y el poder político, resultaron en la socialización de los costos de industrialización, políticas de empleo y fondos para la investigación y el desarrollo.

Ello condujo a una alteración de la línea divisoria entre Estado y sociedad civil, entre lo “público” y lo “privado”. La expansión de los procesos políticos desencadenados por la extensión del derecho de voto a los trabajadores y el surgimiento de los partidos obreros y los sindicatos como actores sociales de creciente relevancia, envolvió la intervención del Estado en la relación salarial y el consumo, produciendo la emergencia del Estado social. Las consecuencias en el ámbito del derecho fueron cruciales, ya que el resultado fue la incorporación a las Constituciones de los derechos económicos y sociales. Por su parte, el Derecho administrativo dejó de recaer sobre las instancias del estado burocrático y

---

<sup>474</sup> Torío López, A., *“Los delitos de peligro hipotético”*, en Anuario de Derecho penal y Ciencias Penales, núm. 39, 1981, pág. 830.

<sup>475</sup> Cfr. Negri, A., /Hardt, M., *El trabajo de dionisios*, op.cit., págs.19-20 quienes afirman “La subjetividad debe aprehenderse atendiendo a los procesos sociales que animan la producción de subjetividad. El sujeto, como comprendiera claramente Foucault, es al mismo tiempo, constituido en y constitutivo de las vastas redes del trabajo social. El trabajo es tanto sujeción como subjetivación –*“le travail de soi sur soi”* (el trabajo sobre sí mismo)-, razón por la cual se han de desecharse todas las nociones de voluntad libre o de determinismo del sujeto. La subjetividad se define simultánea e igualmente por su productividad y su producibilidad, por sus capacidades de producir y ser producida.”

autoritario para desplazarse hacia la organización de la distribución y hacia la regulación de los recursos para la gestión de los procesos económicos y sociales; proponiéndose como objetivo la materialización del Derecho, a partir de un nuevo concepto de orden.<sup>476</sup>

La etapa transicional actual se caracteriza por albergar procesos complejos que operan de forma aparentemente contradictoria y antitética,<sup>477</sup> ya que la globalización interactúa con otras articulaciones que le son concomitantes, tales como la brecha entre países ricos y pobres, y en el interior de los mismos, entre ricos y pobres, los problemas demográficos y ecológicos, los conflictos étnicos, la migración, el crimen organizado, la democracia formal como condición política para ser receptor de la “ayuda internacional”, etc.<sup>478</sup>

En el medio fluido donde observamos la consecutiva puesta en cuestión de la soberanía pareciera ser que los Estados nacionales son demasiado pequeños para controlar o dirigir los flujos globales de poder, riqueza y tecnología del nuevo sistema, y demasiado grandes a la hora de *representar* los intereses sociales e identidades culturales de la sociedad, perdiendo por tanto legitimidad como instituciones representativas.<sup>479</sup> Abocado a la tarea de recuperación de un espacio de legitimidad que coincida con la nueva articulación soberana, el modelo de Estado anterior responderá a la puesta en cuestión de su legitimidad democrática -la flexibilización del Derecho-, dejándola relegada al ámbito de la eficacia del control de los espacios excedentes producidos por la desregulación.<sup>480</sup>

De conformidad con lo anterior, retomando el análisis foucaultiano de la gobernabilidad, Butler señala que “la soberanía puede ser movilizadada como táctica de gobernabilidad tanto para la administración de la población como para la preservación del Estado nacional, mientras la cuestión de la legitimidad queda suspendida. La soberanía se vuelve el medio por el cual la necesidad de legitimidad funciona tautológicamente... Nos enfrentamos al despliegue de la soberanía como táctica, una táctica que tiene como fin su propia eficacia.”<sup>481</sup>

Siguiendo estos lineamientos, el presente capítulo tendrá por objeto el análisis de los efectos producidos en virtud de la rearticulación autorreferencial de la soberanía que fluye *entre* los espacios del devenir global. Por ello, a continuación analizaremos los dispositivos desplegados para el control de los

---

<sup>476</sup> Véase De Sousa Santos, B., *Crítica de la razón...*, op.cit., págs. 169 ss.

<sup>477</sup> Giddens, A., *Un mundo desbocado. Los efectos de la globalización en nuestras vidas*, (trad. Cifuentes), Taurus, Madrid, 2000, pág. 25.

<sup>478</sup> De Sousa Santos, B., “Los procesos de globalización”, op.cit., págs. 168 ss; Žižek, S., *El espinoso sujeto...*, op.cit., págs. 216 ss.

<sup>479</sup> Ferrajoli, L., “¿Existe una democracia representativa?”, *Revista El viejo Topo*, Barcelona, 1983, págs. 40 ss.

<sup>480</sup> Recasens Brunet, A., “Globalización, riesgo y seguridad: El continuóse de lo que alguien empezó”, en Da Agra, C., /Domínguez, L., /García Amado, J.A., /Hebberecht, P.,/ Recasens, A., (eds.), *La seguridad en la sociedad del riesgo. Un debate abierto*, Atelier, Barcelona, 2003, pág. 369.

<sup>481</sup> Butler, J., “Detención indefinida”, en Butler, J., *Vida Precaria. El poder del duelo y la violencia*, (trad. Rodríguez), Paidós, Buenos Aires, 2006, págs. 128-129.



riesgos producidos por la exclusión y la movilidad. En este sentido decidimos investigar el campo de la regulación de los movimientos migratorios, ya que, desde nuestro punto de vista, aquél auspicia el surgimiento de una nueva gramática que ya no refiere a la legitimidad sino a la eficacia que pueda obtenerse a partir del control;<sup>482</sup> una vez desarbolado el paradigma moderno, la caída del Estado social y democrático de Derecho configura una premisa idónea para el trazado de las líneas de análisis de los cambios producidos.

Sin duda, las características de los campos de intervención del poder producidos por el Estado postmoderno condensan nociones anquilosadas de poder soberano moderno y se precipitan no sólo como un cambio en el régimen de acumulación capitalista, sino del establecimiento de una retórica determinista que, mediante la representación de los efectos como causas, intenta “legitimar” un progresivo protagonismo de la política punitiva para la “gestión” de la exclusión social. Al carácter autorreferencial de la soberanía -para continuar reproduciendo sus espacios de poder- sobreviene una transformación sustancial de las relaciones entre sistemas de asistencia social y de represión penal, de modo que los sectores considerados como con “riesgo de exclusión” son evaluados en clave punitiva, alejados cada vez más del complejo de la asistencia social.<sup>483</sup>

El sistema penal deviene *mediador* de la desregulación que produce la exclusión social creciente, como producto de los nuevos modelos productivos y de precarización masiva del empleo (postfordismo) presentando las siguientes características:

- a) Excedencia<sup>484</sup>: de determinados sujetos sociales que ya no pueden ser comprendidos dentro de los parámetros con los que funcionaba el Estado social. Se trata del *paso de la carencia a la excedencia*. Este fenómeno se manifiesta como excedencia productiva, en la medida en que la revolución tecnológica

---

<sup>482</sup> Wacquant, L., *Las cárceles de la miseria*, op.cit. págs. 102 ss; De Giorgi, A., *Tolerancia cero...*, op.cit., págs. 81 ss; del mismo *El gobierno de la excedencia*, op.cit., págs. 111 ss; Brandariz García, J.A., *La política criminal...*, op.cit., *pássim*.

<sup>483</sup> Éstas son las tesis que manejan, entre otros, los autores citados en la nota anterior.

<sup>484</sup> De Giorgi, A., *El gobierno de la excedencia...*, op.cit., pág. 91, establece la distinción entre excedencia negativa y positiva. En sentido negativo, la excedencia significa que “la dinámica productiva contemporánea excede continuamente los dispositivos institucionales de atribución, reconocimiento y garantía de la ciudadanía social.” *ibídem*, pág.95. Aquella de carácter positivo se desarrolla en las coordenadas del devenir inmaterial del trabajo, donde “la excedencia se configura aquí como *exceso* constante de potencialidades productivas, de vínculos de cooperación, de formas de la comunicación y su relación con las geografías de la producción impuestas por una racionalidad capitalista reducida a dominio... hablaré de excedencia positiva para ponder de relieve tanto los aspectos de hiper-inclusión y de centralidad del trabajo inmaterial en la producción postfordista, como la tendencia de esta fuerza de trabajo social a superar y desbordar el parasitismo del capital. Esta se esboza o se presenta preconfigurando un horizonte de productividad libre, de cooperación social no dirigida.”, *ibídem* págs. 103 y 104. En el esquema propuesto, haremos hincapié en la excedencia negativa, ya que ésta nos permite hablar de los mecanismos de control dispuestos. Véase *supra* 1.14.

experimentada por los procesos de producción parece haber generado una demanda disminuida de fuerza de trabajo. Como consecuencia de ello, una porción creciente de la fuerza de trabajo se dedica al sector terciario –extremadamente precario-, y otro hacia una zona de desocupación, infraocupación, trabajo en negro, etc; produciéndose el incremento de los grupos sociales excluidos y por sobre todo “en riesgo de exclusión.”<sup>485</sup>

- b) La gran paradoja que presenta la excedencia es que la inclusión social sigue funcionando bajo los parámetros de la renta (consumidor), es decir, continúa estando fuertemente condicionada por el trabajo en una situación de creciente *flexibilización* de los Derechos. En este sentido, la excedencia surge ante la imposibilidad de seguir garantizando la inclusión social a través del empleo.
- c) Otro factor, asociado a la excedencia, es la movilidad. Los sujetos excedentarios no pueden ser comprendidos dentro de procesos y políticas de normalización o disciplinamiento, lo cual los “convierte” en peligrosos. En este sentido, los migrantes, hoy operan como factores de inestabilidad, inseguridad. En este ámbito, aparece el control, como orientación fundamental de la gestión de riesgos que tal movimiento excedentario pudiera generar.

## 2.2. Sociedad del riesgo. Modernidad reflexiva

A partir de las características analizadas de “las mutaciones de Leviatán”<sup>486</sup> y la racionalidad instrumental moderna que las impulsa, la investigación continúa con el análisis de algunos de los presupuestos esgrimidos por la teoría de la sociedad del riesgo, debido a que entendemos que ella puede proporcionarnos los andamiajes discursivos para desvelar la epistemología del riesgo que organiza los discursos y estrategias que modulan el control social del Estado técnicoadministrativo en la transición de los procesos globalizadores. Una vez construidos esos horizontes epistemológicos, intentaremos desvelar las *aparentes paradojas* que exhiben las nuevas segmentaciones del contrato social postfordista.

Para ello habremos de tomar como punto de partida la clasificación de la sociedad actual en los términos esgrimidos por Beck, porque entendemos que para la configuración de un discurso crítico y, en este sentido, *postracional* que

---

<sup>485</sup> De Giorgi, A., *El gobierno de la excedencia*, op.cit., págs. 95 ss.; Rivera Beiras, I., “Forma-Estado...”, op.cit., pág. 308; Portilla Contreras, G., “La configuración del...”, op.cit., pág. 1404; Brandariz García, J.A., *Política criminal...*, op.cit., págs. 26 ss.

<sup>486</sup> Tomando el título de la obra de Portilla Contreras, G., (coord.) *Mutaciones del Leviatán. Legitimación de los nuevos modelos penales*, Akal, Madrid, 2005.

denuncie los fraudes de etiquetas de una política criminal que, como hemos dicho, se transforma al momento de traducir los efectos de los procesos globales en causas; habremos de partir ineludiblemente de la premisa que dispone que *lo político en la sociedad del riesgo está indisolublemente ligado a la idea de progreso que tengamos como referencia*. Ello porque entendemos junto con Herrera Flores que, si bien vivimos en una sociedad de riesgos, no es posible dejar de lado que esos riesgos son aquellos producidos por la idea de progreso moderna.<sup>487</sup>

Ha sido Ulrich Beck quien ha diagnosticado las sociedades actuales como sociedades del riesgo. Con esta expresión, se refiere a un estadio de desarrollo en el que los pilares de la organización social ya no descansan, como lo hubieron hecho hasta ahora, sobre la administración y distribución de los recursos, sino fundamentalmente, sobre la distribución, más o menos consensuada, de consecuencias de nivel anticipable decreciente que afectan sustancialmente al ámbito de toma de decisiones en el ámbito público.

El autor plantea que esta sociedad, en tanto se basa en el desarrollo de la técnica y de la ciencia, se vuelve crecientemente experimental y lo complejo de estas experimentaciones disuelve la certeza en torno a los propios riesgos sobre los que el avance científico posaba su mirada.

Como consecuencia, esquematiza las transformaciones de época y sistema que el concepto de sociedad del riesgo plantea, en tres áreas de referencia: “En primer lugar tenemos la relación de la sociedad industrial moderna con los recursos de la naturaleza y la cultura, sobre cuya existencia se construye dicha sociedad, pero que están siendo dilapidados como consecuencia de una modernización plenamente establecida. Esto se aplica a la naturaleza no humana y a la cultura humana en general, así como a formas culturales específicas de vida (por ejemplo, la familia nuclear y los roles de género) y recursos laborales sociales (por ejemplo, el trabajo doméstico, que convencionalmente no ha sido reconocido en absoluto como trabajo, si bien era la primera condición de posibilidad de trabajo asalariado del marido.)<sup>488</sup>

En segundo lugar, está la relación de la sociedad con las amenazas y problemas producidos por ella que, a su vez, exceden los fundamentos de las construcciones sociales de seguridad. Por esta razón, tales amenazas y problemas pueden conmover los supuestos fundamentales del orden social convencional tan pronto como *el público* toma conciencia de ellos. Esto se aplica a los componentes

---

<sup>487</sup> Cfr. Herrera Flores, J., *Los Derechos humanos..*, op.cit., pág. 39 donde efectúa la siguiente precisión que hacemos nuestra “la única vía de solución universal a los riesgos medioambientales o de conservadurismo político consistiría –como fin último de la reflexividad modernista – en generalizar esa visión tecnocrática del conocimiento y en la generalización –imposición de nuestra específica forma de regulación institucional (todo ello siendo concientes del nuevo contexto que supone la fase globalizadora del capital).”

<sup>488</sup> Para un análisis detallado de este punto ver Beck, U., *La sociedad del riesgo*, op. cit., págs. 87 ss.

tales como la economía privada, el Derecho o la ciencia, pero se convierte en *un problema esencial en el ámbito de la acción y toma de decisiones en la política*.<sup>489</sup>

En tercer lugar, las fuentes de significado colectivas y específicas de grupo (como por ejemplo, la conciencia de clase o la fe en el progreso) de la cultura de la sociedad industrial están sufriendo de agotamiento, quiebra y desencantamiento. Éstas han construido el soporte de las democracias y sociedades económicas occidentales hasta bien entrado el siglo XX, y su pérdida hace recaer sobre los individuos todo el esfuerzo de definición; esto es lo que significa el concepto de “proceso de individualización.”<sup>490</sup> Las oportunidades, amenazas, ambivalencias biográficas que anteriormente era posible superar en un grupo familiar, en la comunidad de aldea o recurriendo a la clase o grupo social tienen progresivamente que ser percibidas, interpretadas y manejadas por los propios individuos.<sup>491</sup>

Esto genera que la percepción de los problemas se establezca dentro de un marco individualizado, agravado por la desigualdad de género. Estas notas características no hacen más que radicalizar un proceso de modernización puesto en marcha a fines del siglo XVIII. La modernidad se vería enfrentada, en este nuevo siglo, con sus consecuencias; porque la sociedad del riesgo es heredera de una época de conquistas económicas, políticas y sociales que extiende los Derechos básicos al conjunto de la población, en un contexto de crisis económica y paro estructural.<sup>492</sup> Bajo estas condiciones, Beck destaca que se produce un cambio en los papeles jugados por hombres y mujeres, en el hogar y las empresas, que produce un cambio radical en el sistema familiar y el de estratificación.

El cuestionamiento respecto de la actividad científica y técnica con las consecuencias tratadas en el capítulo anterior, guiada por la razón instrumental, es un elemento integrante de una teoría que va más allá de la “sociedad del riesgo”, y se denomina *la teoría de la modernización reflexiva*, la cual permite la reflexión respecto de los parámetros y registros modernos que, en virtud de su radicalización, propugnan por un cuestionamiento de aquéllos. Modernidad reflexiva<sup>493</sup> significa la posibilidad de una (auto) destrucción creativa de toda una época: la de la sociedad industrial. Significa asimismo la desvinculación, y luego

---

<sup>489</sup> El subrayado es nuestro.

<sup>490</sup> Beck, a lo largo de su obra, explica este fenómeno que no significa atomización, aislamiento y soledad, sino que implica, a partir de la desvinculación de las ataduras del sujeto burgués, una *disembedding* (desvinculación), pero también una revinculación a nuevas formas de vida social, en la que los individuos pueden producir sus propias biografías.

<sup>491</sup> Beck, U., “*La reinención de la política*”, (trad. Alborés), en Beck, U., /Lash, S., *Modernización reflexiva. Política, tradición y estética en el orden social moderno*, Alianza, Madrid, 1997, págs. 21 ss.

<sup>492</sup> Véase Capella, J.R., *Fruta prohibida*, op.cit.; Monereo Pérez, L., “*El Derecho social y del trabajo en el mundo de la tercera revolución industrial*” en Capella, J.R., (ed.) *Las sombras del sistema constitucional español*, Trotta, Madrid, 1999.

<sup>493</sup> Véase la obra conjunta de Beck, U., /Giddens, A., /Lash, S., *Modernización Reflexiva. Política y tradición y estética en el orden social moderno*, op.cit., en especial, págs. 132 ss.

la revinculación, de las formas sociales industriales por otro tipo de modernidad, ya que la modernidad, en virtud de su dinamismo inherente, está minando sus formaciones de clases, estratos, ocupaciones, roles de género, familia, fábricas, y también los prerrequisitos y formas continuadas de progreso económico.

En tanto aquella opción epistemológica y política se realiza demuestra que cuando las pretensiones de la racionalidad moderna reemplazaron a aquellas de la tradición, parecían ofrecer una sensación de certidumbre mayor de la que proporcionaba el dogma preexistente, ocurrió, sin embargo que “las semillas del nihilismo estuvieron desde un principio en el pensamiento ilustrado.”<sup>494</sup> Lo cual determina que ningún conocimiento puede establecerse en una fundamentación incuestionable, porque incluso la más firme de las aseveraciones sólo puede ser tomada “en principio”, ya que de otra manera recaería *en el dogma y se separaría de la esfera de la razón, que es la que en primer lugar determina su validez.*<sup>495</sup> Bajo las condiciones de modernidad ningún conocimiento es conocimiento en el antiguo sentido de la certeza absoluta, ya que, si reconocemos la reflexión de la modernidad, este hecho derriba la razón entendida como conocimiento cierto.<sup>496</sup>

En este sentido, Giddens señala que lo que resulta característico de la modernidad no consiste en “abrazar lo nuevo por sí mismo, sino la presunción de reflexión general en la que naturalmente se incluye la reflexión sobre la naturaleza de la reflexión misma.”<sup>497</sup> Este autor parte de destacar, inspirado en el *zeit* de Heidegger, el grado de sufrimiento que la globalización inflige en las conciencias individuales.<sup>498</sup>

En tales términos, la postmodernidad produce un efecto de disyunción entre el tiempo y el espacio, que confunde y llena de zozobra a los individuos. Esta sociedad es una construcción permanente del futuro cargada de ansiedad y riesgo, donde la subjetividad del hombre contemporáneo estaría infectada de “inseguridad ontológica.”<sup>499</sup>

---

<sup>494</sup> Giddens, A., *Consecuencias de la modernidad*, (trad. Lizón Ramón), Alianza, Madrid 1993, pág. 47.

<sup>495</sup> *Ibidem*, el destacado es nuestro.

<sup>496</sup> Sobre este tema ver, entre otros, Vattimo, G, *Introducción a Heidegger*, op.cit., del mismo *El fin de la modernidad. Nihilismo y hermeneútica en la cultura postmoderna*, Península, Barcelona, 1985; Morin, E, “*Ciencia con conciencia*”, Paidós, Barcelona, 1984.

<sup>497</sup> Giddens, A., *Las consecuencias perversas..*, op. cit., pág. 46.

<sup>498</sup> Véase Žižek, S., “*El atolladero de la imaginación trascendental, o Martin Heidegger como lector de Kant*”, en *El espinoso sujeto*, op.cit., págs. 17-78, en particular, pág. 59

<sup>499</sup> Este término será acotado en su polisemia histórica de acuerdo con Spinoza en el Prefacio de su *Tratado teológico-político*, (trad. e introd. Domínguez), Alianza, 1986, pág. 61, cuando expresa “Si los hombres pudieran conducir todos sus asuntos según un criterio firme, o si la fortuna les fuera siempre favorable, nunca serían víctimas de la superstición. Pero como la urgencia de las circunstancias les impide muchas veces emitir opinión alguna y como su ansia desmedida de los bienes inciertos de la fortuna les hace fluctuar, de forma lamentable y casi sin cesar, entre la esperanza y el miedo, la mayor parte de ellos se muestran sumamente propensos a creer cualquier cosa. Mientras dudan, el menor impulso les lleva de una lado para otro, sobre todo cuando están obsesionados por la esperanza y el miedo; por el contrario, cuando confían en sí

El concepto de sociedad del riesgo, al encontrar como motor de la modernidad el progreso autónomo, produce en las condiciones subjetivas e institucionales actuales el “retorno de la incertidumbre al centro de la sociedad y de la cultura.”<sup>500</sup> Como consecuencia de ello, según Beck, asistimos a la configuración de otra modernidad: *la modernidad reflexiva*. Esto implica una “autoconfrontación” de los perfiles de la modernidad con las amenazas que su desarrollo produce para los contextos en los que vivimos. En esta nueva etapa, en la que el progreso deriva en autodestrucción, emerge una radicalización del ideario moderno que quiebra las premisas y contornos de la sociedad industrial y abre vías a una modernidad distinta.<sup>501</sup> Como resultado de la búsqueda de elementos que permitan soslayar los conflictos que actualmente se presentan, Beck sostiene como tesis principal que *la modernidad habrá de ser esencialmente reflexiva, esto es autoconciente y universalmente democrática.*<sup>502</sup>

Reflexividad y globalidad quedan planteadas, en el esquema propuesto, como las dos caras de una moneda: una sociedad de riesgos que es puesta a punto en virtud del éxito de los presupuestos de la modernidad “simple” y que, al cuestionarse en virtud de sus efectos, auspicia el surgimiento de una segunda modernidad, esta vez, reflexiva.<sup>503</sup> Autores como Giddens, Beck y Lash, incluyen la reflexividad como uno de los principales elementos del análisis de la globalización. Este elemento los distingue de aquellos, como Jameson, que parten de perspectivas postmodernas.<sup>504</sup> Sobre este último punto ha sido Lash<sup>505</sup> quien expone su desacuerdo con el espacio postmoderno desterritorializado de Jameson. A su entender tanto la dimensión temporal como la espacial asisten a un vaciamiento y llegan a alcanzar una abstracción tan completa que acaba por disolver los últimos restos de orientación espacial que clausura la confianza en el futuro, sustituyéndola por una instantaneidad que impide la capacidad de

---

mismos, son jactanciosos y engreídos. ...Esta inconstancia ha provocado numerosos disturbios y guerras atroces, ya que, como consta por lo que acabamos de decir y el mismo Quinto Curcio (lib.IV, capítulo 10) ha señalado con acierto, *no hay medio más eficaz para gobernar a la masa que la superstición*” ibídem, pág. 64, el subrayado no pertenece al original. Véase el tratamiento de la superstición en *supra* 1.10.

<sup>500</sup> Beck, U., “*La reinención de la política: hacia una teoría de la modernización reflexiva*”, op.cit., págs. 21 ss.

<sup>501</sup> Ibídem, pág.15.

<sup>502</sup> Beck, U., *La democracia y sus enemigos. Textos escogidos*, (trad. Romero Alvarez), Paidós, Barcelona, 2000.

<sup>503</sup> En el capítulo anterior y en los subsiguientes habremos de dar consistencia a una decisión epistemológica y metodológica que tiene que ver con el cuestionamiento de la idea de progreso moderna. Es por ello que si bien seguimos utilizando el término acuñado por el sociólogo Beck, también hemos de tomar en cuenta la propuesta de Herrera Flores, que siguiendo el término de Stieglitz “modernidad inflexiva”, ha tenido oportunidad de presentar en la Fundación Iberoamericana de Derechos Humanos, el Manifiesto Inflexivo disponible en [www.fiadh.org](http://www.fiadh.org).

<sup>504</sup> Véase *infra* próximo epígrafe.

<sup>505</sup> Beck, U., /Giddens, A., /Lash, S., *Modernización Reflexiva. Política, Tradición y Estética en el orden social moderno*, op.cit., págs. 178 ss.

registro humana. En el desarrollo simultáneo de procesos opuestos hacia la heterogeneización y la complejidad de la vida cotidiana, se abrirían nuevas posibilidades para la recomposición de la subjetividad y de la comunidad, erigiéndose como la contracara de la instantaneidad.

Las propuestas anteriormente agrupadas en la “modernización reflexiva” incorporan al capitalismo, a la vez como condición y como resultado, como gran protagonista de los cambios espacio-temporales acaecidos en el tránsito de la modernidad clásica a la modernidad tardía, tornándose insoslayables las transformaciones ocurridas en el sistema de los Estados nación.<sup>506</sup> Desde estas perspectivas los flujos globales, tendrían un papel cada vez más relevante en la nueva articulación espacio-temporal, caracterizada por la tensión entre las tendencias la desterritorialización y reterritorialización.<sup>507</sup>

Al hilo de la formulación de su propuesta, Beck finaliza la “sociedad del riesgo” planteando que el regeneramiento de la política es el mejor antídoto contra esta situación de subordinación y profesionalización que viene sufriendo la sociedad. La cuestión radicaría entonces en abandonar la política de la emancipación y construir una política de la vida, que incorpora a la anterior, pero que, en su esencia, es capaz de romper con el divorcio que hay entre los sistemas expertos y la conciencia individual.

En virtud de lo anterior, plantea que la política se ve necesitada de la recuperación de un clima de participación, pluralismo y debate genuinos que impregne y así transforme los lugares de decisión; en virtud de ello, las decisiones alcanzadas serán el fruto del acuerdo y establecimiento racional de las prioridades.<sup>508</sup>

---

<sup>506</sup> Véase tratamiento en Capítulo 1, en especial puntos 1.4., 1.5.

<sup>507</sup> De Sousa Santos, B., *Crítica de la razón.....*, op.cit., págs. 218 ss.

<sup>508</sup> En contra de la postura de Beck, entre otros, destaca la de Luhmann, quien en su *Sociología del riesgo* alcanza la conclusión de que “lejos de politizar la toma de decisiones tecnológicas, lo más oportuno sería tecnologizar radicalmente el comportamiento colectivo empezando por el sistema político”. En lo relativo a la consecución de este objetivo, el autor sugiere dos tipos de medidas: por un lado la sociedad debería adoptar el principio de binariedad propio de los sistemas informáticos; por otra, los sistemas sociales deberían observarse a sí mismos para corregirse *ad infinitum*. Lo primero estaría dado por no apostar por una sola decisión, sino sopesar siempre dos soluciones alternativas. En cuanto a la autoobservación, organiza una teoría de “observación de segunda”. La complejidad de las relaciones sociales no devenidas todavía sistema social, implica su opacidad, lo que imposibilita su observación directa. La observación del otro, observación de segundo orden, aparece como la única posibilidad de conocer. La observación de segundo orden, la observación del otro, es lo que constituye el conocimiento del mundo. La observación del otro aparece como la referencia desde la que el individuo puede orientar su conducta, donde la previsibilidad de la conducta del otro es la única vía que permite una transparente observación de segundo orden y paralelamente la estabilidad. Esto es, que su acción ya no está determinada autónomamente sino respecto de la posición que ocupa dentro del sistema. Para un análisis más profundo, véase Rivero Sánchez, J.M., *Episteme y Derecho. Una exploración jurídico-penal*, Comares, Granada, 2004, *Introducción*, págs. 1-13.

Recasens i Brunet<sup>509</sup> coincide con Beck cuando afirma que el principio de reflexividad es susceptible de garantizar la transparencia en la toma de decisiones, en la medida en que introduce en la realidad social los mismos marcos organizativos del conocimiento y las recomendaciones de política científica y económica. Estos sistemas expertos (científico y técnico) definen la vida social. *Las definiciones, regulaciones, formulaciones que hacen los sistemas expertos en el mismo momento en que se formulan pasan a ser parte del cambio social.*

Por su parte, la solución postulada por Beck estriba en atender a la reflexividad librada de la colonización tecnológica, complementándose con la debida participación de los sujetos. En este contexto, la política entendida como movimiento social debe asegurar la recuperación del sentido de la experiencia y de la posibilidad de apertura a otros horizontes de “desarrollo” posibles. La “reflexividad” denuncia la transformación de la sociedad moderna, con sus premisas de orden y control, determinabilidad y seguridad a una sociedad donde las respuestas adquieren siempre carácter de ambivalentes, contingentes y arriesgadas, y las decisiones que requiere esta coyuntura inevitablemente deberán adoptarse en este medio, donde los cánones modernos ya no ofician de dadores de orden.<sup>510</sup>

Sin embargo, es oportuno efectuar una digresión de la mano de Herrera Flores, retomando el término *modernidad inflexiva* acuñado por Stieglitz. Consideramos que Beck lo que propone es una visión general tecnocrática del conocimiento y la generalización de una específica forma de regulación institucional de la que habremos de dar cuenta en este capítulo, en particular focalizando el estudio en la forma en que el concepto de riesgo se apropia de los espacios de discusión democráticos y edifica *dispositivos de control tecnocráticos eficaces y neutrales*. En el agotamiento del contrato social fordista, las decisiones políticas están deprivadas de cuestiones valorativas, de cuestiones humanas, y colmadas de una impúdica indiferencia que contempla la excedencia como *efectos colaterales* del progreso.

En este sentido, Herrera Flores pregunta “¿Qué tipo de reflexividad puede ayudarnos a afrontar tales riesgos ontológicos: una reflexividad empeñada únicamente en mirarse el propio ombligo y proponer soluciones de corte etnocéntrico a los efectos y consencuencias aparentemente desconocidas?, o ¿una reflexividad que relativice nuestros avances tecnológicos e institucionales y permita que otros procesos culturales puedan hacer valer en condiciones de igualdad material sus propios caminos y vías de salida a los riesgos bajo los que viven?”<sup>511</sup>

---

<sup>509</sup> Recasens i Brunet, A., “Globalización, riesgo y seguridad: El continuóse de lo que alguien empezó”, Da Agra, C., /Domínguez, L., /García Amado, J.A., /Hebberecht, P., /Recasens, A., (eds.), *La seguridad en la sociedad del riesgo*, op.cit., págs. 374 ss.

<sup>510</sup> Véase *supra* 1.10.

<sup>511</sup> Herrera Flores, J., *Los Derechos humanos...*, op.cit., pág. 39.



En virtud de lo anterior, el autor formula -como respuesta- *tres leyes de una modernidad inflexiva*,<sup>512</sup> a fin de acercar una “teoría que analice, elucide, haga visible las estrategias de los adversarios en el seno de las relaciones de poder, las tácticas utilizadas por aquellos que ignoran u ocultan las causas reales de las desigualdades y los núcleos de resistencia que intensifiquen las luchas que se desarrollan en torno al poder.”<sup>513</sup>

En consecuencia, optamos por estructurar el análisis de conformidad con la propuesta de Herrera Flores -de acuerdo a como han sido tratados los procesos globales en el capítulo anterior-, para el análisis del concepto de riesgo que epistemológicamente (re)define las políticas criminales como políticas punitivas del Estado postmoderno en la etapa de transición de los procesos globalizadores.<sup>514</sup>

Habiendo criticado el paradigma de orden y control que funda el Estado nación soberano bajo las luces de la razón instrumental,<sup>515</sup> nos abocamos a la tarea de construir criterios de racionalidad para la configuración de una política criminal que adecue sus presupuestos a las actuales circunstancias, para lo cual, necesariamente, deberemos zanjar la cuestión de *qué tipo de racionalidad* es la que orientará la confección de aquéllos. Debido a ello *propondremos como eje del análisis el concepto de riesgo y las diferentes formas en como éste fue concebido y tratado en el proyecto moderno -su aporía de control-, y cómo ahora se constituye en “la cara oscura de la modernidad.”*<sup>516</sup>

Si conducimos nuestra investigación a partir de los cambios epistemológicos sufridos y sugeridos por esta categoría, es porque queremos hacer hincapié en que éste es un concepto engendrado en la modernidad, y como tal, muestra su opacidad en la “modernidad reflexiva”. Ello implica que el riesgo, como elemento determinante de una forma de habitar y conocer el mundo, se vuelva susceptible de cuestionamiento. Buscamos puntualizar los efectos que produce en las sucesivas rearticulaciones quiméricas del control social y en los engranajes que activa la política criminal del Estado técnicoadministrativo bajo el paradigma de la gestión.

---

<sup>512</sup>La primera de ellas denuncia la utopías del liberalismo – el mercado autorregulado y la democracia de baja intensidad-, que configuran el marco causal de los riesgos que una modernidad reflexiva preocupada únicamente por los efectos quiere –ingenuamente- subsanar; la segunda ley pone de relieve el uso político de la moneda como forma de dominio económico y, por supuesto, político, cuya lógica convierte a los agentes financieros en especuladores despreocupados de los orígenes del dinero y de sus aplicaciones posteriores; por último en tercer lugar, aquella ley que sostiene que las entidades financieras globales contribuyen a una erosión continua de las economías de los países en vías de desarrollo que están arrojados a los efectos de los mercados internacionales.

<sup>513</sup> Herrera Flores, J., *Los Derechos humanos....*, op.cit., pág. 41.

<sup>514</sup> Los mimbres que han de ser postulados en el presente capítulo serán los que guíen la confección de la propuesta político criminal que llevaremos a cabo en el capítulo 5.

<sup>515</sup> Véase la crítica de la razón instrumental que hicimos en *supra* 1. 13.a.

<sup>516</sup> Giddens, A., *Modernidad e identidad del yo*, Barcelona, Península, 1991, pág. 157.

En este sentido, aparece indudable su relación con la incertidumbre, como un producto del cambio y avance tecnológico y estructural. Si bien es cierto que la incorporación de desarrollos y avances produce consecuencias aleatorias e imprevisibles, partimos desde la semántica del riesgo definido “como la sustitución de unos órdenes institucionales por otros”<sup>517</sup>; son las metamorfosis camaleónicas de las relaciones de tensión del poder las que no habilitan la posibilidad de cuestionar (reversibilidad) la incapacidad de seguir pensando bajo los cánones modernos de control; mientras asistimos al desbordamiento de la lógica del “progreso” ilimitado que pretende ser impuesta como si fuera la única racionalidad posible.

De allí que podamos afirmar que el Estado postmoderno es completamente autorreferencial, ya que no cabe en ningún momento una apelación a cuestiones de legitimidad que tengan que ver con valores humanos.<sup>518</sup> En este sentido, por ejemplo, las crisis ecológicas son observadas como el cambio de los peligros “naturales y divinos” de las sociedades premodernas, por los “riesgos” que se desprenden de las decisiones humanas orientadas por el control racional instrumental del progreso económico.

De la misma manera en que las formas societales tradicionales y los esquemas certeros de aquellas han sido eliminados y sustituidos por la modernización de la sociedad industrial, ésta ahora disuelve sus propias formas, tradiciones y certidumbres, lo que produce efectos no estimados, latentes, que continúan siendo *decididos* dentro del esquema epistemológico e institucional moderno (gestión). Actualmente se intensifica de tal forma el control tecnocrático que la actividad política se reduce sólo a asumir una supuesta responsabilidad sobre la distribución de las consecuencias de la quiebra de las defensas que mantienen el orden, es decir, cuando se frustra y corre peligro “la confortable y soporífera insularidad de nuestro *lebenswelt*, que supuestamente protegen.”<sup>519</sup>

Como intentamos poner de relieve en el capítulo anterior,<sup>520</sup> el Estado nación, *mediando* en la organización de los ámbitos de actividad, proporcionaba una situación de previsibilidad y estabilidad. En cambio hoy, en virtud de los efectos de los procesos globalizadores, se impone la desregulación y, de nuevo, su control, que genera el azaroso orden de los mercados. Sin embargo, “tanto Estados como Mercados adoptan idénticos recursos tecnológicos, sólo que lo hacen con muy diferente forma institucional. Como si fuesen vigías previsores,

---

<sup>517</sup> Gil Calvo, E., “Desinstitucionalización”, en Ramos Torre, R., /García Selgas, F., (eds.), *Globalización, riesgo, reflexividad*, op.cit., págs. 275-291.

<sup>518</sup> En el mismo sentido Herrera Flores, J., *Los Derechos humanos...*, op.cit., pág. 44, “pensar de otro modo es, pues, la reacción cultural más importante que podemos llevar a cabo. En esto consiste eso que podemos llamar el *proceso de humanización de lo humano*”. (el subrayado nos pertenece); asimismo Butler, J., “*Detención indefinida*”..., op.cit., págs. 121 ss.

<sup>519</sup> Bauman, Z., *Vidas desperdiciadas*, op.cit., pág. 43

<sup>520</sup> Véase *supra* puntos 1.11., 1.12.

los Estados intentan proponer *relatos morales* dotados de continuidad lineal, creando así la suficiente certidumbre de futuro como para incentivar la adopción de decisiones a largo plazo. En cambio como si fuesen *miopes* incurables, los mercados se despliegan como *menús* de oportunidades alternativas, al modo de borgianos jardines de senderos que se bifurcan, componiendo así *redes* fragmentarias y laberínticas que están privadas de continuidad lineal, donde sólo resulta posible adoptar decisiones de corto plazo, predestinadas a rectificarse sobre la marcha.”<sup>521</sup>

Para nuestro estudio la importancia de la categoría epistemológica de riesgo radica en que ésta ha de ser tomada como el punto de partida, como el *punto de inflexión* a partir del cual poder plantear nuevos criterios de racionalidad ya no instrumentales,<sup>522</sup> para la confección de una política criminal, cuyo núcleo está configurado por los Derechos humanos como producto de la lucha por el reconocimiento de la dignidad y, si bien se reconoce que “la forma conceptual de sociedad del riesgo designa desde un punto de vista teórico social, de diagnóstico cultural y desde un punto de vista filosófico antropológico, un estadio de la modernidad, en el que, con el desarrollo de la sociedad industrial hasta nuestros días, las amenazas provocadas ocupan un lugar predominante, quedando así de esta manera planteada la autolimitación de este desarrollo, y se propone el cometido de tematizar los estándares alcanzados en términos de responsabilidad, control, limitación y distribución de los efectos nocivos”<sup>523</sup>, no perder de vista que el nodo problemático se comprueba en continuar apostando por la razón instrumental y su correlativo acto de fe: la gestión.

La posibilidad de que cotidianamente se produzcan daños que afecten a una indeterminable cantidad de individuos, -denotando así su carácter global- es algo que marca decisivamente la forma en cómo construimos nuestra realidad.<sup>524</sup> Los efectos colaterales y peligros se revelan como el significado del impulso innovador, como elemento diferenciador de la modernidad;<sup>525</sup> sin embargo, son

---

<sup>521</sup> Gil Calvo, E., “Desinstitucionalización...”, op.cit., pág. 277.

<sup>522</sup> Como apunta Prieto Navarro en “Sobre los límites y posibilidades de la respuesta jurídica al riesgo”, en Da Agra, C., /Domínguez, L., /García Amado, J.A., /Hebberecht, P., /Recasens, A., (eds.), *La seguridad en la sociedad del riesgo. Un debate abierto*, op.cit., pág. 28. “Las dudas que suscita el riesgo se esparcen en varias direcciones, amenazando indiscriminadamente a todo lo que hay a su alrededor. La profundidad de las perplejidades se extiende a la ontología (la pregunta del por qué), la epistemología (cómo puede conocerse) y la axiología del riesgo (cómo enjuiciarlo moralmente)”

<sup>523</sup> Beck, U., *Las consecuencias perversas...* op.cit., pág. 204.

<sup>524</sup> Cfr. Curbet, J., “La era del riesgo ¿Eliminar el riesgo o gestionar el desastre?”, disponible en [www.iigov.org/seguridad/?p=1\\_01](http://www.iigov.org/seguridad/?p=1_01)

<sup>525</sup> Esta es la tesis que Bauman desarrolla en su trabajo *Vidas desperdiciadas*, op.cit., cuando analiza las consecuencias de la modernidad como la producción de residuos humanos, poblaciones superfluas de emigrantes, refugiados y demás parias, como producto ineludible del desarrollo y el progreso alumbrados bajo el foco de la razón moderna.

producto de la dinámica propia, normal de la modernidad occidental, su victoria.<sup>526</sup>

Finalmente, la cultura del riesgo ya no suscribe la idea de que el daño derivado de acciones llevadas a cabo en situaciones de incertidumbre sea el resultado de un acto moralmente erróneo atribuible conforme al esquema de responsabilidad individual. En este contexto, *el daño adquiere las calificaciones de efectos colaterales, esto es, las consecuencias secundarias, supuestas o conocidas en cierto grado, no deseadas pero sin embargo inevitables, porque están enmarcadas en una secuencia teleológica global que empuja al cumplimiento de la acción.*<sup>527</sup>

Las actividades de (des)regulación<sup>528</sup> del Estado postmoderno y su permanente intento de acotar el ámbito de responsabilidad bajo el manto de los *efectos colaterales* debe ser permanentemente cuestionado. Ante la fractura de los parámetros de la racionalidad instrumental, la sociedad actual supone el retorno a la incertidumbre. Ésta no será ya objeto de subrogación con criterios de verdad absoluta, sino que el movimiento que ella misma propone será capturado a fin de componer una sociedad democrática y pluralista que se arroge la discusión de los problemas a los que se enfrenta, todo ello a partir de la crítica del plano del *ser, mediante la recuperación del espacio público que produce la lucha por el reconocimiento de los Derechos humanos y el trazado de nuevos caminos para la dignidad, partiendo necesariamente de otro contenido para la idea de progreso.*<sup>529</sup>

### 2.2.a. Riesgo moderno, opacidad tardía

La noción de riesgo se origina con la comprensión de que resultados imprevistos pueden ser consecuencia de nuestras propias actividades o derivar de decisiones políticas, en lugar de ser expresión de ocultos designios divinos o

---

<sup>526</sup> Cfr. Beck, U., *¿Qué es la globalización?*, op.cit., pág. 52 ss.

<sup>527</sup> Campione, R., *“El que algo quiere algo le cuesta*, en Da Agra, C., /Domínguez, L./ García Amado, J.A., /Hebberecht, P., /Recasens, A., (eds.), *La seguridad en la sociedad del riesgo. Un debate abierto*, op.cit. pág., 22-23, el subrayado pertenece al original.

<sup>528</sup> Como pone de manifiesto Bauman, Z., *Comunidad. En busca de seguridad en un mundo hostil*, op.cit., pág., 51“la desregulación es la palabra de moda y el principio estratégico elogiado y aplicado activamente por cualquiera que tenga poder. Hay demanda de desregulación porque los poderosos no desean ser regulados: tener limitada su libertad de elección constreñida su libertad de movimientos; pero también (quizá en primer lugar) porque ya no tienen interés en regular a otros. El controlar y mantener el orden se ha convertido en una patata caliente de la que están más que dispuestos a desprenderse quienes son lo bastante fuertes como para librarse de lastre tan embarazoso y arrojarlo con presteza en manos de sus inferiores jerárquicos, demasiado débiles como para rechazar el regalo envenenado”. El Estado ya no preside los procesos formales de integración social, que hacen indispensables la regulación normativa. El control policial del territorio administrado es la única función que se deja a los Estados que, habiendo abdicado de sus funciones ortodoxas, ejercen un control parcializado y sin autonomía, pero que mantiene su entidad de forma simbólica.

<sup>529</sup> Siguiendo la tesis de Herrera Flores, J., *Los Derechos humanos...*, op.cit., que será objeto de análisis al momento de hacer nuestra propuesta político-criminal en el Capítulo 5.

naturales. Este término reemplaza ampliamente lo que con anterioridad se pensó como fortuna y, de este modo, se separa de las cosmologías premodernas.<sup>530</sup>

No es extraño que, tras los esfuerzos denodados por construir estructuras y métodos mediante la razón instrumental para controlar y gestionar el riesgo, el mismo sea rearticulado tras una crisis de los metarrelatos, es decir, ante el desbaratamiento de las seguridades modernas. Esta es la perspectiva característica de la postmodernidad como la plantea Lyotard<sup>531</sup> cuando hace referencia tanto al desplazamiento del intento de fundamentar la epistemología, como al desplazamiento de la fe en el progreso humanamente concebido. La condición de postmodernidad se distingue por una especie de desvanecimiento de “la gran narrativa” englobadora, mediante la cual se nos coloca en la historia cual seres que poseen un pasado determinado y un futuro predecible.

Desde una visión más optimista, Habermas procura demostrar que es posible una epistemología coherente, y que se puede lograr un conocimiento generalizable de la vida social y los modelos de desarrollo.<sup>532</sup> Aunque no es el objetivo propuesto aquí intervenir en este debate que en otras áreas del conocimiento tiene lugar, es significativo en tanto que aporta elementos de análisis en lo que respecta a nuestro trabajo.<sup>533</sup>

En estos términos, la sociología del riesgo evidencia el carácter estructuralmente ambivalente de la constitución activa de la sociedad: se tambalea el axioma de que el progreso es siempre evolución hacia una humanidad mejor. En este horizonte, el concepto de riesgo, las reflexiones sobre su alcance y consecuencias, no encuentran determinación, por lo que esta

---

<sup>530</sup> Como pone de manifiesto De Sousa Santos, B., *Crítica de la razón indolente...*, op.cit., págs. 204-205 “Como la modernidad sustituyó el concepto de *fortuna* por el concepto de riesgo, el contexto de la confianza se expandió enormemente. Abarca todos los riesgos y los peligros de la acción humana, ahora liberada de la imposición divina y dotada de una capacidad transformadora ampliadísima.” Agrega el profesor de Coimbra que “la naturaleza de las instituciones modernas está profundamente ligada a los mecanismos de la confianza en los sistemas abstractos, sobre todo, confianza en los sistemas expertos.” A través del sistema jurídico, el Estado moderno se convirtió en el principal garante de la confianza en masa que necesita la sociedad moderna. La confianza generada por el Estado va, además, mucho más allá de los sistemas expertos, extendiéndose a la infinita variedad de situaciones de gestión del riesgo que se van desarrollando a partir de las relaciones sociales entre extraños (individuos, grupos, Estados extranjeros) o entre conocimientos, tanto íntimos como separados. Cuanto mayor sea el ámbito de las relaciones generadoras de riesgo, tanto mayor será la dependencia en la confianza del Estado y en su gestión del riesgo y concluye que “la confianza en los sistemas de expertos se basa en la posibilidad de que el Estado fiscalice sus actividades y gestione los riesgos que puedan surgir de eventuales deficiencias o consecuencias imprevistas en su funcionamiento.” *Ibidem*.

<sup>531</sup> Lyotard, J.F., *The postmodern Condition*, , University of Minnesota Press, Minneapolis, 1985.

<sup>532</sup> Habermas, J., *The philosophical discourse of modernity*, Cambridge, England, 1987.

<sup>533</sup> En este sentido, como señala Herrera Flores, “Al negar que exista la posibilidad de una reflexión que conecte las diferentes esferas de la realidad en su proceso histórico, y verlas cada una por separado, debido al rechazo de todo tipo de pensamiento con pretensiones globales, la filosofía postmoderna lo que hace en última instancia, es justificar y entronizar el presente, al actual estado de cosas existente, como si fuera el único posible”, op.cit., pág. 139.

categoría parecería haberse infectado de la misma quiebra de seguridad que afecta la convicción más firme de la confianza moderna en la ciencia y la técnica<sup>534</sup> y, en esta instancia, se establezca una metonimia con el peligro<sup>535</sup> como categoría *exclusivamente natural* e incapaz de ser gestionable por las categorías modernas de control.

## 2.2.b. El enfoque postmoderno de Jameson

Dentro de las teorías postmodernas encontramos concepciones distintas. Por su parte, aquellos que son detractores de este término prefieren referir a esta época como de modernidad tardía, modernidad reflexiva, etc., como vimos en el epígrafe anterior. Respecto de éstos, el punto álgido de la discusión se sitúa en la cuestión acerca de si estamos viviendo la experiencia final de la modernidad, dando lugar a otra etapa – a la cual algunos clasifican de transicional-<sup>536</sup> o si, por el contrario, estamos experimentando las limitaciones propias de la modernidad, lo cual daría lugar a la recomposición de aquél paradigma para seguir el curso originalmente propuesto.<sup>537</sup>

No obstante, los enfoques postmodernos comparten un denominador común: la reafirmación de la centralidad ocupada por el “espacio” en detrimento del “tiempo” que ejercía el predominio en el mundo moderno, lo cual se demuestra en la fluidez con la que circula el capital o en términos marxianos en la subsunción real del trabajo al capital. Si bien no es tarea fácil consolidar un único punto de partida de las teorías postmodernas, encontramos que la mayor parte de ellas se incardinan en un ataque hacia una razón moderna que exalta la universalidad como medio de fundamentar la supremacía del hombre blanco burgués europeo, es decir en la idea de soberanía moderna.<sup>538</sup>

---

<sup>534</sup> Prieto Navarro, E., “Sobre los límites y posibilidades de la respuesta jurídica al riesgo”, op.cit. págs. 28 ss.

<sup>535</sup> Véase el epígrafe 2.2.c. donde señalamos la distinción efectuada por Luhmann entre estos dos conceptos.

<sup>536</sup> Se emplea modernidad tardía en el mismo sentido que los historiadores han denominado como Antigüedad Tardía, esto es, el período en el cual el Occidente Romano tras la crisis del siglo III, cuando se desarticulan los parámetros que estructuraban la experiencia antigua del mundo, sus ejes políticos, institucionales y religiosos, pero no aparecen nuevos parámetros que organicen una nueva experiencia del mundo y la sociedad. La modernidad tardía vive de los valores modernos, mejor dicho, de la descomposición de aquellos, pero no de la emergencia de nuevos valores; a mayor abundamiento véase Lewkowicz, I., *Pensar sin Estado*, op.cit., págs. 45 ss.

<sup>537</sup> En este sentido Portilla Contreras, G., *El Derecho penal entre.....*, op.cit., pág. 16 propone la postmodernidad, en virtud de la multitud de conceptos y perspectivas que se funden en su seno, como una exégesis en la crisis estructural del *modelo fordista*, en el tránsito de un modo de producción centrado sobre los trabajadores de la fábrica a otro modelo productivo.

<sup>538</sup> Hardt, M., /Negri, A., *Imperio*, op.cit., págs. 136-137.

Jameson, por su parte, señala que la cultura postmoderna es de alguna manera más espacial que las demás y siguiendo a Lefebvre, rastrea las raíces del cambio espacio-temporal que hoy experimentamos en la expansión del capitalismo, motor de la progresiva mercantilización de las distintas esferas, iniciándose un proceso de progresiva abstracción, que culmina en el *postmodernismo* entendido como la completa colonización de la cultura por la lógica del capitalismo tardío.<sup>539</sup>

Según Jameson la postmodernización es el proceso económico que surge cuando las tecnologías mecánicas e industriales se expanden hasta cercar el mundo entero, cuando el proceso de modernización se completa y cuando la supeditación formal del entorno no capitalista alcanza su límite. A través de los procesos de transformación moderna, todo lo que corresponde a la naturaleza ha llegado a formar parte del capital o, al menos, ha quedado sometido a él.

En virtud de ello, esto es, de una “hipermodernización” deviene un hiperespacio desubicado, sin centro, características que se corresponden a su pérdida de orden y fijeza. A ello se agrega la constitución de un “no lugar”,<sup>540</sup> ejemplificado mas no definido, por el autor como una habitación de hotel o un aeropuerto, locus independientes de su ubicación concreta. El hiperespacio es, ante todo, la red global en que se despliega el capitalismo tardío multinacional, inseparable de la cultura, ahora también global.

Para el autor, la globalización avanza de la mano de una creciente fragmentación, del mismo modo que la heterogeneidad de sus versiones locales es al mismo tiempo su capacidad de homogenización. Dichas antinomias se derivan del proceso de abstracción propiciado por la expansión del capital, traducido en el espacio en una creciente liberación de su forma concreta, centrada, territorial. Asimismo presta importancia al plano político de la integración entre lo global y lo local. Arguye que entre dos niveles espaciales existe una discontinuidad, no inmediatamente salvable. En estos términos propone la confección de una “cartografía cognitiva”<sup>541</sup> espacial global como la única vía capaz de saturar las discontinuidades espaciales y sociales. Ésta permitiría la posibilidad de nombrar este nuevo hiperespacio, y de nombrar al sujeto postmoderno, que ya no puede ser definido en términos modernos. Propone entonces una transcodificación de la postmodernidad en una versión abierta a la intervención política de instancias activas.<sup>542</sup>

---

<sup>539</sup> Jameson, F., *Teoría de la Postmodernidad*, (trad. Montolio Nicholson/Ramón del Castillo), Trotta, Madrid, 1996.

<sup>540</sup> Augé, M., *Los “no lugares”. Espacios del anonimato. Una antropología de la sobremodernidad*. (trad. Mizraji), 2ª ed., Gedisa, Barcelona., 1995, en especial su prólogo pág. 9 –15.

<sup>541</sup> Jameson, F., op.ult.cit., en especial los capítulos 6 y 7, págs. 331 ss.

<sup>542</sup> En este punto continua diciendo que “Lo más sorprendente, y quizás lo más grave en términos políticos, es que los nuevos modelos representativos también prohíben y excluyen toda representación adecuada de lo que solía representarse como clase dirigente. De hecho, varios rasgos necesarios para esta representación están ausentes (...) Sólo los media y el mercado son

En contra de aquellos que rescatan todavía la “modernidad” en su sentido actual para distinguir su producto de su visión anterior, el autor se pregunta cómo todavía pueden aquéllos evadirse de graves cuestiones políticas, económicas y sistémicas que tornan inevitable un concepto de postmodernidad. En este sentido las sucesivas adjetivaciones de la modernidad son viables en tanto se ignora el propio capitalismo mundial.<sup>543</sup>

En efecto, la postmodernización implica el cambio de un paradigma económico a otro, una nueva forma de “ser humano” que habita las hibridaciones propias de la caída del paradigma de la modernidad como organizadora maniquea del mundo. En este trabajo utilizaremos aquél término desde la posibilidad que habilita de deconstruir la soberanía del Estado-nación e intentar describir sus derroteros actuales en el plano inmanente de las mutaciones del concepto de orden y de control en el plano del discurso que, como sabemos, comienza con los sistemas de exclusión.<sup>544</sup>

### 2.2.c. El riesgo según Luhmann

Como señala Luhmann,<sup>545</sup> la tradición racionalista bosquejó una forma, nunca un concepto de riesgo. El problema queda traducido en directrices de cálculo, es decir, la posibilidad a través de la cual mediante el recurso a oportunidades racionales los daños pudieran posiblemente ser evitados. Entendido como forma, el riesgo, refiere a un flujo de categorías que se construyen en términos de diferencia, oposición, etc.; mediante el par riesgo/seguridad, se obtiene un esquema de observación que posibilita que las decisiones sean evaluadas en virtud del cálculo del riesgo. Este cálculo definiría entonces el porcentaje de seguridad al momento de tomar una decisión.

Luhmann hace una puntualización: “Las ideas sobre el tiempo carecen de objeto independientemente de la observación. En tanto observaciones y descripciones de las relaciones temporales son observaciones y descripciones en el tiempo. *Lo cual significa que dependen de la sociedad que se comunica sobre el tiempo y que, con este fin, desarrolla las formas apropiadas.*”<sup>546</sup> En virtud de este análisis, sienta la tesis de que todo ocurre al mismo tiempo, por lo cual quien observa es quien marca las diferencias. Si lo anterior es trasladado a la teoría de los sistemas,

---

visibles en cuanto entidades autónomas, y todo lo que cae fuera de ellos, o del aparato de la representación en general, queda cubierto por el amorfo término de poder, cuya ubicuidad – a pesar de su singular incapacidad para describir una realidad global cada vez más “liberal” – debería despertar profundas sospechas ideológicas”, *ibidem* pág. 271.

<sup>543</sup> Cfr. Jameson, F., *A singular modernity*, Verso Books, London, 2002, pág. 12.

<sup>544</sup> Cfr. La lección inaugural pronunciada en el *College de France* en 1970 por Foucault, M., *El orden del discurso*, (trad. González Troyano), Tusquets, Barcelona, 1992, págs. 9 ss.

<sup>545</sup> Luhmann, N., “El concepto de riesgo”, en Beriain, J., (coord.), (trad. Sánchez Capdequi), *Las consecuencias perversas de la modernidad*, op.cit., pág. 151.

<sup>546</sup> *Ibidem*, pág. 152.



tanto el sistema como el entorno ocurren simultáneamente, pero las formas en que se despliega la paradoja del tiempo no obedecen a una elección arbitraria, antes bien, ofrecen la posibilidad de coordinar las semánticas del tiempo con las estructuras de la sociedad. En efecto, las sociedades modernas representan el futuro como riesgo, donde el presente aparece como el punto de vista del observador, entre el pasado y el futuro, el tercero excluido.

Se colige que la valoración de los riesgos, siempre dependiente del presente y del observador, se desplaza en el tiempo y, es el tiempo quien se encarga de producir esta diferencia en la valoración social del riesgo, diferencia que es indeterminable en sus contenidos por el cálculo presente. *Corresponde al riesgo del riesgo que la valoración varíe con el tiempo.*

Para Luhmann, lo que caracteriza genuinamente al riesgo moderno, frente a la vigencia antigua de peligros, es el hecho de que la causa última de su producción ha de buscarse en la decisión o decisiones de sujetos individuales. Establece asimismo la distinción básica entre lo que él denomina la forma del riesgo, la que conjuga y separa los polos representados por el riesgo y el peligro. Sólo este último dependería de decisiones imputables a hechos externos, al azar o a intervenciones no dependientes de la voluntad humana; el peligro es algo con lo que hay que contar, del cual se intentará minimizar su impacto. Lo significativo aquí es que el peligro no permite ser vinculado causalmente con el daño. Y es curioso observar cómo las ciencias, lejos de retirarse ante la constatación de los males provocados por una actividad poco consciente de sus efectos deletéreos, continúan reclamando del conocimiento y control de los mismos productos dañinos que son imputables a su actividad. En este carácter deontológico de la ciencia, sólo ella parece estar en buenas condiciones para detectar, delimitar y valorar y gestionar los riesgos que proliferan por doquier y que ella misma ha contribuido a crear.

En esta advertencia previa plantea la *distinción entre riesgo y peligro*. Éste último presupone la existencia de incertidumbre respecto al acaecimiento de un daño futuro. Se establece entonces esta diferencia en virtud de lo exógeno o no de la causa del daño. Esto es, que si el daño es atribuible al entorno, entonces hablamos de peligro; a *contrario sensu*, si el daño es atribuible *causalmente a la decisión*, será susceptible de ser clasificado como riesgoso.<sup>547</sup>

El hecho de que la distinción entre riesgo y peligro dependa de las atribuciones no supone en ningún caso que se abandone a la voluntad del observador el que algo se evalúe como riesgo o peligro. *El riesgo tiene una dimensión temporal y social y la definición de que él se haga depende de éstas. Tiene el carácter de una decisión que se toma en virtud de un proceso de selección.*

Conforme más racionalmente se calcula y más complejo se hace el proceso de cálculo, mayor es el número de facetas en las que reina la incertidumbre del futuro y, por ende, del riesgo. Éste es una consecuencia del conocimiento. Sólo se

---

<sup>547</sup> Luhmann, N., op. ult. cit, pág. 144.

puede hablar de riesgo en la medida en que se conoce la plausibilidad del acaecimiento de consecuencias no queridas. Se conocen. No es incertidumbre lisa y llana, sino que es “incertidumbre fabricada”<sup>548</sup> por la racionalidad instrumental.

El autor en comentario observa que en la sociedad del riesgo la pregunta relevante consiste en saber quién o qué decide si (y en qué horizonte de objetivos y dimensiones temporales) un riesgo, en cuanto tal, ha de ser considerado o no. Este proceso de selección se suma a los ya habidos acerca de la clasificación, percepción, valoración y aceptación. *La selección es una problemática que ya no trata de la causalidad, sino sobre la posibilidad de que los actores sociales puedan dirigir el citado proceso.*<sup>549</sup>

Por ello, “la moderna sociedad del riesgo no es sólo resultado de la percepción de las consecuencias de realizaciones técnicas. Ella también está edificada sobre la expansión de la investigación y el conocimiento”<sup>550</sup> cuando “aquello que queda como un resto no resuelto, a pesar de los esfuerzos contrarios por una realización ordenada, es lo que denominamos riesgo.”<sup>551</sup>

Así las cosas, este autor plantea que la *prevención* puede ser funcional como concepto *mediador* entre decisión y riesgo. Por *prevención* entiende Luhmann<sup>552</sup> la preparación contra daños futuros, la cual hace disminuir, o bien la probabilidad de su aparición, o bien su magnitud. Se trata de la *búsqueda de confirmaciones con las que garantizar que el proceso permanecerá bajo control.*<sup>553</sup>

### 2.3. Epistemología del riesgo

De esta manera, si el riesgo refiere a una decisión respecto de aquello que queda como un resto no resuelto por el conocimiento, producirá nuevas segmentaciones entre los contenidos y estrategias de los procesos políticos y sociales sustentadas en una idea de riesgo moderna, y ello, como veremos en el presente capítulo, lastrará y dificultará el planteamiento de otros procesos de construcción y deconstrucción de lo “real” por fuera de los cánones y parámetros de la razón instrumental. Respecto del oxímoron *naturaleza del riesgo*, también se efectúan cesuras conceptuales que con frecuencia clausuran la posibilidad de asumir un análisis integral y dar respuestas ante la contingencia en la que se desenvuelven los acontecimientos.

Por su parte, la *versión objetivista* concibe al riesgo como la posibilidad representada de acaecimiento de un daño futuro. La existencia y magnitud del mismo se reduce a la constatación estadística de las probabilidades de la

---

<sup>548</sup> Término acuñado por Beck, U., en *La sociedad del riesgo*, op.cit., págs. 12 ss.

<sup>549</sup> Luhmann, N., “*La modernidad contingente*”, en Beriain, J., (coord.), (trad. Sánchez Capdequi), *Las consecuencias perversas de la modernidad*, op.cit., págs. 26 ss.

<sup>550</sup> Luhmann, N., “*El concepto de...*”, op.cit., pág. 150.

<sup>551</sup> *Ibidem*, pág. 166.

<sup>552</sup> *Ibidem*.

<sup>553</sup> Sobre las repercusiones de esta teoría en la política criminal, véase *infra* 2.8.

aparición de los perjuicios.<sup>554</sup> El riesgo, para esta teoría, es algo realmente existente, con independencia de la percepción que tengamos de él. Es el producto necesario que acompaña el desarrollo de ciertas técnicas y economías, dejando así de lado la posibilidad de intervención política en la gestión de los mismos. El científico toma para sí las mayores cuotas de decisión, que afectan en definitiva intereses sociales.

Esta postura, donde la determinación del riesgo queda a cargo de los científicos, veda el ámbito de intervención política en esta instancia, relegándola únicamente a la ulterior gestión de los “daños colaterales.”

Sin embargo, esta postura ignora que la percepción del riesgo por parte de la ciudadanía es lo que precisamente determina la existencia del mismo para el sujeto, por lo tanto no parece fácil que el riesgo pueda ser deslindado, sin más, de la percepción que tienen los individuos de él (o de la construcción subjetiva efectuada por los medios de comunicación), porque no es recomendable olvidar que el sentirse inseguro es lo que determina la existencia del riesgo para el sujeto. Éste es una categoría psicológica y socialmente construida.

El *enfoque sociológico* parte de premisas distintas,<sup>555</sup> tanto en lo que hace a la ontología, como al conocimiento y gestión de riesgos. El riesgo no puede ser afirmado autónomamente y su conocimiento está inseparablemente unido a la consideración de las condiciones de contorno, al contexto de génesis, percepción y comunicabilidad, lo que torna insuficiente la unidimensionalidad objetivista, o del tercero observador de Luhmann.<sup>556</sup>

El carácter construido de los riesgos, esto es, su dependencia no sólo de la actividad humana, sino igualmente del conocimiento y valoración que hagamos de ellos, reclama tomar en cuenta esta perspectiva comprensiva del lugar que ocupan las creencias, las construcciones sociales y subjetivas que de ellas se derivan, a fin de organizar y pautar nuestras acciones presentes.

Por tanto, consideramos oportuno no olvidar que el riesgo aparece como un constructo social histórico,<sup>557</sup> un dispositivo de racionalización, de reducción de la indeterminación, ya que era, como producto de la modernidad, esencialmente calculable y asegurable o, al menos, susceptible de ser

---

<sup>554</sup> El riesgo vendría a ser una magnitud susceptible de medición, lo que la coloca al margen de cualquier necesaria valoración subjetiva, que supondría una intromisión ilegítima de variables psicológicas, o contextuales, que incluiría, por su parte, factores tales como la clase socioeconómica a la que el individuo pertenece o su grado de formación, entre muchas otras.

<sup>555</sup> Prieto Navarro, E., “Sobre los límites y posibilidades de la respuesta jurídica al riesgo”, op.cit., págs. 31 ss.

<sup>556</sup> Véase epígrafe anterior.

<sup>557</sup> De acuerdo con Beck, el problema aquí es que las amenazas de la sociedad del riesgo no sólo esquivan y exceden nuestra capacidad de percepción e imaginación, sino que tampoco pueden ser determinadas científicamente. Si la definición del riesgo es un constructo cognositivo y social, las sociedades modernas se ven confrontadas a las bases y límites de su propio modelo, precisamente en la medida en que no cambian, no reflexionan sobre sus efectos y prosiguen una política de más de lo mismo.

determinable *ex ante*. Con la categoría de riesgo la modernidad partía hacia la conquista del futuro tomada de la mano del conocimiento científico y de la creencia en el progreso.

Beck hace hincapié en que los riesgos que atraviesan la sociedad tienen un origen ya no externo, ajeno, extrahumano sino interno, y son provocados por la capacidad que el hombre ha adquirido para autoconfigurarse y autotransformarse. Los riesgos serían así el producto de sistemas de decisiones, concordando así con los términos *ut supra* citados de Luhmann, pero alejándose del mismo en tanto el primero resalta el carácter político de los mismos.

Las constataciones científicas del riesgo, que no pueden ser desconocidas, han de pasar por el filtro de la aceptación social en un primer momento, cuando estas definiciones actúan con la autoconciencia de los sujetos, que pueden modificar sus percepciones y comportamientos a la luz de la contingencia que el análisis descubre. Las cuestiones relativas al riesgo *se resuelven en última instancia en problemas de distribución equitativa de las cargas que comporta, lo que no puede hacerse prescindiendo de una deliberación pública normativamente guiada*,<sup>558</sup> ni tampoco sin la debida contextualización de los procesos y los actores intervinientes en ellos.

No obstante, la categoría epistemológica de riesgo es blandida para fundamentar la posibilidad de postular un consenso estable y duradero respecto a lo que hoy debería ser realizado y preferido que es objeto de controversias sin número en el ámbito de las instituciones y las subjetividades que están sufriendo mutaciones sustanciales. Asimismo, el plano de inmanencia<sup>559</sup> en el que desarrollamos la investigación nos impele a efectuar ciertas matizaciones, por lo cual, ciertas precisiones son necesarias para retomar conceptos que han sido elaborados y tejidos bajo otro paradigma: soberanía, democracia, poder, Estado nación, etc.

### 2.3.a. Riesgo y decisión

Bajo la epistemología moderna el margen de lo incalculable forma parte de lo que puede ser elucidado racionalmente, ya que enajena la idea de riesgo como una forma de realizar descripciones presentes del futuro. En efecto, el riesgo opera como componente nuclear de la toma de decisiones, porque “sólo podemos

---

<sup>558</sup> Prieto Navarro, E., op. ult.cit., pág. 32, el subrayado es nuestro.

<sup>559</sup> Como pone de manifiesto Herrera Flores, J., *Los Derechos humanos...*, op.cit., pág. 45, “Vivir en la inmanencia supone asumir el riesgo que comporta ser un ser humano completo: es decir, un ser humano que vive en el mundo como lugar desde donde poder producir sentidos y significaciones a la realidad. Ni más acá, ni más allá, sino aquí mismo es donde se construyen las realidades y las racionalidades.”

hablar de riesgos si y en la medida en que las consecuencias pueden atribuirse a decisiones.”<sup>560</sup>

Desde este punto de vista, *el riesgo sería una situación socio-cultural que daría lugar a un tipo de acción social específico: la acción bajo condiciones de inseguridad; una acción, de carácter eminentemente estratégico, desplegada para acaecer en el instante actual y así obtener mayor eficacia.*<sup>561</sup> En efecto, el Estado postmoderno, como producto de la táctica de rearticulación soberana, erige al riesgo como gramática de control y ésta es una elección de la cual obtiene algunas ventajas. En primer lugar, desideologiza las decisiones asimilándolas a puras cuestiones técnicas, en un segundo momento -deprivándolas de su contenido político- consigue anular el cuestionamiento mediante la articulación de una metonimia entre causas y efectos de los procesos globales y, en tercer lugar, construye una plataforma de consenso reducido a cuestiones de resultados obtenidos a partir de una vertiginosa reducción de la complejidad.

La particularidad de los riesgos actuales reside en que ya no están limitados espacial o temporalmente sino que se producen y exteriorizan de manera diferida o duradera y, por lo tanto, pueden afectar a personas diferentes y distantes del lugar donde se originan o donde se generan las decisiones que dan lugar a su producción. Sin embargo, hay que resaltar que se abre una *grieta* entre la producción del riesgo y afectación por el mismo; este cambio viene marcado por el predominio de los *nuevos riesgos* frente a los tradicionales, así como por su extensión creciente frente a los peligros naturales y de grandes dimensiones, mostrando así la impronta de la globalización.

Los riesgos surgen como consecuencias del progreso, producidos por el impacto de la actividad humana para controlar y dominar múltiples procesos, asumiéndose y evaluándose como efectos indeseados, a menudo no previstos, del desarrollo de la actividad humana dirigida a fines que, en el ideario moderno, eran positivamente valorados.

La situación *aparentemente paradójica* de la que da cuenta esta época, tiene como característica esencial que el surgimiento de estas nuevas fuentes de riesgos aparecen como consecuencia de los avances tecnológicos y científicos (transformándose los procesos productivos y las articulaciones subjetivas – postfordismo-) que, al menos en su origen, persiguen la consecución de

---

<sup>560</sup> Beriain, J., “Genealogía sociológica de la contingencia: del destino dado metasocialmente al destino producido socialmente”, en Beriain, J., (coord.), *Las consecuencias...*, op.cit., pág. 230, quien afirma que “la sociedad del riesgo comienza allá donde el sistema de normas sociales de previsión de seguridad falla ante los peligros desplegados por determinadas decisiones”, pág. 231. Asimismo, Mendoza Buergo, B., “Gestión del riesgo y política criminal de seguridad en la sociedad del riesgo” en Da Agra, C./ Domínguez, L./García Amado, J.A./Hebberecht, P./Recasens, A., (eds.), *La seguridad en la sociedad del riesgo. Un debate abierto*, op.cit., págs. 359 ss.

<sup>561</sup> En el ámbito del control social penal, esta tendencia se plasmará en la articulación de los dispositivos de control y en los cambios de paradigma criminológicos. Véase ulterior tratamiento en *infra* 2.6; 2.7; 2.8.

beneficios y seguridad. Toda esta actividad obtiene legitimación en virtud de la búsqueda del confort y del desarrollo del progreso a fin de alcanzar cada vez mayores niveles de seguridad,<sup>562</sup> donde la búsqueda de mejor calidad de vida que los adelantos y el progreso deberían haber brindado, nos deja en el páramo de la incertidumbre al momento de juzgar y *gestionar las consecuencias no deseadas de estas actividades*, en la medida de la entidad, de la gobernabilidad y universalidad de los riesgos. La *sociedad de los efectos colaterales* surge como la continuación de los procesos de modernización que pretenden mostrarse como autonomizados y que, por tanto, “son ciegos y sordos a sus propios efectos y amenazas.”<sup>563</sup>

Al tiempo que se cuestionan las consecuencias del proceso de modernización se destruyen los fundamentos sobre los que se reproducía la sociedad industrial. En virtud del carácter autónomo de la transición, en la sociedad del riesgo, la pretendida neutralidad se cristaliza en construcciones epistemológicas como los conceptos de incertidumbre fabricada, daños colaterales, los principios de precaución o de tolerancia, de irresponsabilidad o incapacidad para detectar en una compleja red institucional quiénes han sido los encargados de las decisiones que afectan a un número indeterminado de víctimas en un plazo insusceptible de ser mensurado, etc.

Todos estos términos forman parte del vocabulario de la actuación política tecnocrática -asentada en el binomio regulación/desregulación- que intenta aprehender tanto la elaboración científica de los conceptos como así también influir en la percepción social. En definitiva, como una de las improntas más sobresalientes, cambian los sujetos y los objetos de la distribución y del conflicto moderno.

En este sentido, la actual forma de Estado establece su legitimidad en la funcionalidad para gestionar los problemas que tiene que resolver, lo cual deriva en que los procesos de decisión y definición estén caracterizados por una creciente diferenciación. No obstante, aquello no es óbice para que podamos hablar de unidad y autonomía. Éstas habitan en otros circuitos, es decir “se crean adaptándose a las lógicas estructurales que operan en la construcción del imperio, tales como la lógica policial y la militar (o en realidad la represión de las potenciales fuerzas subversivas en el contexto de la paz imperial), la lógica económica (la imposición del mercado, que a su vez está gobernado por el régimen monetario) y las lógicas ideológicas y comunicativas.”<sup>564</sup> La administración se somete a estas lógicas porque ellas son las que animan el sistema imperial, las que en definitiva autorizan la administración misma; su legitimidad y consenso residirán, como señaláramos, en la eficacia<sup>565</sup> que obtenga a partir de la construcción de metonimias.

---

<sup>562</sup> Mendoza Buergo, B., “Gestión del riesgo y política criminal de seguridad en la sociedad del riesgo”, op.cit., pág. 72.

<sup>563</sup> Beck, U., “La reinención de la política”, op.cit., págs. 19 ss.

<sup>564</sup> Hardt, M., /Negri, A., *Imperio*, op.cit., pág. 312.

<sup>565</sup> *Ibidem*, pág. 314.

### 2.3.b La distribución del riesgo

La idea de riesgo que, como señaláramos anteriormente, es una construcción típicamente moderna, parece haber tomado cuerpo en los siglos XVI y XVII, y fue acuñada por primera vez en virtud de los viajes marítimos que se desarrollaron a lo largo de estos siglos. Según Giddens, la palabra riesgo parece haber llegado al inglés a través del español o del portugués, donde se puso en circulación para referirse a navegar en aguas desconocidas<sup>566</sup>, hasta llegar a albergar a distintas situaciones de incertidumbre cuya apoteosis se representa en el escenario global.<sup>567</sup>

Este concepto, asimismo, se despliega y cobra entidad en, y a partir, de los de incertidumbre y probabilidad, y se inscribe en una sociedad que intenta desembarazarse de los mitos de Dios, tradición y costumbres, que ordenaban y definían el mundo antiguo.

El riesgo en la sociedad industrial opera como el motor del cambio de una sociedad que intenta romper con el pasado y controlar el futuro. La acumulación, propia del sistema capitalista de la era industrial, tiene como dinámica de expansión una racionalidad calculadora de la ecuación costo-beneficio, en la cual el término de riesgo es la fuente misma de aquella dinámica, en tanto que construye toda la lógica organizativa que le otorga la capacidad de ser calculado y gestionado; el riesgo es una tecnología de gobierno.<sup>568</sup>

Es dable considerar que, ya desde sus orígenes, la idea de riesgo es inescindible del surgimiento del seguro, diseñado para protegerse contra los peligros a los que se enfrenta el hombre en la empresa conquistadora y comerciante que configuran su horizonte histórico a inicios de la era moderna. Ambos conceptos, el de riesgo y el de seguro, surgen con el comercio marítimo en la Inglaterra de fines del siglo XVIII.<sup>569</sup> Allí se encuentra la génesis de la redistribución de los riesgos, esto es, con el seguro el riesgo no desaparece, sino que cambia de destinatario.

---

<sup>566</sup> Giddens, A., *Un mundo desbocado. Los efectos de la globalización en nuestras vidas*, op.cit., pág. 34.

<sup>567</sup> Desde el punto de vista histórico, Rodríguez Martínez, J., "El riesgo como utopía negativa. Notas para una reflexión", en Ramos Torre, R., /García Selgas, F., (eds.), *Globalización, riesgo y reflexividad*, op.cit., pág. 198, señala que la acción social de riesgo tiene antecedentes desde el siglo XII. Y agrega que aunque su raíz sea probablemente árabe, lo cierto es que hasta -el siglo XIV no aparece el término en documentos italianos y españoles. En el comercio marítimo empezó a darse la primera situación de inseguridad en el que éstas no se denominaron peligros como anteriormente, sino riesgos. El mercader no se sometía a las inseguridades sino que intentaba dominarlas por un procedimiento que hasta ese momento no era un principio típico de acción social: el cálculo racional."

<sup>568</sup> Véase *supra* punto 1.2.

<sup>569</sup> Giddens, A., *Un mundo desbocado*, op.cit., pág. 37 subraya que "los primeros seguros marítimos se suscribieron en el siglo XVI. Una empresa londinense aseguró por primera vez un riesgo de ultramar en 1782.

En virtud de la construcción histórica y social (moderna), se produce la distinción entre el riesgo y el peligro.<sup>570</sup> Este último es un efecto indeseado que tiene su génesis en algo externo al sujeto (fuente del daño). El riesgo, en cambio, es la probabilidad que se materialice un daño en el caso de una interacción voluntaria y el sujeto de esta relación es el afectado por el daño potencial (probabilidad potencial de materialización del daño). Tal “intervención voluntaria”, desde un punto de vista histórico, constituye la pauta principal de un nuevo *tipo dominante de acción social: la socialización y valoración positiva del riesgo cuyas nociones se implantan progresivamente en el desarrollo de las actividades sociales, hasta el punto de convertirse en un elemento de la sociedad burguesa.*

Imbuido en este contexto, se produce entonces la distinción entre la noción de peligro y la de riesgo, ya que esta última es consecuencia de una intervención humana que por tanto es responsable de la amenaza y como tal capaz de controlar sus alcances. Los ideales del progreso, de la dominación por el hombre de la naturaleza,<sup>571</sup> de la razón, estarían ahora siendo puestos en juego en tanto que las amenazas y sus consecuencias son su inevitable reverso; no cuentan con un destinatario preciso, porque tampoco ellos son “visibles” en los anteriores términos de causalidad, previsibilidad, anticipación y asegurabilidad con los que el Estado configuraba la reglamentación de las conductas propendiendo así al orden social correspondiente con aquel momento histórico.<sup>572</sup>

Sin embargo, al disolverse los contornos de la sociedad industrial se impone un cambio de lógica en las actuaciones estatales: el discurso tecnocrático se presenta aparentemente desideologizado. Contempla los cambios como si la producción de riesgos pasara a dominar sobre la producción de riqueza, puesto que las amenazas que surgen cruzan el umbral fronterizo de los Estados nacionales y no afectan a una clase específica. La inversión de esta lógica productiva significa que en la sociedad del riesgo los conflictos sobre la producción de males se superponen a los conflictos sobre la producción de bienes y pueden interpretarse como conflictos sobre la responsabilidad distributiva. En este contexto, las consecuencias deshumanizadoras de los procesos globalizadores serán abordadas en torno a la distribución, prevención, control y legitimación de los riesgos que acompañan a la producción de bienes y creciente depauperación fuera de la sociedad industrial occidental.<sup>573</sup>

---

<sup>570</sup> Véase *supra* 2.2.c.

<sup>571</sup> Otro de los aspectos que se ve enjuiciado en los periplos de la sociedad del riesgo es la contraposición entre naturaleza y sociedad que es una construcción del siglo XIX que servía al doble fin de dominar y de ignorar la naturaleza; hoy en día, en cambio, la naturaleza ha pasado de ser un fenómeno dado a ser un fenómeno producido. Mientras que el concepto de sociedad clásica se funda en la contraposición expuesta, en la sociedad del riesgo se parte de la integración de la naturaleza a lo social.

<sup>572</sup> Young, J., *La sociedad excluyente...*, op.cit., págs. 19 ss.

<sup>573</sup> Cfr. Ramos Torre, R., “Prometeo y las flores del mal: el problema del riesgo en la sociología contemporánea”, en Ramos Torre, R., /García Selgas, F., (eds.), *Globalización, riesgo, reflexividad*, op. cit., págs. 249-274.



Así es que, con el surgimiento de la sociedad del riesgo, los conflictos sobre la distribución de los “males” se superponen a los conflictos sobre la distribución de los “bienes” (renta, trabajo, seguridad social) que fueron el nudo gordiano de la sociedad industrial; ellos fueron la piedra basal de la creación de las instituciones modernas y de sus luchas y constantes reivindicaciones, materializándose en las sucesivas *mediaciones* ejercidas por los Derechos en el desarrollo del Estado de Bienestar.<sup>574</sup>

En el ámbito del declive del Estado de Bienestar nunca pueden distribuirse “equitativamente” los beneficios y las cargas, los criterios de “racionalidad” que acompañan a los avances irrestrictos proponen el ocultamiento de las responsabilidades epistemológicas, éticas y políticas mediante el parámetro regulador de los efectos colaterales, en una palabra, “luchan contra la ambivalencia con los antiguos instrumentos de la no-ambigüedad.”<sup>575</sup>

De esta apreciación deberían derivarse diferencias sustanciales de dos tipos de conflicto social, sin embargo esta distinción es más pretendida que real: en primer lugar porque los conflictos sobre riesgos pueden entenderse, al menos parcialmente, como conflictos que afectan a la compensación por los males, lo que necesariamente entraña también conflictos sobre el reparto de bienes. Ahora bien, la decisión respecto de la distribución antes mencionada es pretenciosa, ante todo, por un nivel de conocimiento que, a medida que aumenta, en paradójico espejo, muestra su fracaso, lo cual nos condena a la deriva de la incertidumbre, antropológicamente constitutiva, y será bajo su influjo que habremos de asistir al “crepúsculo de los dioses” modernos.<sup>576</sup>

De este modo, la diferencia, según Rodríguez Martínez,<sup>577</sup> entre la sociedad burguesa y la “del riesgo” queda enmarcada en que esta última es conciente y construye su saber a partir de la desmitificación del cálculo racional que, desde la

---

<sup>574</sup> Young, J., *La sociedad excluyente*, op.cit., pág. 17.

<sup>575</sup> Giddens, A., *Un mundo desbocado...*, op.cit., pág. 46.

<sup>576</sup> Sobre este tema Virno, P., *Gramática.....*, op.cit., pág. 31 siguiendo a Kant y la diferencia propuesta por Heidegger entre miedo y angustia, afirma “La distinción entre temor circunscrito y temor indeterminado rige allí donde existen comunidades sustanciales que constituyen un lecho, un cauce capaz de canalizar la praxis y la experiencia colectiva. Un lecho constituido por usos y costumbres repetitivas y por eso confortables, por un *ethos* consolidado. El *miedo* se sitúa en el interior de la comunidad, en sus formas de vida y de comunicación. La *angustia* hace en cambio su aparición en aquellos que se alejan de la comunidad de pertenencia, de los hábitos compartidos, de los «juegos lingüísticos» sabidos por todos, internándose en el vasto mundo. Fuera de la comunidad, el peligro es ubicuo, impredecible, constante: en suma, angustioso. La contraparte del miedo es la seguridad que la comunidad puede, en principio, garantizar. La contraparte de la angustia —o sea, de la exposición al mundo como tal— es el reparo provisto por la experiencia religiosa. Y bien, la línea divisoria entre miedo y angustia, temor relativo y temor absoluto, es precisamente aquello que se ha desdibujado. El concepto de «pueblo», aún con sus diversas variaciones históricas, está asociado al doble filo de la neta separación entre un «adentro» habitual y un «afuera» ignoto y hostil.”

<sup>577</sup> Rodríguez Martínez, J., “*El riesgo como utopía negativa. Notas para una reflexión*”, op.cit., págs. 191-204.

baja Edad media y el Renacimiento, constituye la forma de acción social que termina cristalizándose en la institución moderna por antonomasia: el Estado. Este rasgo es característico de la sociedad capitalista,<sup>578</sup> es decir, el cálculo racional de los beneficios y de las pérdidas, orientado hacia el futuro, en empresas cuyos “riesgos” no involucraban más que a quienes decidían aquella aventura, sin embargo, y conforme “avanzan” la tecnología y el mercado, los afectados por el riesgo son anónimos y millares.<sup>579</sup>

### 2.3.c. Riesgo y fiabilidad

En el binomio riesgo-fiabilidad, ambos conceptos se encuentran inextricablemente entrelazados. Sus sucesivas articulaciones redefinen los contornos de la actuación estatal y trazan los contornos del imaginario social. en el dinamismo que produce la separación entre tiempo y espacio que advierten, entre otros, Giddens, como característica de la modernidad.

Este último y Luhmann, al efectuar el análisis sobre el tema del riesgo, retoman el término de la fiabilidad ya que los estiman como conceptos entrelazados. Giddens, por su parte, señala que la fiabilidad se presenta normalmente prestándose a reducir o minimizar los peligros a los que tipos particulares de actividad están expuestos.<sup>580</sup> Así, en todos los escenarios de fiabilidad el riesgo aceptable se produce en el equilibrio entre fiabilidad y cálculo de riesgo. Aquello que se acepta como riesgo es normalmente crucial en la sustentación de fiabilidad.

Por otro lado, el autor, define la seguridad como una situación en la que un determinado conjunto de peligros queda contrarrestado y minimizado. La experiencia de seguridad descansa corrientemente sobre el equilibrio alcanzado entre la fiabilidad y un riesgo aceptable. Aquí fiabilidad es definida como la confianza en algunas cualidades o atributos de una persona o cosas o en la verdad de una afirmación.<sup>581</sup>

---

<sup>578</sup> Weber presentó como específico de la modernidad el proceso por el que este tipo de racionalidad impregnó la sociedad, su estructura económica y la organización burocrática de sus instituciones. Este proceso de racionalización de las instituciones fue explicado por Weber, con actitud de asentimiento a lo que significaba en orden a la liberación de supersticiones, prejuicios y errores y de aceptación melánclólica hacia sus consecuencias escépticas en cuanto a la racionalidad valorativa o teleológica. De modo que los conflictos de valores quedaban abandonados a la irracionalidad o a la fuerza. Véase Ruiz Díaz, M.C., *Imágenes e ideas entorno al orden, la ley...*, op.cit., pág. 316 y *supra* punto 1.13.

<sup>579</sup> Luhmann, N., “El concepto de riesgo” en *Las consecuencias perversas de la modernidad*, op. cit., pags. 123-153.

<sup>580</sup> Giddens, A., *Consecuencias de la modernidad*, op. cit., pág. 37.

<sup>581</sup> *Ibidem*, págs. 38 ss.

Según Luhmann,<sup>582</sup> coincidiendo con los términos de Giddens, la fiabilidad ha de comprenderse específicamente con relación al riesgo; ya que ésta hace referencia a expectativas que pueden ser frustradas o disminuidas, explicándolo en los siguientes términos: “Lo normal es la confianza. Uno confía en que sus expectativas no quedarán defraudadas; en que los políticos intentarán evitar la guerra; en que los coches no se estropearán ni se saldrán repentinamente de la calzada para terminar atropellándonos mientras damos el vespertino paseo dominical. *No es posible vivir sin formarse expectativas respecto de las contingencias, y en alguna medida, deben rechazarse las posibilidades de quedar decepcionado, se rechazan porque sólo representan una remota posibilidad, pero también porque no sabemos qué más podemos hacer.*”<sup>583</sup>

Si traemos aquí a consideración la relación efectuada por estos autores entre los conceptos de riesgo y de confianza es porque entendemos que el problema de la seguridad y de los riesgos están irremisiblemente imbricadas en la toma de decisiones en el ámbito de la política, y, en este sentido, son conceptos útiles con los cuales confeccionar el análisis propuesto, sobre todo porque los riesgos implican una decisión: *los riesgos y su percepción no son dos sectores diferentes, sino una misma cosa.*<sup>584</sup>

Así señala la posición de quienes dicen que la manera más eficaz de manejar el aumento de riesgo fabricado es “limitar la responsabilidad adoptando el principio de precaución”.<sup>585</sup> Este principio atestigua la entrada en una nueva etapa social; la desvinculación de los sistemas sociales genera que los mecanismos de desvinculación se traduzcan en sistemas abstractos, que alimentarán la dinámica de las instituciones modernas. Entre los mecanismos de

---

<sup>582</sup> Luhmann, N., “Familiarity, Confidence, Trust: Problems and alternatives”, en Gambetta, D. (coord.), *Trust: Making and Breaking Cooperative Relations*, Blackwell, Oxford, , 1988, pág. 97.

<sup>583</sup> Giddens, A., op.ult.cit., pág. 40, el destacado es nuestro.

<sup>584</sup> Campione, R., “*El que algo quiere algo le cuesta...*”, op.cit., pág. 18, el subrayado es nuestro.

<sup>585</sup> El principio de precaución surge en Alemania alrededor de la década del setenta (*Vorsorgeprinzip*) como instrumento para ayudar a sobrellevar mejor los riesgos medio ambientales y empieza a ser incorporado por el Derecho internacional con la declaración ministerial de la II Conferencia para la Protección del Mar del Norte (1987). “Se impone una aproximación de precaución para proteger el mar del Norte de los eventuales efectos dañinos de las sustancias más peligrosas. Puede requerir la adopción de medidas de control de las emisiones de esas sustancias incluso antes de que se establezca formalmente una relación de causa a efecto en un plano científico”. El principio, ha sido sucesivamente incluido, entre otros, en la Declaración de Río sobre el medio ambiente y el Desarrollo (1992), la Convención sobre la Biodiversidad (1992), y la Convención marco sobre el Cambio Climático (1992) y su posterior incorporación al ámbito de la Comunidad Europea mediante la suscripción del Tratado de Amsterdam: “La política de la Comunidad en el ámbito del medio ambiente tendrá como objetivo alcanzar un nivel de protección elevado, teniendo presente la diversidad de situaciones existentes en las diferentes regiones de la Comunidad. Se basará en el principio de cautela y de acción preventiva y el principio de corrección de los atentados al medio ambiente, preferentemente en la fuente misma, y en el principio de quien contamina paga” (art. 174.2), Cfr. Mendoza Buergo, B., “*Gestión del riesgo y política criminal de seguridad...*”, op.cit., pág. 71.

desvinculación, el autor señala los sistemas expertos, que retiran a las relaciones sociales de su contexto inmediato.<sup>586</sup>

En el análisis de Beck también encontramos que los principios de precaución y reversibilidad deberán convertirse en los estándares de la nueva modernidad que acompañen a la duda aplicada de forma reflexiva. Aquéllos hacen posible que ciencia, conocimiento, crítica y moralidad sean viables de nuevo. En los próximos epígrafes estudiaremos los instrumentos epistemológicos a partir de los cuales se pretende la obtención de legitimidad y legitimación de decisiones tecnocráticas en las cuales se dejan de lado cuestiones axiales respecto de los cuestionamientos puntuales del sistema en el que se producen y reproducen los riesgos.

### 2.3.d. Prospect theory

Otro aporte, a fin de explicar mejor la conexión entre precaución e incertidumbre es explicado por la *prospect theory* de Kahneman y Tversky sobre la percepción del riesgo, según la cual se tiende a asumir más riesgos cuando se barajan pérdidas en el balance. A medida que se va ganando, crece la aversión hacia el riesgo. Esto supondría una mayor percepción de los riesgos y un aumento en términos de incertidumbre e inseguridad ontológica.<sup>587</sup>

En esta línea de pensamiento, el daño es visto como un inevitable efecto colateral de una actividad útil. Cada vez más frecuentemente el riesgo está adquiriendo los rasgos de los daños colaterales – consecuencias secundarias, supuestas o conocidas en cierto grado, no deseadas y, sin embargo, consideradas inevitables porque están enmarcadas en una secuencia teleológica global que empuja al cumplimiento de tal acción. Como dice Beck “el esquema de pensamiento del “efecto secundario latente” representa, pues, una especie de salvoconducto, un *destino natural* civilizatorio que a un tiempo confiesa consecuencias que habría que evitar, las reparte selectivamente y las justifica.”<sup>588</sup>

Según el esquema de la *prospect theory*, el nivel de incertidumbre no opera como un efecto negativo para la consecución de la acción, sino que se sirve de ella la prosecución de avances tecnológicos que dejan “su riesgo” y con él la inseguridad.

### 2.3.e. Principio de tolerancia

Otro de los principios que se dan en el interior del sistema político a fin de gestionar la incertidumbre propia de los riesgos, es el de tolerancia; éste establece

---

<sup>586</sup> Cfr. Mendoza Buergo, B., “Gestión del riesgo y política criminal de seguridad en la sociedad del riesgo”, op.cit., págs. 69 ss.

<sup>587</sup> Noya Miranda, F.J., “Riesgo o sociedad: ¿esa es (toda) la cuestión?”, en Revista de Occidente, núm. 150, 1993, págs. 109-118.

<sup>588</sup> Beck, U., *La sociedad...*, op.cit., pág. 40.

que ante la duda, conviene arriesgarse, evitando en este caso “falsos positivos”, entendiendo por tales la suposición errónea de que determinada causa se acompaña de ciertos efectos perjudiciales. Los riesgos son entendidos como residuales, es el precio a pagar por un progreso que trae a su forma de ver, un bienestar mayor que las amenazas reales que provoca.<sup>589</sup>

En este caso la ambivalencia del riesgo es ineludible porque el cálculo del riesgo siempre se orienta hacia el futuro. En esta sociedad, el pasado pierde relevancia en la determinación anticipada del presente, mediante su reemplazo, se instala una prognosis futurista, cuya importancia y significado aumenta proporcionalmente a su incalculabilidad.<sup>590</sup> Esto implica que nuestra actuación presente esté determinada por predicciones y previsiones que, descontamos de antemano como insuficientes y siempre objeto de revisión ulterior.

### 2.3.f. Principio de precaución

La referencia al cambio en las funciones del Estado, evidencia la entrada en una nueva etapa social de gestión de los riesgos, en la cual ya no cabe la utilización de mecanismos de compensación y, por tanto, adviene la imposición de la precaución.<sup>591</sup> Desde comienzos de los años ochenta, en Alemania, a fin de encontrar una forma eficaz de manejar el aumento de riesgo manufacturado en el ámbito ecológico, se configura el principio de precaución.

Este principio propone, en líneas generales, criterios para limitar la innovación en lugar de entregarse a ella. La razón es que el balance de beneficios

---

<sup>589</sup> Para una profundización de los principios de tolerancia y precaución, véase López Cerezo J.A., /Luján, J.L., *Ciencia y política del riesgo*, Madrid, Alianza, 2000.

<sup>590</sup> Según Luhmann, N., “*El concepto de riesgo...*”, op. cit., pág. 147, del futuro sólo sabemos que será distinto del pasado. De ahí que toda deducción sea no concluyente, que todas las formas vayan equipadas de un índice temporal y el presente se convierta en un valor límite que sustenta la unidad de la diferencia entre pasado y futuro y precisamente por eso funcione el tiempo como el tercero excluido y ya no pueda ser localizado. Y todo esto se sabe... desde hace doscientos años. “Estamos, se puede leer en Novalis, fuera del tiempo de las formas generalmente válidas”, fragmento extraído de *Observaciones de la modernidad. Racionalidad y contingencia en la sociedad moderna*, Barcelona, Paidós, 1992, pág. 47.

<sup>591</sup> Desde un punto de vista teórico existen tres posturas de interpretación del principio de precaución: a) radical: que aboga por una política de riesgo cero, se basa en el principio de abstención y propone la inversión de la carga de la prueba a quien pretende introducir la innovación; b) una línea minimalista: que admite la asunción de riesgos dentro de ciertos límites, restringiendo la aplicación del principio a riesgos probables y consecuencias graves e irreversibles y rechaza la inversión de la carga de la prueba; y c) una ecléctica o intermedia: según la cual puede activarse el principio sólo con el aval de una hipótesis científica creíble, que cuente con apoyo de una parte significativa de la comunidad científica y que mantenga la necesidad de repartir la carga de la prueba en base a criterios de oportunidad, combinando la consideración de los costes económicos con criterios culturales, sociales y políticos. Cfr. Ramos Torre, R., “*El retorno de Cassandra: modernización ecológica, precaución e incertidumbre*”, en García Blanco, J.M., /Navarro Sustaeta, P., (eds.), *¿Más allá de la modernidad? Las dimensiones de la información, la comunicación y sus nuevas tecnologías*, Centro de Investigaciones Sociológicas, Madrid, 2002.

y peligros derivados del incesante avance tecnológico y científico es imponderable, es presentado como una incógnita que requiere de mayor estudio, incrementándose así la actividad científica y toda la parafernalia del sistema de conocimiento e investigación.<sup>592</sup>

En el ámbito del Derecho penal el principio que informaba la sociedad industrial naciente era el del riesgo permitido<sup>593</sup>, con base en él se efectuaban los cálculos entre los beneficios y el interés de desarrollar alguna actividad que conllevara por sí riesgos.

Este principio establecía los límites de la incriminación, establecía el territorio de lo punible, mientras que en la era del riesgo ante la incertidumbre, nuestra percepción del mundo se encuentra altamente distorsionada y con ello se resienten fundamentalmente nuestras esferas de actuación,<sup>594</sup> esto queda

---

<sup>592</sup> Uno de los principales problemas con los que se enfrenta la aplicación del principio de referencia es la falta de acuerdo sobre su significado. El debate respecto de sus contornos teóricos, de sus funciones o de los ámbitos en los cuales podría o debería aplicarse, todavía es intenso. Nos encontramos frente a versiones diferentes del mismo, en este sentido Mendoza Buergo, B., *“El Derecho penal ante la globalización: El papel del principio de precaución”*, en Bacigalupo, S., /Cancio Meliá, M., (coords.), *Derecho penal y política transnacional*, Atelier, Barcelona, 2005, págs., 322 ss. expone que a pesar de las distintas formulaciones, pueden distinguirse tres elementos presentes en todas las declaraciones del principio de precaución: que haya razones serias, basadas en datos científicos, para creer que una actividad puede originar algún riesgo, no obstante haya una incertidumbre científica respecto de su naturaleza y dimensiones, y finalmente, la necesidad y justificación para la adopción de medidas de prevención.

<sup>593</sup> En el ámbito de la dogmática jurídico penal, la industrialización había traído consigo la construcción del concepto de *riesgo permitido* como límite doctrinal (interpretativo) a la incriminación de conductas, así como la determinación de su alcance básico. Este límite implicaba que la sociedad asumiera ciertos riesgos provenientes de que las empresas no adopten todas las medidas de seguridad, ni utilicen los materiales de óptima calidad ya que, de lo contrario, no se obtendrían los beneficios esperados para ser reinvertidos. Por el contrario, en la sociedad actual podemos advertir la tendencia regresiva de este principio. Ver Paredes Castañón, J. M., *El Riesgo Permitido en Derecho Penal*, Ministerio de Justicia e Interior, Centor de Publicaciones, Madrid, 1995, *pássim*.

<sup>594</sup> Porque en definitiva lo que caracteriza al principio resulta de que habrán de tomarse precauciones aunque no haya podido ser científicamente establecido con certidumbre la relación de causa-efecto entre la actividad y el daño para el medio ambiente, o la salud, en su caso. Por lo tanto, este principio contiene la virtualidad de adoptar diversos significados a la hora de su implementación como modelo de los programas de gestión elaborados por el Estado. Así las cosas, al momento de la adopción de políticas públicas que terminarán generando nuevas regulaciones hay dificultades respecto del significado que quiera atribuírsele al principio; es decir, si será compuesto como regla de máxima precaución, prohibiendo la actividad cuya inocuidad no pueda establecerse, para evitar cualquier riesgo posible, presunto, presumible, etc; o por el contrario, adoptarlo pero moderadamente como regla precautoria a partir de la cual se implementan medidas para prevenir el posible descontrol en el desarrollo de la actividad. A mayor abundamiento véanse los trabajos editados en Romeo Casabona, C., *Principio de precaución, Biotecnología y Derecho*, Publicaciones de la Cátedra Interuniversitaria, Fundación BBV-Diputación foral de Bizkaia de Derecho y Genoma Humano y Editorial Comares, Bilbao-Granada 2004.

plasmado en legislaciones, en las cuales, se asiste a la proliferación de delitos de peligro abstracto, como rasgo más destacable.<sup>595</sup>

Interesa aquí señalar la relación entre precaución y riesgo, porque “parece como si el principio de precaución no fuera sino una forma de guiarse en un mundo de riesgos, es decir, un criterio para seleccionar cursos de acción arriesgados al lado de otros criterios posibles,”<sup>596</sup> ello en vistas de *la búsqueda de confirmaciones con las que garantizar que el proceso permanecerá bajo control*.<sup>597</sup> Bajo los términos de este principio se construyen los causes del devenir del Derecho Penal del riesgo que establece su potencialidad en la criminalización de conductas que quedaban por fuera del Derecho Penal tradicional, esto es, el Derecho Penal del riesgo se plantea como algo diferente a la selectividad de la que se alimentaba el anterior modelo de represión. No obstante, a pesar de las buenas intenciones, en tanto y en cuanto se parta de una noción aséptica de riesgo y no se vea en ella una palmaria táctica de gobernabilidad ante el desmoronamiento de la soberanía moderna, soslayándose las cuestiones políticas y epistemológicas que subyacen a tales gramáticas, el Derecho Penal no podrá desembarazarse de las acusaciones que sobre él siempre pesaron: su carácter selectivo y simbólico.

### 2.3.g. Toma de postura

Consideramos que los conceptos de *previsión, precaución, prevención y tolerancia* se esgrimen bajo las directrices de la racionalidad instrumental, categoría sensiblemente puesta en cuestión, en tanto que se encuentra sumida en

---

<sup>595</sup> En este sentido, cuanto menos concreta sea la prueba del peligro que se considere necesaria para autorizar la utilización del instrumental penal, tanto mayor será la probabilidad de que se aleguen peligros más o menos generales para justificar de forma aparentemente objetiva y racional una prohibición que no se orienta de modo principal a la protección de bienes jurídicos concretos. La dificultad, como habremos de estudiar en el capítulo 5, está en seguir pensando modernamente la institución del bien jurídico en un sistema que no está dispuesto, en virtud de querer mantener incólume el *dominus*, proteger *bienes jurídicos públicos*. En este sentido, la pérdida del espacio público de la decisión respecto de lo “protegable” por la ley penal, conlleva que el núcleo de la norma penal se disuelva y de este modo se privatice. No es extraño asistir al movimiento de privatización del bien jurídico y entonces se convierta en la categoría dogmática instrumentalizada para la custodia del buen funcionamiento del sistema con criterios epistemológicos modernos. Así las cosas, como afirma Sternber-Lieben, D., “*Bien jurídico, proporcionalidad y libertad del legislador penal*”, (trad. Urbina Gimeno), en *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmáticos?*, Marcial Pons, Madrid, 2007, pág. 115, al momento de la pérdida de concreción del bien jurídico se corre el riesgo “de que el Derecho penal sea utilizado de manera espuria como una ética coercitiva creadora de valores en lugar de cómo un instrumento de refuerzo de los valores existentes o, como un acabado sustituto de las disposiciones del Derecho administrativo”. Véase *in extenso* capítulo 5.

<sup>596</sup> Ramos Torre, R., “*El retorno de Cassandra: modernización ecológica, precaución e incertidumbre*”, op.cit., pág. 436.

<sup>597</sup> En los mismos términos define Luhmann la *prevención*, véase *supra* 2.2.c.

la *aparente paradoja* de que “un mayor grado de conocimiento no supone siempre un mejor dominio de los riesgos, éstos son un aumento de lo desconocido, de la incertidumbre”<sup>598</sup> reconducidos y asumibles como efectos colaterales del progreso.<sup>599</sup> Los principios son elementos integrantes de una epistemología que no ha puesto en cuestión el sistema neoliberal, sino, como medio de hacer posible su perpetuación. En este sentido son funcionales al *status quo* y a obviar los efectos que produce este sistema.

En este contexto, no es esencial determinar si lo que se ha intensificado son los riesgos o nuestra visión sobre ellos; porque los riesgos son riesgos de carácter epistemológico, ético y sustentan la toma de decisiones políticas. Una característica fundamental, anteriormente apuntada, es que se puede hablar de riesgos en tanto esta categoría de análisis supone un control producido en sus propios términos, el riesgo es una categoría de conocimiento autorreferencial que produce su propio lenguaje de validación.

Desde nuestro punto de vista, la problemática aquí planteada no va a encontrar asidero lógico en más y mejor conocimiento, no es una cuestión de desconocimiento, sino de seguir pensando modernamente cuestiones que son “la distorsión de una imagen de sí misma en las instituciones que siguen conservando las viejas seguridades e ideas normativas de la sociedad industrial y a la vez una serie de realidades vitales cada vez más lejanas de esa imagen.”<sup>600</sup>

Lo que cae es el paradigma de la modernidad, donde el conocimiento y el avance económico van de la mano y se extienden ilimitadamente. Los Estados ya no se enuncian como capaces –y con voluntad- de determinar el curso del devenir. Esta pérdida de arraigo transforma los Estados soberanos en Estados que hemos decidido llamar postmodernos para dar cuenta de la transición que estamos transitando. Si algo ha quedado establecido últimamente es que los Estados administran las consecuencias de procesos que no gobiernan; como señaláramos, emprenden la *gestión de un localismo globalizado*.

Sin duda, el cuestionamiento radical de la articulación del riesgo y la confianza en las sucesivas construcciones epistemológicas y subjetivas del Estado nación en los desarrollos de la estrategia de confianza, nos detienen ante el “desierto de lo real,”<sup>601</sup> es decir, ante la incapacidad del Estado de bienestar globalizado de reorganizar la discrepancia entre la capacidad de acción y la

---

<sup>598</sup> Cfr. Mendoza Buergo, B., “*Gestión del riesgo y política criminal de seguridad en la sociedad del riesgo*”, op.cit., pág. 74.

<sup>599</sup> Cfr. De Sousa Santos, B., *Crítica de la razón indolente...*, op.cit., pág. 159 “el hiato que existe entre el ser y deber ser puede determinarse científicamente (las leyes de la evolución social), pero, por lo menos por el momento, no puede ser rellenado recurriendo solamente a la ciencia. Es necesario un acto de voluntad que, sin embargo puede ser creado científicamente. El Derecho moderno es ese acto de voluntad y el agente de esa voluntad es el Estado: el Estado jurídico-racional de Max Weber”.

<sup>600</sup> Cfr. Beck, U., “*La reinención de la política*”, op.cit., pág. 16.

<sup>601</sup> De acuerdo con la proclamación que hace Žižek, S., *Bienvenido al desierto de lo real*, disponible en [http://es.geocities.com/Žižek\\_encastellano/artBienvsep2001.htm](http://es.geocities.com/Žižek_encastellano/artBienvsep2001.htm)



capacidad de previsión; “espacio” en el cual los riesgos se multiplican en términos de escala y de frecuencia. Todo ello produce la erosión de la confianza que operaba como *leit motiv* del Estado moderno, cuya nueva topografía se concretará mediante la distorsión regulada de los territorios sociales producida por el Derecho.

Necesariamente ello expondrá las limitaciones estructurales de los mecanismos jurídicos modernos.<sup>602</sup> Actualmente se requiere de algo más que claridad en los procedimientos, ya que se trata de la caída del paradigma del conocimiento y el progreso, asistimos al derrumbamiento de los umbrales del discurso moderno y sus ficciones.<sup>603</sup>

En este sentido, los atentados contra la legitimidad y las consecuencias de la quiebra del principio de causalidad, transpolado al ámbito de la política criminal, se expresan en una tendencia expansiva e inflacionaria que pone en jaque al Derecho penal liberal en sus bases, debate que determina el acotamiento de la multiplicidad y complejidad del fenómeno a una mera contraevaluación de la eficiencia y las garantías,<sup>604</sup> velando todas las demás cuestiones que necesariamente forman parte de él. En virtud de ello, nosotros produciremos la crítica de este contexto presentándolo como un cambio en el estatuto de la ley penal, debido a que en el diseño de las estrategias de control de los efectos de la desregulación, se reconduce lo indeterminable a lo que siempre ha sido susceptible de ser controlado: la producción del sujeto delincente; agregándose el rechazo a todo lo que se repute como daño o lesión, más aún si tiene las notas de gravedad, incalculabilidad, impredecibilidad, como son las notas características de las tendencias que describen la coyuntura actual.<sup>605</sup>

La transición paradigmática a la que estamos actualmente asistiendo - cargada de polivalencias- demuestra sin embargo que el no haber podido escudriñar de qué se trata lo actual, no implica que no tengamos señales. Con estos elementos, profundizando y criticando polisémicamente sus significaciones podremos ir avanzando hacia la composición de otro discurso y la construcción de otro lazo social, en tiempos donde se polariza la confianza, estalla la incertidumbre y la seguridad se repliega desde su posición fetal.

Porque las metamorfosis que presenta la ley en esta época de rearticulación de soberanía van contra la naturaleza misma del Derecho ya que como afirma Berman “una transformación radical de un sistema jurídico es algo

---

<sup>602</sup> De Sousa Santos, B., *Crítica de la razón...*, op.cit., págs. 206 ss.

<sup>603</sup> Fernando Ulloa decía que una ficción es buena cuando opera en el régimen de la conjetura. La conjetura es la nobleza de la ficción cuando no es ficticia, cuando sin desconocer los hechos va más allá de ellos para llegar al punto en que es posible resignificarlos. En cambio una ficción agotada ya es la vileza de una mentira, del desconocimiento deliberado: construcción fetichista sobre hechos cercenados que oculta a sabiendas de su carácter ficticio, retomado por Lewkowicz, I., *Pensar sin Estado*, op.cit., pág 35.

<sup>604</sup> Véase *infra* 3.6.b.

<sup>605</sup> Cfr. Lewkowicz, *Pensar sin Estado*, op.cit, pág. 72.

paradójico, ya que uno de los objetivos fundamentales del Derecho es proporcionar estabilidad y continuidad”, lo cual explica por qué “el mito del retorno a un tiempo primitivo es, de hecho, el cuño distintivo de todas las revoluciones europeas.”<sup>606</sup>

Es preciso analizar el devenir postmoderno del Estado que diseña tácticas de gobierno bajo la epistemología del riesgo e inaugura espacios de legitimidad para la rearticulación de la soberanía. En este sentido, se hace necesario posar la mirada sobre las transformaciones del Derecho teniendo en cuenta que han sido sucesivamente habitadas por alteraciones profundas en la subjetividad institucional y correlativamente de la sociedad.<sup>607</sup> Tampoco hay que dejar de lado que suponen violencia, porque lo que llamamos violencia emerge o irrumpe ahí donde queda suspendido o comprometido lo que hace vínculo entre las personas, el discurso y las prácticas que producen una comunidad, lo que hace que una sociedad sea una sociedad.

Actualmente, la violencia reaparece en los limes del discurso, porque fuera del discurso no hay nada que decir, ningún enunciado puede tejer una red de sentido, ya que inherentemente el Derecho se desplaza<sup>608</sup> para habitar el desierto de lo real.<sup>609</sup> Con este objetivo, el nuevo estatuto de la ley se acerca a una táctica de gobernabilidad que abre un espacio donde la soberanía pueda reinventarse en la fluidez, pero para ello apela a la suspensión del Derecho. En esta reconfiguración del espacio soberano los mecanismos de gobernabilidad son invocados para extender y establecer nuevas formas de legitimidad.

De allí deriva el carácter excepcional invocado para postular la suspensión de la ley en nombre de la vigencia de un estado de legalidad que se encuentra aparentemente amenazado. Una vez efectuada la invocación de la necesidad que legitima la excepción, el Estado, como señala Butler “queda entonces desarticulado en un conjunto de poderes administrativos que en alguna medida se sitúan en el exterior del aparato del Estado mismo, mientras que las formas de soberanía que resucitan en su interior señalan la persistencia de formas de poder para el Ejecutivo previas a la emergencia del Estado moderno.”<sup>610</sup>

Al hacer referencia al nuevo estatuto de la ley será necesario insistir en las formas y los mecanismos que las técnicas de gobierno despliegan, observar atentamente la coyuntura en la cual se inscribe el poder en esta época de transición y sobre todo, intentar desvelar qué contenido de orden pretende ser establecido. Para ello será necesario acercarnos a la cuestión de la decisión

---

<sup>606</sup> Berman, H., *Law and Revolution. The formation of western legal tradition*, Harvard University Press, Cambridge, 1983, pág. 15.

<sup>607</sup> De Sousa Santos, B., *Crítica de la razón...*, op.cit., pág. 209.

<sup>608</sup> El sentido que le damos a este desplazamiento será analizado en los epígrafes que siguen como una “excepción.”

<sup>609</sup> Žižek, S., *Bienvenido al desierto...*, op.cit.

<sup>610</sup> Butler, J., “*Detención indefinida*”, op.cit., pág. 85.

política que establece el estado de excepción como exorcismo al horror vacuis de la indeterminación del medio fluido actual.

En esta época caracterizada por altos niveles de conflictividad, además de establecer, supervisar y proteger las condiciones del libre mercado, el poder político no precisa de ninguna innovación ulterior para asegurar una cantidad suficiente y un suministro permanente de “temor hobbesiano.” La estrategia en el espacio soberano imperial consiste en hacer coincidir el concepto de seguridad pública con el de seguridad interior de la nación, porque esta época se caracteriza por la sensación de vulnerabilidad y por la carencia de certeza acerca de lo que puede reportar la mañana siguiente. En función de ello se enaltecen la vigilancia y la efectividad de las medidas de emergencia, y las precauciones,<sup>611</sup> sobre todo en el plano simbólico. En la sociedad del riesgo, la vulnerabilidad y la inseguridad de la existencia, así como la necesidad de perseguir propósitos vitales bajo condiciones de incertidumbre aguda e irredimible, están garantizadas por la exposición de las fuerzas vitales a las actividades del mercado.<sup>612</sup>

Por su parte, el Estado de bienestar articuló una noción de orden que daba espacio para contraatacar y neutralizar los peligros socialmente producidos para la existencia individual y colectiva, es decir la intención de socializar los riesgos individuales y hacer de su reducción el ámbito de su responsabilidad. La sumisión al poder estatal estaba legitimada en tanto este brindara seguridad frente a la calamidad y a los infortunios particulares.<sup>613</sup>

Hoy en día esa fórmula de poder político tiende a desvanecerse en el pasado. Las *mediaciones* del Estado de bienestar están siendo progresivamente desmanteladas, mientras que se eliminan las restricciones, previamente impuestas a las actividades comerciales y al libre juego de la competencia mercantil y a sus consecuencias. Se van restringiendo las funciones de intervención del Estado a fin atenuar las consecuencias de la lógica del capital, donde el discurso y las estrategias configuran una novedosa diagramación, con la correspondiente asunción de nuevos conceptos y significados. En esta articulación, los asuntos de asistencia social, pasan a ser asuntos de ley y orden, donde la incapacidad de participar en el juego del mercado tiende a criminalizarse de forma progresiva. El Estado se desentiende de la vulnerabilidad y la incertidumbre que producen la lógica del libre mercado, mediante la apelación a la peligrosidad.<sup>614</sup> Como afirma Moccia “El sistema de justicia penal es siempre más valorizado como mero recurso simbólico para

---

<sup>611</sup> Bauman, Z., *Vidas desperdiciadas*, op.cit., pág. 70.

<sup>612</sup> Monereo Pérez, J.L., Estudio Preliminar, en Schmitt, C., *El Leviathan en la teoría del estado de Thomas Hobbes*, (trad. Conde), Comares, Granada, 2004, pág. XXXVI.

<sup>613</sup> Véase *infra*, en este mismo capítulo, punto 2.4.

<sup>614</sup> Esta es la tesis que desarrolla Wacquant, L., *Las cárceles de la miseria*, op.cit., *pássim*.

aplacar los sentimientos individuales de inseguridad (seguridad subjetiva), dada la capacidad para garantizar niveles satisfactorios de seguridad objetiva.”<sup>615</sup>

Estas tendencias socavan los fundamentos sobre los que se apoyaba cada vez más el poder estatal en tiempos modernos, reivindicando un papel crucial en el combate contra la vulnerabilidad y la incertidumbre que perseguían a sus ciudadanos. A diferencia de la inseguridad surgida del mercado, esta seguridad alternativa con la cual el Estado postmoderno pretende restaurar su soberanía, debe fortalecerse de manera artificial, o cuando menos, dramatizarse mucho a fin de aspirar a un volumen de temor oficial lo bastante grande para ocultar las inseguridades provocadas por el progreso económico, y para ello, debe haber tensión; cuanta más, mejor, dispuesta a ser aliviada en caso de que se actualicen los riesgos, de suerte que pueda existir consenso a la hora de atribuir todo el mérito por el alivio a los órganos de la ley y el orden, a los cuales van quedando reducidas de forma progresiva la administración estatal y sus responsabilidades oficialmente declaradas.<sup>616</sup>

Con todo, de la naturaleza misma de los riesgos a los que nos exponen los procesos globales, y de su carácter estructural -que ya no resultan gobernables en el ámbito nacional-, deriva la *crisis de las instancias de definición y decisión de las políticas locales y por supuesto, la resolución de los conflictos, exponiéndose a una interpenetración creciente con las estrategias transnacionales.*<sup>617</sup> En este sentido, asistimos a la ratificación de la tendencia a hacer frente en un plano nacional a las consecuencias de la globalización, de una forma irresponsable y proselitista de las eficacias que pueda atribuirse a partir de la gestión de las consecuencias -no de las causas-, y es en este plano, donde cobra sumo protagonismo la epistemología del riesgo. Los Estados nacionales no toman en consideración para la creación de políticas las causas, debido a que éstas se encuentran repartidas por todo el sistema neoliberal, dejándolas por fuera de sus facultades y prerrogativas.<sup>618</sup>

Así las cosas, arrojado a la propia funcionalidad del mercado, el Estado actual tiene que hacer descansar su legitimidad en razones de seguridad personal a partir de la construcción de retóricas que logran aglutinar sin otro criterio organizador que la amenaza a los cuerpos, posesiones y hábitats humanos que surgen de las actividades criminales, de la conducta antisocial y del terrorismo global.<sup>619</sup>

---

<sup>615</sup> Moccia, S., “Seguridad y sistema penal”, en Cancio Meliá, M., / Gómez-Jara Díez, C., *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, Vol. 2, Edisofer, BdeF, Madrid, Buenos Aires, Montevideo, 2006, pág. 299.

<sup>616</sup> Brandariz García, J.A., “Nuevos riesgos, nuevas ansiedades y expectativas sociales en materia de seguridad ante el delito”, en Faraldo Cabana, P. (dir.), *Derecho penal de excepción*, op.cit., págs. 144 ss.

<sup>617</sup> Véase *supra* 1. 9; 1.10.

<sup>618</sup> Véase *supra* Capítulo 1, puntos 1.5., 1.6.

<sup>619</sup> Brandariz García, J.A., “Nuevos riesgos...”, op.cit., pág. 147.

Frente a ello, proponemos una estrategia de deconstrucción para acercarnos a verificar la potencia de otros discursos para la política criminal del Estado postmoderno; tarea que dependerá del cuestionamiento de los parámetros tecnocráticos que se pretenden neutrales y universales.<sup>620</sup> En consecuencia, sólo mediando la construcción de otras premisas epistemológicas, surgidas de elecciones éticas previas, podremos dar lugar a un intento de reducir la violencia generada por la creciente exclusión de *la humanidad* frente a las políticas gestoras de los “efectos colaterales” de los procesos globalizadores<sup>621</sup> que comenzamos a estudiar en el epígrafe que sigue.

#### 2.4. El paradigma de la prevención

Lo anterior nos arroja el siguiente interrogante: ¿De qué manera el devenir global de *lo político* cuestiona los fundamentos de la era moderna? Esto es, cuáles son los rasgos de la crisis que representa hoy la forma Estado “en el contexto de definición biopolítica del modo de mando global.”<sup>622</sup>

Habiendo analizado en el capítulo anterior la crisis por la que está transitando la soberanía y, como elemento fundamental, las condiciones de legitimidad en el monopolio del uso de la fuerza (paradigma de la gestión del riesgo), se intentará responder a la pregunta que abre este epígrafe, analizando los dispositivos y mecanismos que despliega la sociedad de control, instituidos mediante la producción de un espacio de excepción permanente como temporalidad paradigmática de la soberanía imperial.<sup>623</sup>

Así definidos los términos del análisis, haremos la referencia a los atentados terroristas del 11 de septiembre -como el punto en el cual se articula la crítica relación entre soberanía, globalización y la forma de gobierno-. Los atentados de New York y Washington en 2001, sirvieron como telón de fondo para la asunción de medidas securitarias y de control que asume la forma de gobierno del mando global que, abandonando las viejas formas de la guerra, se presenta como *una fusión cada vez a mayor escala de lo policial y lo militar*.

Si la soberanía es tal en tanto delimitación del espacio de la aplicación de la ley, la cuestión remite no a una abstracta apelación a la validez, sino a su potencialidad para dar cuenta de la excepción “realmente existente.”<sup>624</sup> Porque la

---

<sup>620</sup> Cfr. Portilla Contreras, G., *El Derecho penal entre el cosmopolitismo.....*, op.cit., en particular, págs. 325 ss.

<sup>621</sup> Véase *supra* 2.1.

<sup>622</sup> Viejo Viñas, R., *Soberanía y gobernanza en la era global*, op.cit., pág. 1.

<sup>623</sup> Véase *supra* 1.8.

<sup>624</sup> San Martín Segura, D., “La excepción material y los contornos de lo ordinario: a propósito de la USA Patriot Act”, en Puente Aba, L., (dir), Zapico Barbeito, M., Rodríguez Moro, L., (coords.), *Criminalidad organizada, terrorismo e inmigración. Retos contemporáneos de la política criminal*, Comares, Granada, 2008, pág. 340.

“novedosa” forma de terrorismo que se discute –matriz islámica, pero de características y extensión internacionales- ha revelado, al decir de Manna, “la vulnerabilidad de los sistemas políticos-institucionales occidentales bajo el aspecto de su propia caracterización en términos de *Rechtsstaaten*.”<sup>625</sup>

La forma que asume el mando global es la imposición del estado de excepción allí donde hasta ahora operaban los distintos ordenamientos jurídicos que hacían posible el Estado de Derecho.<sup>626</sup> Las medidas adoptadas “excepcionalmente” lejos de poder así ser calificadas, se están convirtiendo en regla. Esto no sólo implica las medidas adoptadas por la administración Bush después de los atentados a las *Twin Towers* y el Pentágono. El proceso detrás de la “excepción vuelta regla” comienza con la retórica de la inseguridad ciudadana y las políticas migratorias desplegadas tanto a nivel local como global.<sup>627</sup>

La crisis de la forma Estado-nación preconiza el agotamiento de la soberanía tal como fuera concebida en la modernidad. Esto produce una mutación fundamental en la forma de hacer la guerra que cambia su posición desde la horizontalidad -propia de las entidades soberanas del Derecho internacional- a una verticalidad que informa la “guerra global permanente.”<sup>628</sup>

Las decisivas metamorfosis de la forma Estado nación, producen una transformación de la guerra, ya que no sólo busca la eliminación y exterminación del enemigo. La guerra se ha hecho una guerra productora de orden<sup>629</sup> a la vez global e intergrado, sin exterior, una guerra de policía que vigila, controla y ordena un mundo globalizado.<sup>630</sup>

La necesidad de llevar a cabo una respuesta eficaz, de carácter preventivo y, al mismo tiempo, represivo, frente al nuevo fenómeno de terrorismo internacional, ha inducido -de hecho a gran parte de los ordenamientos occidentales-, a atenuar los estándares de garantías, y sus libertades fundamentales;<sup>631</sup> ello, de la mano de un poder político que propone el miedo para postular tal derogación.<sup>632</sup>

---

<sup>625</sup> Manna, A., “Erosión de las garantías individuales en nombre de la eficacia de la acción de lucha contra el terrorismo: la *privacy*”, en Cancio Meliá, M., /Gómez-Jara Diez, C., (coords), *Derecho penal del enemigo*, Vol.2, op.cit., pág. 258.

<sup>626</sup> Cfr. Agamben, G., *Estado de excepción, Homo Sacer II, 1*, (trad. Cuspinera), Pre-textos, Valencia, 2004.

<sup>627</sup> Pallida, S., “*Migrations, foreigners, criminals: the security short-circuit in the wake of the second great transformation and the need for democratic management of disorder*”, en *Trends in social Cohesion*, núm. 11, 2005, págs. 45-62, disponible en [www.coe.int/T/E/social\\_cohesion/social\\_policies/Trends/Trends\\_11.pdf](http://www.coe.int/T/E/social_cohesion/social_policies/Trends/Trends_11.pdf)

<sup>628</sup> Véase Brandariz, J.A., /Pastor, J., *Guerra Global permanente. La nueva cultura de la inseguridad*, Catarata, Madrid, 2005.

<sup>629</sup> Hardt, M., /Negri, A., *Imperio*, op.cit., pág. 25.

<sup>630</sup> Viejo Viñas, R., *Soberanía y gobernanza...*, op.cit., pág. 7; Negri, A., *La fábrica de porcelana*, op.cit., págs. 70 ss.

<sup>631</sup> Véanse los trabajos compendiados en *La generalización del Derecho penal de excepción: tendencias legislativas*, Consejo General del Poder Judicial, Estudios de Derecho Judicial, Madrid, 2007.

<sup>632</sup> Brandariz García, J.A., *Política criminal...*, op.cit., págs. 201 ss.

En medio de la creciente sensación –más o menos real o actualizable- de riesgo y fragilidad, se ha atribuido, sin duda, un papel central al control social penal, como el instrumento elegido para la rearticulación del contenido de la “ciudadanía” y de la “democracia”. Ello debido a que las prácticas institucionales y legales implican un intento de sutura, es decir, de fijación por parte del Estado del significado preciso de la idea de “humanidad” mediante las redes de poder conformadas por el entramado del lazo social.<sup>633</sup>

Bajo estas circunstancias, “los procedimientos discursivos ya no son los propios de un código de signos sino que están en exceso con respecto a dicho código: existe una lógica del sentido cuyo modo de organización no da lugar a un conjunto único y unívoco.”<sup>634</sup> De este modo, el Estado buscará que los discursos se vean limitados por las reglas que sus prácticas imponen, esto es, tratará de establecer un efectivo y eficaz dominio que lo sitúe como productor hegemónico sobre otros posibles discursos. En este sentido, el efecto derivado de los atentados terroristas en la criminología y el Derecho penal, es crucial en la determinación de las nuevas funciones asumidas por el Estado en el recurso a la racionalidad instrumental para la confección de los dispositivos de legitimación del *status quo*<sup>635</sup> a pesar de las transformaciones.<sup>636</sup>

#### 2.4.a. ¿Derecho imperial?

---

<sup>633</sup> En el mismo sentido, Žižek, S., *El espinoso sujeto*, op.cit., pág. 218, cuando sostiene que “la afirmación de la “humanidad” como punto de referencia global de los Derechos humanos, con lo cual se legitima la violación de la soberanía de los Estados, con medidas que van desde restricciones comerciales hasta la intervención militar directa en partes del mundo donde no se respetan aquellos Derechos. En estos dos sentidos, la globalización es precisamente el nombre de la lógica pospolítica emergente que va eliminando progresivamente la dimensión de universalidad propia de la politización propiamente dicha. La paradoja es que no hay *ningún universal* propiamente dicho fuera del proceso de la litigación política, fuera de la “parte de ninguna parte”, de una entidad dislocada que se presenta, se manifiesta como representante de lo universal.”

<sup>634</sup> Gallego, J., *La democracia en tiempos de tragedia. Asamblea ateniense y subjetividad política*, Miño y Dávila, Buenos Aires, 2003, págs. 49-50.

<sup>635</sup> Por todos, Pérez Cepeda, A.I., “El paradigma de la seguridad en la globalización: Guerra, enemigos y orden penal”, en Faraldo Cabana, P. (dir.), *Derecho penal de excepción...*, op.cit., págs. 103 ss.

<sup>636</sup> En este sentido como expresa Zaffaroni, E.R., *El enemigo en el Derecho penal*, Dykinson, Madrid, 2006, pág. 168, “En toda superposición o confusión de ambos ( los momentos de la guerra y de la política), no hay argumentos para imponer el respeto a los límites penales del estado de Derecho porque hay guerra, y tampoco a los límites del Derecho internacional humanitario, porque no es la guerra clásica o formal, dado que el *enemigo* no es un combatiente regular y, por tanto, se confunde con la población civil.” Véase un tratamiento más acabado en el Capítulo 4.

Así las cosas, el proceso de instauración del estado de excepción se cristaliza con la promulgación por parte del Congreso de EEUU de la *Patriot Act*<sup>637</sup> de 26 de octubre de 2001, seguido por la *Military Order* del 13 de noviembre y en 2003 la *Domestic Security Enhancement Act*. Esta última deja de lado la diferencia -mantenida todavía por las dos primeras normas- entre los ciudadanos extranjeros y los nacionales, ya que habilita la posibilidad de extender la aplicación de la legislación a la propia ciudadanía con la simple mediación de una decisión administrativa.<sup>638</sup>

Los actos propios de la discrecionalidad administrativa<sup>639</sup> facultada por la *Patriot Act* constituyen un nuevo régimen legal para la guerra total contra el terrorismo. El arsenal de las nuevas políticas incluye: la política ejecutiva de Guantánamo, la rendición extraordinaria y la detención indeterminada.<sup>640</sup> Es por ello que este nuevo modo de producción de Derecho se filtrará a través del espacio de la excepción, deviniendo derecho flexible imperial.<sup>641</sup>

Bajo el disfraz de terrorista, al que se le ha declarado la guerra, se esconde el combatiente ilegal, es decir, un enemigo excluido del escenario político. Dentro de esta categoría, la guerra y la ayuda humanitaria han dejado de operar como opuestos: una misma intervención puede funcionar simultáneamente en ambos niveles. El derrocamiento del régimen Talibán se presenta como parte de la estrategia que ayudará al pueblo afgano oprimido.<sup>642</sup>

Por su parte, la rendición extraordinaria verifica un programa a través del cual podrán ser extraditados terroristas o sospechosos de ser tales, de un país hacia otro para ser interrogados, procesados, torturados.<sup>643</sup> Lo que comenzó como

---

<sup>637</sup> Acrónimo de *Uniting and Strengthening America by Providing Tools Required to Intercept and Obstruct Terrorism Act of 2001*, puede consultarse el texto en [www.aclu.org](http://www.aclu.org)

<sup>638</sup> Entre otros, Viejo Viñas, R., *Soberanía y gobernanza*, op.cit., pág. 5; asimismo Portilla Contreras, G., *El Derecho penal entre.....*, op.cit., págs. 120 ss; Butler, J., *“Detención indefinida”*, op.cit., págs. 89-90.

<sup>639</sup> Es dable poner de relieve que esta legislación “de emergencia” expone desde el inicio la irregularidad formal ya que fue aprobada sin debate ni alteración de la versión gubernamental en sede parlamentaria.

<sup>640</sup> Harrington, C., *“Antiterrorismo, anticonstitucionalismo: el creciente ascenso del autoritarismo en los Estados Unidos”*, (trad. Bergalli), en Bergalli, R., / Rivera Beiras, I., (coords.), *Política Criminal de la guerra*, op. cit., pág. 58

<sup>641</sup> Manna, A., *“Erosión de las garantías individuales en nombre de la eficacia ...”*, op.cit., pág. 268; por su parte, Beck, U., *Sobre el terrorismo y la guerra*, Paidós, Barcelona, 2003, págs. 31 ss., cuestiona si acaso no nos encontramos en el umbral de una individualización de la guerra en el que ya no hacen la guerra Estados contra Estados sino individuos contra Estados; esta afirmación lo conduce a afirmar que todo ciudadano, bajo estas circunstancias, deberá demostrar que no es peligroso, pues, al final, cualquier particular resultaría sospechoso de ser un terrorista potencial.

<sup>642</sup> Žižek, S., *El espinoso sujeto*, op.cit., pág. 218.

<sup>643</sup> Según el Informe 2006 producido por Amnistía Internacional, al finalizar el 2005, unas 14.000 personas detenidas por EEUU y sus aliados durante operaciones militares y de seguridad en Irak y Afganistán seguían recluidas en centros de detención en Afganistán, Guantánamo, Irak, Egipto, Reino Unido y Yemen, siendo sometidos a torturas y malos tratos, detenciones secretas de duración ilimitada, y víctimas de transferencias ilícitas entre países. Esto último se trata de la



una estrategia destinada a un grupo de personas – sobre las que ya existían ordenes de arresto extranjeras pendientes - se convirtió en lo que la misma administración califica como “ilegales combatientes enemigos”, esto es una pluralidad inacotable de “sospechosos.”<sup>644</sup>

De este modo, huelga decir que, los cambios legislativos introducidos, determinan inefablemente una concepción ontologicista del bien de la seguridad colectiva, cuando su salvaguarda frente a la amenaza terrorista, se presenta de manera no sólo excesiva, sino sobredimensionada e instrumentalizada por propaganda política. Ésta busca la constitución de consensos electorales en torno a slogans que hacen hincapié en “necesidades emotivas” de la pena, tanto inconsistentes como peligrosas. La apelación al “patriotismo” para distinguirlos de aquellos *non US person* es una evidencia de ello, mientras que la deplorable evaluación por parte del Ejecutivo, con anuencia de los legisladores, pretende la reperimetración de la *zona* de la ciudadanía, en nombre de la seguridad.<sup>645</sup>

Este “doble régimen” que determina una diversidad de trato jurídico en relación con la posesión de la ciudadanía norteamericana –o su falta- se enmarca en una diferente acepción del término de “terrorismo” -vgr. la sección 411 de la Patriot Act I-, relativa a la regulación de la inmigración que atrae a la órbita de *actividad terrorista* la intervención de carácter penal incluso a conductas lícitas y no violentas, en virtud de la mera caracterización del autor –extranjero- y por tal, considerado peligroso. Esta normativa determina el comienzo de la creación o recreación del Derecho penal de autor,<sup>646</sup> porque las redes del poder se tensan en la construcción de aquella subjetividad para producir, una vez más, lo que habrá de capturar.

De esta manera, la exigencia de una reacción, simbólica y eficaz, apelando al patriotismo y a la sensación de inseguridad, determina la instrumentalización para fines políticos de la ley penal, en la búsqueda de consensos que desmientan

---

práctica de la “externalización de la tortura”, es decir, la transferencia de sospechosos de terrorismo mediante entregas extraordinarias a otros países para someterlos a tratos inhumanos y degradantes como forma de “procedimiento” en la “lucha contra el terror”, disponible en [//web.amnesty.org/report/report2006/intro-esl](http://web.amnesty.org/report/report2006/intro-esl); a su vez una investigación de la misma ONG denuncia la existencia de ochocientos vuelos secretos de la CIA que pasaron por Europa, disponible en [www.amnistiainternacional.org/revista/rev77/articulo16.html](http://www.amnistiainternacional.org/revista/rev77/articulo16.html). Esta información consta en el documento que que Aeropuertos Españoles y Navegación Aérea (AENA) ha enviado a la Audiencia Nacional, donde se investiga el caso de los vuelos de la CIA (traslados de personas secuestradas o detenidas ilegalmente), El País, 12 de noviembre de 2007.

<sup>644</sup> Harrington, C., “Antiterrorismo, anticonstitucionalismo: el creciente...”, op.cit., pág. 60.

<sup>645</sup> En este sentido, la expresión de Prittwitz, C., “Derecho penal del enemigo: ¿Análisis crítico o programa de Derecho penal?”, en Mir Puig, S., /Corcoy Bidasolo, M., *La política criminal en Europa*, op.cit., pág. 122, cuando afirma que la reacción a los atentados del 11 de septiembre confirma de manera ineludible, lo que era tangible en la práctica, esto es, la incapacidad de establecer límites entre el Derecho penal y la guerra. En este sentido, la *National Security Strategy* de 2006 empleará la fuerza en defensa del “imperativo moral” de la economía basada en la libertad del mercado y en “democracias eficaces”, cfr. Portilla Contreras, G., *El Derecho Penal...*, op.cit., pág. 27.

<sup>646</sup> El concepto de Derecho penal de autor será objeto de análisis en Capítulo 4, véase *infra* 4.8.

los disensos propios de la época en la que vivimos.<sup>647</sup> La ley, lejos de realizar un análisis que conjugue los conflictos e intereses en el marco creado por las garantías, apela a la consecución de la seguridad, a costa de la reducción de las libertades, invocando asimismo un extraño sentimiento de patriotismo, opuesto al no patriota (enemigo, terrorista, musulmán, etc).

Las anteriores no son más que retóricas a partir de las cuales obtendría la legitimidad suficiente para ampliar la posibilidad del ejercicio de facultades policiales de proceder a interceptaciones telefónicas o telemáticas, a registros en el interior de habitaciones privadas u oficinas en ausencia de notificación, incautación de bibliotecas, bancos, escuelas, hospitales o el acceso a documentos relativos a los aspectos más íntimos y personales de la vida de un individuo, permitiendo además a los órganos del ejecutivo retener sin límites temporales, cuando se dieran determinadas circunstancias, al extranjero responsable de infracciones a las leyes de inmigración o en cualquier caso, al considerado “peligroso” para la seguridad nacional.<sup>648</sup>

Todo ello importa, porque produce un desplazamiento hacia el Estado de policía que funcionará a partir de la ampliación de los poderes de vigilancia y control por parte de las agencias, y de la punición de ciertos *autores enemigos*. Con ello, la ley penal reniega de sus postulados, en nombre de la defensa de “lo social” que se encuentra seriamente puesto en cuestión por las tensiones propias de los procesos globalizadores.<sup>649</sup>

En consecuencia, la insostenible condición de “limbo jurídico” a la que estas estrategias político-punitivas relega a los *non US person* –donde se produce la asimilación del extranjero con el enemigo- es el resultado del análisis coste-beneficio que está dispuesto a pagar la “democracia” en aras de la cruzada contra el mal en el altar del eficientísimo de una acción penal simbólica y sensacional.<sup>650</sup> Una política criminal que se torna meramente instrumental, apartando la racionalidad axiológica, porque ante la *necesidad*, los sistemas de control social adoptarán los códigos producidos por el eficientismo penal. Este último parece ser una nueva forma del Derecho penal de la emergencia.<sup>651</sup>

---

<sup>647</sup> Véase *supra* 1.9.

<sup>648</sup> Portilla Contreras, G., “La configuración...”, *op.cit.*, pág. 1407; Anitua, G.I., “La inmigración y los discursos de la seguridad”, *op.cit.*, pág. 146; Dal Lago, A., *Non-persone. L’esclusione...* *op.cit.*, págs. 213-224.

<sup>649</sup> En este punto, el excelente trabajo de Rivacoba y Rivacoba, M., “Orden político y política criminal”, en *Revista de Derecho penal y Criminología*, núm. 5, Madrid, 1995, págs. 841-856, en especial pág. 848, donde señala las características del Derecho penal totalitario, entre ellas: “la ley punitiva no es igual para todos, ora por la existencia de ciertos delitos o de ciertas penas diferentes, ora por la diferencia en la ejecución de éstas, o por la diversa gravedad de un mismo delito, según se trate de un miembro de la entidad colectiva superior o de un extraño a ella....”. Habremos de profundizar en ello en el capítulo próximo cuando abordemos la medida de expulsión *del territorio nacional del extranjero* en el punto 3.4., y en el Capítulo 4.

<sup>650</sup> Entre otros, Manna, A., “Erosión de las garantías...”, *op.cit.*, pág. 272.

<sup>651</sup> Brandariz García, J.A., *Política criminal...*, *op. cit.*, pág. 218.

En la redefinición del espacio de la soberanía y de la ciudadanía, el “nuevo” estatuto de la ley penal es el Derecho “excepcional” que destruye simultáneamente los límites entre las condiciones de persona (*bios*) y no persona (*zoe*), de la misma manera que configura una nueva relación entre “libertad y seguridad” para el nuevo orden mundial.<sup>652</sup>

#### 2.4. b. La guerra como paradigma de control

Dal Lago estudia<sup>653</sup> la relación entre la guerra y la sociedad, cómo la primera se ve influenciada por la segunda, y la forma en que ésta última modifica sus estructuras e imaginario. En virtud de ello, señala el carácter específicamente social de toda actividad bélica. La guerra despliega procesos sociales complejos que se desarrollan en los ámbitos económico, industrial, tecnológico, disciplinario, estratégico, etc. Además, pone de relieve que la guerra transforma la sociedad debido a la capacidad *propulsora autónoma de los conflictos*. Esta dinámica convierte los conflictos en ilimitados.

Esto quiere decir que la “guerra permanente”<sup>654</sup> incorpora en su seno los dispositivos de disciplinamiento y control del Estado nación, a los que reacomoda en su nuevo “interior” adquiriendo una nueva función.<sup>655</sup>

La ausencia de exterior que destaca la soberanía imperial,<sup>656</sup> revela un profundo dislocamiento de las formas institucionalizadas por el Estado nación, donde el problema del orden global se ha visto desplazado hacia el ámbito de lo policial.<sup>657</sup> Así las cosas, “desde la profesionalización creciente de los ejércitos militares hasta la externalización mercenaria de las intervenciones militares, pasando por la ocupación en tareas civiles y humanitarias, la evolución reciente

---

<sup>652</sup> Harrington, “Antiterrorismo, anticonstitucionalismo: el creciente ...”, op.cit., pág. 59

<sup>653</sup> Dal Lago, A., “La guerra mundo”, (trad. Monclús Masó), en Bergalli, R., /Rivera Beiras, I., (coords.), *Política Criminal de la guerra*, Anthropos, Barcelona, 2005, págs. 19-54.

<sup>654</sup> Tanto Hobbes como Locke señalan el *bellum omnium* o guerra perpetua. En su *Leviatán*, la naturaleza de la guerra consiste no ya en la lucha actual, sino en la disposición manifiesta a ella durante todo el tiempo en que hay seguridad de lo contrario. Todo el tiempo restante es de paz (...) en esta guerra de todos contra todos, se da una consecuencia: que nada puede ser injusto. Las nociones de Derecho e ilegalidad, justicia e injusticia están fuera de lugar. Véase *supra* punto 1.10; Brandariz García, J.A., *Política criminal...*, op.cit., pág. 246, con referencias.

<sup>655</sup> Portilla Conteras, G., *El Derecho penal entre.....*, op.cit., págs.123 ss.; del mismo *Globalización del antiterrorismo El retorno del Derecho penal al estado de naturaleza*, en *Viento Sur*, Núm. 83/Noviembre 2005, págs. 31 ss., disponible <http://www.vientosur.info/sumarios/actual/index.php?x=83>

<sup>656</sup> Véase tratamiento *supra* en punto 1.9.

<sup>657</sup> En este sentido es interesante ver la ingente cantidad de documentos, declaraciones y recomendaciones que han producido las distintas instancias de la CE en materia de seguridad y terrorismo. Al respecto véase Council of Europe Standards, *The fight against terrorism*, 3ª ed., Council of Europe, Strasbourg, 2005.

de lo militar refleja la crisis de legitimación a la que ha debido hacer frente el Estado nacional en este sentido.”<sup>658</sup>

La guerra de “baja intensidad”<sup>659</sup> encuentra su correlato en el dispositivo de policía de “alta intensidad” y ambas convergen en la forma de mando global. Así el lema de “*war on terrorism*” nos remite a su antecesor inmediato de “*war on crime*” de las políticas neoconservadoras implementadas por los gobiernos de Thatcher y Reagan en la década del 80 del siglo pasado.<sup>660</sup>

Hoy en día, la “ciencia de la policía” y los dispositivos de control securitario en el que se inscribe el modelo de control social *actuarial*<sup>661</sup> tienden a incorporar los mecanismos de la antigua estrategia militar. En la dinámica postulada por la sociedad del riesgo, de lo que se trata es de adelantarse a los posibles efectos de una compleja dinámica social de carácter transnacional por medio de la disposición de mecanismos de control preventivo que garanticen el orden social.<sup>662</sup>

En consecuencia, después del 11 S, el 11 M y el atentado en el metro de Londres en julio de 2005, la guerra, lejos de producir consecuencias excepcionales, “reorienta *establemente* nuestros hábitos”,<sup>663</sup> es decir, reinscribe las formas en que se desarrolla normalmente la vida social. Estos cambios señalan a

---

<sup>658</sup> Viejo Viñas, R., *Soberanía y gobernanza*, op.cit., pág. 7; Brandariz Garcia, J.A., *Política criminal...*, op.cit., pág. 203; Portilla Contreras, G., “*El Derecho penal ante la nueva representación totalitaria de la soberanía nacional: la inmigración ilegal*”, en Faraldo Cabana, P. (dir.), *Derecho penal de excepción*, op.cit., pág. 250.

<sup>659</sup> Según el manual de Campo 100-20 del Ejército de los EEUU *Military Operations in Low Intensity Conflict*, la Guerra de Baja Intensidad (GBI) es una confrontación político militar entre Estado o grupos, por debajo de la guerra convencional y por encima de la competencia pacífica entre naciones. La GBI involucra a menudo luchas prolongadas de principios e ideologías y se desarrolla a través de una combinación de medios políticos, económicos, de información y militares. Este tipo de confrontación se ubica generalmente en el tercer mundo, pero contiene implicaciones de seguridad regional y global, ver [www.nodo50.org/pchiapas/chiapas/documentos/gbi.1.htm](http://www.nodo50.org/pchiapas/chiapas/documentos/gbi.1.htm) La GBI significa la intervención estadounidense en los asuntos internos de otros países y sus formas de intervención son muchas. Se asocian a situaciones de inestabilidad, contención agresiva, paz armada, conflictos militares cortos, antiterrorismo, antisubversión, guerra de guerrillas, etc. La GBI termina cuando se requiere el uso de una fuerza mayor, pasándose al siguiente nivel de intensidad al producir la declaración formal de guerra entre dos naciones o cuando se emplean masivamente fuerzas de intervención militar convencionales. Ahora el objetivo es una manipulación de la opinión pública en el contexto doméstico e internacional y una difamación política del enemigo, ver [www.etext.org/politics/MIM/nr/mn/dougstokesSP.html](http://www.etext.org/politics/MIM/nr/mn/dougstokesSP.html)

<sup>660</sup> Simon, J., *Governing through crime. How the war on crime transformed american democracy...*, op.cit., págs. 96, 103, 114.

<sup>661</sup> Cfr. De Giorgi, A., *El gobierno...*, op.cit., pág.54.

<sup>662</sup> Resta, F., “*Enemigos y criminales. Las lógicas del control*”, en Cancio Meliá, M., /Gómez Jara-Díez, C., *Derecho penal del enemigo*, Vol. 2, op.cit., págs. 735-780.

<sup>663</sup> Dal Lago, A., “*La guerra mundo*”, op.cit., pág. 29

ésta como la época del *primado de la seguridad* – donde se adoptan medidas que atraviesan el tejido social configurando así nuevas formas de relación.<sup>664</sup>

Si la soberanía moderna quedaba definida por la capacidad de trazar los límites entre el interior y el exterior, de cercar los ámbitos de inclusión y de exclusión, esta misma definición habilitaba al Estado a declarar a ciertos sujetos como no-personas. Sin embargo, actualmente se desdibujan los límites de la frontera entre interior y exterior,<sup>665</sup> consecuentemente, con el objetivo de reagrupar las partes restantes de la soberanía quebrada, se apela a los “sentimientos del pueblo”, es decir, al carácter más “simbólico” del Estado nación como forma de establecer las nuevas formas de legitimidad correspondientes a las nuevas formas soberanas; la incapacidad a la que se enfrenta el Estado nación para redefinir el contenido de orden, exacerba la reivindicación de aquella potestad. El Estado al ver menguado su poder de definición soberano se “fundamentaliza” en los valores occidentales de democracia, paz y seguridad dentro del espacio möbius del imperio.<sup>666</sup>

Partiendo de cánones hobbesianos, el poder soberano se alimenta de las inseguridades inherentes a la existencia humana, dedicando sus esfuerzos a la creación de amenazas contra las cuales prometerá más tarde protección, y cuanto mayor es el éxito de su trabajo creativo, más grande e intensa es la demanda de protección, porque es esencial al pacto social la promesa de seguridad para la atribución al Soberano el poder monopólico de gobernar los conflictos a través del ejercicio de la fuerza.

De este modo, el término seguridad aparece recortado en “la gestión del riesgo”<sup>667</sup> y construye la retórica en el contexto urbano de la seguridad ciudadana frente a las agresiones de bienes individuales que da pie a las estrategias de tolerancia cero,<sup>668</sup> endurecimiento de las sanciones, intervención penal anticipada, aumento de los encarcelamientos, intervenciones policiales cada vez más violentas, etc. El avance del autoritarismo va de la mano del concepto de

---

<sup>664</sup> Portilla Contreras, G., “El Derecho penal ante la nueva...”, op.cit., págs. 104 ss.; Velázquez, F., “Globalización y Derecho penal”, op. cit., pág. 200; Negri, A., *Movimientos en el imperio*, op.cit., pág. 99; Delphy, C., “Guantánamo y la destrucción del Derecho”, en *Viento Sur*, núm. 65, 2002, pág. 34; De Giorgi, A., *El gobierno..*, op.cit., págs. 24 ss; Mezzadra, S., *Derecho de fuga.....*, op.cit., págs. 107 ss.

<sup>665</sup> Cfr. Deleuze, G., /Guattari, F., *El antiedipo. Capitalismo y esquizofrenia*, pags. 229 ss.

<sup>666</sup> La *cinta de Möbius*, nos sirve para ilustrar la metáfora de la indistinción entre interior y exterior que revela la soberanía imperial. Véase *supra* punto 1.9. Como sostiene Gallego, J., *La democracia en...*, op.cit., pág. 28, “lo que hoy se festeja como el triunfo universal de la democracia es, desde nuestra perspectiva de la situación actual, la crisis de la política.”

<sup>667</sup> Anitúa, G.I., “La inmigración y los discursos de la seguridad”, op.cit., pág. 146, sostiene acertadamente que “Cuando se pretende vulnerar un concepto democrático y humanista de seguridad, reemplazándolo por aquel otro ligado a la noción de orden y a la defensa de los intereses dominantes, se le suele agregar un adjetivo. Creo que es justamente el adjetivo calificativo de “ciudadano” el que pervierte el concepto del Derecho y de los seres humanos que podría tener la seguridad.”

<sup>668</sup> Las características de los nuevos paradigmas criminológicos serán abordados en los epígrafes siguientes.

seguridad sesgado y diezmado y da lugar –como fuera históricamente- al surgimiento de las leyes de emergencia, en aras de la tutela del orden público.<sup>669</sup>

Es por ello necesario resaltar cómo en esta época signada por el “miedo al otro”, la seguridad se ha convertido en una práctica de ciudadanía de las clases dominantes y opera como mecanismo de cohesión social para los privilegiados en detrimento de los “otros”.<sup>670</sup> El resultado es la asimetría cada vez mayor entre incluidos y excluidos, al extremo en que éstos últimos devienen no- personas.<sup>671</sup>

La gestión del riesgo lleva al Estado a identificar a los “otros” como seres que pueden ser eliminados sin que ello ocasione reproche alguno, mediante la asunción de estrategias de control que confundirán los ámbitos de lo policial y lo militar.

## 2.5. La excepción

En el panorama global, el caos se revela, permitiendo eventos que el orden ha de haber prohibido ya; pero el momento en el que se anunció la prohibición, el caos se habría apresurado a mostrar su rostro. El caos, el desorden, la anarquía, presagian el carácter infinito de las posibilidades y lo limitado de la inclusión; el orden significa límites y finitud a la consecución del orden también; sin embargo, el problema se presenta cuando lo que quiere ordenarse se mueve en flujo.

En este sentido, el totalitarismo postmoderno puede ser definido como la instauración, por medio del estado de excepción, de una guerra civil legal que permite la eliminación física, no sólo de los adversarios políticos, sino de categorías enteras de personas que por cualquier razón no sean integrables al sistema neoliberal.<sup>672</sup>

Estamos analizando las mutaciones que se están produciendo en la soberanía y en la legitimidad. En este contexto, el derecho cambia de estatuto, porque de lo que se trata es de establecer un orden ya no de carácter moderno, sino, eventualmente, postmoderno. En este sentido, hemos de retomar la tesis de Agamben que sostiene que “el estado de excepción tiende a presentarse cada vez más como el paradigma de gobierno dominante de la política contemporánea.”<sup>673</sup> Todo ello nos invita a desarticular sus significados en tanto y en cuanto en la

---

<sup>669</sup> Donini, M., “*Il volto attuale dell’illecito penale*”, en Pérez Álvarez, F., (ed.), *Serta. In memoriam Alexandri Baratta*, op.cit., pág. 1247; Barcellona, P., “*Una nueva narrazione: la strategia dei nuovi dirritti*”, en Rivera Beiras, I., *Contornos...*, op.cit., pág. 47; Delgado, M., “*Emergencias, pasos hacia una antropología trágica*”, ibídem, pág. 112.

<sup>670</sup> Véase Simon, J., *Governing...*, op.cit., págs. 98, 103-105, 107.

<sup>671</sup> Dal Lago, A., *Non-persone.....*, op.cit., págs. 71 ss.

<sup>672</sup> Entre otros, Dal Lago, A., “*Personas y no personas*”, op.cit., *pássim*; Terradillos Basoco, J.M., *Terrorismo y Derecho*, Tecnos, Madrid, 1998, pág. 18; González Cussac, J.L., *El Derecho penal frente al terrorismo. Cuestiones y perspectivas*, Universidad Jaume I, Castelló de la Plana, 2005, pág. 32; Muñoz Conde, F., *Mezger y el Derecho penal....*, op.cit., págs. 56 ss.

<sup>673</sup> Agamben, G., *Estado de excepción...*, op.cit., pág. 11.

actualidad el carácter permanente con que se adjetiva la excepción, nos permite desplazarla del lugar de la catástrofe o de un estado de emergencia temporalmente limitado.

Asimismo no hay que perder de vista que no hay una declaración formal del estado de excepción, sino que éste actúa en un plano más simbólico que real, por cuanto, en busca de legitimidad, la ley –como fundamento del orden– contiene en su seno la excepción, tal como expresa Agamben.<sup>674</sup>

La legitimidad soberana opera junto con la capacidad del soberano de rehusar la concesión de leyes positivas y de negar la posesión de cualesquiera derechos de origen alternativo (incluidos los derechos humanos); en definitiva por su capacidad de dejar de lado a los “enemigos”, producidos por la supresión de definiciones legales.<sup>675</sup>

A grandes rasgos, el significado biopolítico del estado de excepción como estructura que se reproduce mediante la suspensión del Derecho, queda evidenciado en la *Military order* (13/12/2001) y en la *National Security Strategy* de 2006. Ambas normas cercenan los derechos de quien fuera sospechoso de estar participando de actividades terroristas o bien de aquellos sobre los que pesa una declaración de ilegalidad respecto de su situación migratoria. En el espacio líquido, la legitimidad de la nueva forma soberana puede prescindir de los principios del anterior modelo de Estado. La rigidez del Derecho moderno no cede, sino que excede sus formas para capturar la fluidez que le impone el nuevo orden.

El modelo excepcional de la *Patriot Act* dio lugar a una legislación penal de carácter reaccionario también en Europa que, a pesar de ser la cuna de los derechos humanos y su protección, sucumbió a legislaciones de excepción. Así, por ejemplo en Italia, la ley de 15 de diciembre de 2001 cuya base se encuentra en el Decreto Ley de 18 de octubre, contiene un conjunto de *disposiciones urgentes y de suma necesidad*, destinadas a contrarrestar el terrorismo internacional en el que sobresalen dos notas significativas comunes a todas las legislaciones contra el enemigo: la difuminación de los perfiles que establecen el perímetro del concepto de terrorismo, y la pérdida de garantías procesales, como producto de la creación

---

<sup>674</sup> *Ibidem*, pág. 51 ss. De acuerdo con el autor, la ley se configura por medio de aquello que consigue capturar en su seno, mediante la exclusión-inclusiva de la *exceptio*, sin la cual no podría reproducirse; la excepción no se sustrae a la regla, antes bien, la regla, al suspenderse, da lugar a la excepción y, al mantenerse en relación con ella, se constituye por vez primera como regla

<sup>675</sup> Bravo Lira, B., “*Fiat ius, ne pereat mundus. El Derecho frente a la globalización de la violencia*”, en Losano, M.G., /Muñoz Conde, F., (coords.), *El derecho penal frente al terrorismo*, op.cit., pág. 133; Muñoz Conde, F., *De nuevo sobre el Derecho penal del enemigo*, Hammurabi, Buenos Aires, 2005; del mismo “*La generalización del Derecho penal de excepción: tendencias legislativas y doctrinales: entre la tolerancia cero y el Derecho penal del enemigo*”, en *La generalización del Derecho penal de excepción: tendencias legislativas*, op.cit., págs. 16 ss. Véanse asimismo los trabajos compendizados en Faraldo Cabana, P., (dir), Puente Alba, L.M., /Souto García, E.M., (coords), *Derecho penal de excepción. Terrorismo e inmigración*, Tirant lo blanch, Valencia, 2007.

de un espacio de impunidad en la represión del delito fundamentada en criterios funcionalistas de la seguridad de Estado.<sup>676</sup>

Por su parte, Francia sancionó dos leyes en el período transcurrido entre los años 2001-2003. La ley 1062, de 15 de noviembre de 2001 sobre seguridad cotidiana y, la 66 de 19 de marzo de 2003, y en el Reino Unido, la *Crime Security Hill* de diciembre de 2001. En España fue la Ley Orgánica 3/2003 de 14 de marzo, la que dio lugar dentro del plexo normativo a la incorporación de los citados postulados, abriendo el camino de otras reformas con la misma *ratio legis*.<sup>677</sup>

Estos instrumentos fundan la eliminación del estatuto jurídico de individuos, que no disfrutaban del estatuto de prisionero de guerra al cual le serían aplicables las convenciones de Ginebra, ya que tampoco son prisioneros o acusados, sino objeto de una “pura dominación de hecho” de una “detención indefinida” no sólo en lo temporal, sino en lo que hace a su naturaleza.<sup>678</sup> Porque de conformidad con la hipótesis que desarrolla Agamben, la situación de anomia -“el terrorismo”- que da lugar a la norma excepcional no está exenta de relación con el orden jurídico. De allí que una suspensión del ordenamiento jurídico para garantizar su existencia se presenta como una “laguna artificial” con el objeto de salvaguardar la norma y su aplicación, de donde se deduce que la laguna no es interna a la ley, sino que se refiere a la relación de aquella con su virtual aplicación; en sus términos “(e)s como si el Derecho contuviera una fractura esencial que se sitúa entre el establecimiento de la norma y su aplicación y que, en el caso extremo, sólo puede componerse por medio del estado de excepción, es

---

<sup>676</sup> Cfr. Cancio Melía, M., “Algunas reflexiones preliminares sobre los delitos de terrorismo: eficacia y contaminación”, en Faraldo Cabana, P., (dir.), *Derecho penal de excepción. Terrorismo e inmigración*, Tirant lo blanch, Valencia, 2007, págs. 161 ss; Portilla Contreras, G., “La exclusión de la inmigración ilegal del espacio físico y moral: un nuevo *Narrenschiff Europeo*”, en Álvarez García, F.J., (dir), Manjón-Cabez Olmeda, A., /Ventura Püschel, A., (coords.), *La adecuación del derecho penal español al ordenamiento de la Unión Euoropea. La política criminal europea*, Tirant lo blanch, Valencia, 2009, págs. 519 ss.

<sup>677</sup> Entre las medidas dispuestas por la UE para hacer frente a la amenaza terrorista se produce la sustitución de la extradición entre los Estados de la Unión por el procedimiento de la orden de detención y entrega europea, adoptado mediante la Decisión marco del Consejo 2002/584/JAI, que disponía la aprobación de la normativa estatal necesaria para la sanción y efectiva vigencia antes de enero de 2004. España ha dado cumplimiento mediante la sanción de la ley 3/2003, de 14 de marzo, *sobre la orden europea de detención y entrega*, y de la L.O. 2/2003 de igual fecha, *complementaria de la Ley sobre la orden europea de detención y entrega*. Cfr. Cuerda Riezu, A., *De la extradición a la “euro orden” de detención y entrega*, Ceura, Madrid, 2003, págs. 93 ss; Díez Riaza, S., /Gisbert Pomata, M.,/Carretero González, C., *La orden europea de detención y entrega. Estudio de la ley 3/2003 de 14 de marzo*, Thompson-Civitas, Pamplona, 2005, págs. 198 ss.; Quintero Olivares, G., “Los subsistemas penales en la política criminal de nuestro tiempo”, en *La generalización del Derecho penal.....*, op.cit., págs. 195-226.

<sup>678</sup> Agamben, G., *Estado de excepción*, op.cit., pág. 13; Delphy, C., “*Guantánamo y la destrucción del Derecho*”, op.cit., págs. 35 ss.



decir *creando una zona* en la que la aplicación es suspendida, pero la ley permanece, como tal, en vigor".<sup>679</sup>

Sin embargo, es necesario hacer ciertas precisiones ya que no es pacífica la doctrina en cuanto a la naturaleza jurídica o extrajurídica del estado de excepción;<sup>680</sup> frente a ello, Giorgio Agamben, construye la premisa de su análisis: "el estado de excepción no es ni interior ni exterior al ordenamiento jurídico y el problema de su definición se refiere propiamente al umbral o zona de indiferencia, en que dentro y fuera no se excluyen, sino que se indeterminan."<sup>681</sup>

### 2.5.a. El estado de excepción en Schmitt

La ley moderna era la consecuencia de un Estado nación que sucesivamente *ha ido reivindicando el Derecho de presidir la distinción entre orden y caos, ley y anarquía, ciudadano y homo sacer, pertenencia y exclusión, producto útil y residuo*. Inmerso en este paradigma, Carl Schmitt define al soberano como aquél que "decide sobre el Estado de excepción", es decir, el establecimiento de un acontecimiento extraordinario para restaurar el orden; sin embargo, en la teoría jurídica no hay acuerdo en cuál sea el significado o la categoría jurídica del estado de necesidad, en el que se funda la excepción. La dificultad de tal emprendimiento deriva del emplazamiento de esta figura entre el Derecho y la política.<sup>682</sup>

---

<sup>679</sup> Agamben, G., *Estado de excepción...*, op.cit., pág. 49.

<sup>680</sup> *Ibidem*, pág. 43. En este sentido se produce, con el surgimiento del Estado moderno, una transmutación. Así, el principio según el cual la necesidad define una situación singular en la cual la ley pierde su *vis obligando*, se invierte, en virtud de lo cual, la necesidad constituye el fundamento último y la fuente misma de la ley, quedando por tanto, dentro del ordenamiento jurídico, el estado de excepción. Este último en cuanto medida de necesidad quedará concretizada en la producción de nuevas normas, esto porque la necesidad prevalece sobre la ley en base a su naturaleza, su carácter originario. "El *status necessitatis* se presenta así, tanto en la forma del estado de excepción como en la revolución, como una zona ambigua, donde procedimientos de hecho, extra o antijurídicos en sí mismos, se convierten en Derecho y donde las normas jurídicas se indeterminan en mero hecho; un umbral, pues, en que hecho y Derecho parecen hacerse indiscernibles....Lo esencial es, en cada caso, la producción de un umbral de *indecibilidad* en que *factum* y *ius* se difuminan uno en otro, *ibidem*, pág. 46. La mayor aporía que enfrenta el estado de necesidad, refiere automáticamente a la naturaleza misma de la necesidad. Presuponer una facticidad pura –neutral- derivada de ella, es puesta en evidencia por aquellos que entienden que la necesidad implica necesariamente un juicio subjetivo que declare determinadas circunstancias como excepcionales.

<sup>681</sup> Agamben, G., op.ult.cit., pág. 39. El estado de excepción se produce en una zona de indeterminación generada por la misma ley, para poder ser aplicada. La autoridad soberana mediante la evaluación de una necesidad reclama el establecimiento de la excepción en nombre del restablecimiento de la ley que queda suspendida, crea por este mismo acto, una zona de indefinición, cuyas fronteras se dilatan y contraen a voluntad. Desde estos términos es interesante proponer su similitud con el concepto de imperio anteriormente estudiado.

<sup>682</sup> Véase *infra* punto 4.8.

Frente a la crisis de la soberanía<sup>683</sup> y de lo político planteados en el capítulo anterior -que inauguran un espacio de excepción permanente- estudiaremos el pensamiento de Schmitt que parte del carácter intrínsecamente acotado de la excepción.

En Schmitt, *lo político se entiende como una decisión fáctica que tiene por objeto establecer una identidad positiva en torno a la cual se unifique el pueblo*, por ello debe aceptar también -como ineludible- un momento de violencia asumiendo que la homogeneidad, requerida para la formación del pueblo, sólo puede mantenerse negando por la fuerza cualquier diferencia que surja del carácter histórico y distinto de los individuos de los que se compone el pueblo. De aquí surge la identificación -sin más- de la política con el poder. Esto implica que como poder ilimitado podría en cualquier momento activarse como poder extrajurídico.<sup>684</sup>

La obra "El concepto de lo político" es del año 1932 y la misma comienza con la siguiente afirmación: El concepto del Estado supone el de lo político. El Estado representa un determinado modo de estar de un pueblo, esto es, el modo que contiene en el caso decisivo la pauta concluyente, y por esa razón, frente a los *diversos status* individuales y colectivos teóricamente posibles, él es el *status* por antonomasia. La relatividad de los conceptos de *status* y de pueblo depende de la interpretación adecuada de cuál es la esencia de lo político.

En busca de la determinación del concepto de lo político, entiende este autor que la única posibilidad consiste en poner de manifiesto las categorías específicamente políticas. Así las cosas, sostiene que la distinción política específica -aquella en la cual en último término podrán ser reconducidas todas las acciones y motivos políticos-, es la distinción entre *amigo y enemigo*, donde el sentido de tal distinción es marcar el grado máximo de intensidad de una unión o separación, de una asociación o disociación. Es el otro, el extraño, y para determinar su esencia basta con que sea existencialmente distinto y extraño en un sentido particularmente intenso.<sup>685</sup> Agregando que "en último extremo pueden producirse conflictos con él que no puedan resolverse ni desde alguna normativa general previa, ni en virtud del juicio o sentencia de un tercero "no afectado" o "imparcial."<sup>686</sup>

Sin embargo, Schmitt efectúa la siguiente distinción: el enemigo no es cualquier adversario, sino sólo aquel conjunto de hombres que, de acuerdo con

---

<sup>683</sup> Como hubimos puesto de resalto en el capítulo anterior en el punto 1.8., esta idea de crisis no implica un desvanecimiento de tal categoría, sino una resignificación interpretada en los términos de Hardt y Negri, *Imperio*, op.cit., pág. 14, es decir, que la soberanía "ha adquirido una forma nueva, compuesta por una serie de organismos nacionales y supranacionales unidos por una única lógica de dominio."

<sup>684</sup> Cfr. Schmitt, C., *El leviathan en la teoría del estado de Thomas Hobbes*, op.cit., pág. 28.

<sup>685</sup> Agamben, G., *Estado de excepción*, op.cit., pág. 57.

<sup>686</sup> *Ibidem*.

una posibilidad real, se opone *combatiivamente* a otro conjunto análogo. Sólo es enemigo el enemigo *público*. Enemigo es *hostis*, no *inimicus*.<sup>687</sup>

De tales conceptos se deduce que la guerra procede de la enemistad, ya que ésta es una negación óptica de un ser distinto. La guerra no es sino la realización extrema de la enemistad, y el Estado, en su condición de unidad política determinante, concentra en sí una competencia aterradora: la posibilidad de declarar la guerra, y en consecuencia de disponer abiertamente de la vida de las personas; puesto que el *ius belli* alberga tal capacidad de disposición: significa la doble posibilidad de requerir por una parte de los miembros del propio pueblo la disponibilidad para matar y ser muertos y, por la otra, de matar a las personas que se encuentran del lado del enemigo. Sin embargo la aportación de un Estado normal consiste sobre todo en producir dentro del Estado y su territorio una pacificación completa, esto es, en procurar "paz, seguridad y orden" que constituye el presupuesto necesario para que las normas jurídicas puedan tener vigencia general, ya que toda norma presupone una situación normal y ninguna ley puede tener vigencia en una situación totalmente anómica.<sup>688</sup>

Esta necesidad de pacificación implica, en caso de situación crítica, que el Estado como unidad política está capacitado para determinar también al "enemigo interior". Declaración de *hostis* a través de formas de proscripción, expulsión, ilegalización, y demás mecanismos legales para establecer un espacio de indeterminación tal que permite la escisión entre una vida biológica y otra como consecuencia del reconocimiento jurídico. Formas automáticas o de eficacia regulada judicialmente por leyes especiales, formas abiertas u ocultas en estratagemas y solipsismos oficiales.<sup>689</sup>

El enemigo interior se declara en virtud de que el Estado, como unidad esencialmente política, requiere de una pacificación completa dentro de sus confines, ello como presupuesto insoslayable para la aplicación de las normas. De igual forma a como se pretende la legitimidad de la guerra en la actualidad, cuando un Estado combate a su enemigo político en nombre de la humanidad no se trata de una guerra de la humanidad, sino de una guerra en la que un determinado Estado *pretende apropiarse un concepto universal frente a su*

---

<sup>687</sup> *Ibidem*, pág. 59. En el Derecho romano, en situaciones excepcionales en que un ciudadano romano amenazaba, con conspiración o traición, la seguridad de la república éste podía ser declarado por el senado *hostis*, enemigo público. El *hostis iudicatus* no era equiparado a enemigo extranjero, el *hostis alienigena*, ya que éste estaba protegido por el *ius gentium*, sino que era privado radicalmente de todo estatuto jurídico y, en consecuencia, podía ser despojado en cualquier momento de sus bienes y recibir la muerte. Lo que aquí queda suspendido por la *autcoritas* no es simplemente el orden jurídico, sino el *ius civis*, es decir, el otorgamiento de la calidad de ciudadano romano, *ibidem*, págs. 117 ss.

<sup>688</sup> Schmitt, C., *El Leviathán en la teoría...*, op.cit., pág. 75.

<sup>689</sup> Monereo Pérez, J.L.; *Estudio preliminar*, op.cit., pág. XII.

*adversario*,<sup>690</sup> del mismo modo que se puede hacer un mal uso de la paz, el progreso y la civilización, con el fin de reivindicarlos para uno mismo negándoselos al enemigo.<sup>691</sup>

La “humanidad” resulta ser un instrumento de lo más útil para las expansiones imperiales y esta forma ético-humanitaria se constituye como el vínculo específico del actual sistema económico y político. Apelar a la “humanidad”, sólo puede poner de manifiesto la aterradora pretensión de negar al enemigo la calidad de hombre, declararlo *hors-la-loi* y *hors-la-humanité*, y llevar así la guerra a la más extrema inhumanidad. Puesto que la destrucción física de la vida humana no tiene justificación posible, a no ser que se produzca en el estricto plano del ser, como afirmación de la propia forma de existencia contra una negación igualmente óntica de esa forma.<sup>692</sup>

La existencia concreta de un posible enemigo se configura mediante la proclamación de un tipo de realismo capaz de provocar el terror en las personas necesitadas de seguridad. La peor de las confusiones es la que se produce cuando conceptos como derecho y paz son esgrimidos para obstaculizar un pensamiento político claro, legitimar las propias aspiraciones políticas y descalificar al enemigo,<sup>693</sup> como demuestra la retórica imperial.<sup>694</sup>

Según Schmitt no cabe, pues, buscar o esperar una justificación de la creación del Estado ni con las herramientas de la lógica –como derivación a partir de una construcción teórica específica del estado natural-, ni tampoco de una explicación empírica a partir del interés de los hombres con argumentos de tipo utilitarista. Lo que está en el principio del Estado, y lo que le sirve de fundamento, es simplemente una *decisión*. En el origen está el soberano, y éste se identifica con la decisión política.<sup>695</sup>

*Lo político se define así como una decisión constituyente y polémica*. Es constitutiva porque es a través de ella que se definen o se determinan los contenidos en torno a los cuales se va a configurar la identidad de un pueblo frente a otro. Se trata de una decisión de carácter público, en el sentido de que no

---

<sup>690</sup> Beriaín, J., “La dialéctica de la modernidad: las metamorfosis de la violencia colectiva moderna y postmoderna”, en Beriaín, J., (ed.) *Modernidad y violencia colectiva*, Centro de Investigaciones Sociológicas, Madrid, 2004, pág. 125; Žižek, S., *El espinoso sujeto...*, op.cit., pág. 218.

<sup>691</sup> En este sentido los colonialismos. Véase, entre otros, Wallerstein, I., *El capitalismo histórico y nuevos movimientos antisistémicos. Un análisis de sistemas del mundo*, Akal, Madrid, 2004; Bourdieu, P., *La miseria del mundo*, Akal, Madrid, 1999; Herrera Flores, J., *Los Derechos humanos...*, op.cit., págs. 154 ss.

<sup>692</sup> Schmitt, C., *El Leviathán...*, op.cit., pág. 78.

<sup>693</sup> *Ibidem*, pág. 94.

<sup>694</sup> Véase *supra* punto 1.8.

<sup>695</sup> Prieto Navarro, E., “Excepción y normalidad como categorías de lo político”, en Cancio Meliá, M./Pozuelo Pérez, L., (coords.), *Política criminal en vanguardia. Inmigración clandestina, terrorismo y criminalidad organizada*, Civitas, Madrid, 2008, págs. 102-103; del mismo, “Ciudadanos y enemigos: Günther Jakobs, de Hegel a Schmitt”, en Bacigalupo, S., /Cancio Meliá, M., (coords.), *Derecho penal y política transnacional*, op.cit., págs. 76 ss.

tiene que ver con los sentimientos o intereses individuales privados, sino con *algo que funda una relación: el pueblo*. Y es polémica porque con ella se establece lo político como relación amigo- enemigo, tanto hacia el exterior, en la relación con otros pueblos o Estados, como hacia el interior, frente a aquellos que no comparten o respetan la identidad concreta y específica del Estado. La función de lo político, de esa decisión originaria, es pues, la de agrupar al pueblo en torno a un determinado contenido fundamental, y defenderlo frente a los que no comparten esa identidad, ya procedan del exterior o del interior.

No obstante, Schmitt define lo político sin referencia específica a objeto alguno; aparece como una relación que se caracteriza meramente por su intensidad, en último extremo, por la posibilidad de que en ella se llegue al uso de la coacción, de la fuerza. Porque la decisión política, si ha *de fundar de modo efectivo la identidad del Estado*, tiene que ser *incondicionada*. Si existiese algún tipo de compromiso o alguna condición que determinara la decisión originaria, ésta no reuniría las condiciones propias del soberano, y el Estado carecería de la autoridad necesaria para mantenerse. La decisión tiene que proceder pues de un acto absoluto y, en esa medida, hay que entenderla como puramente fáctica; su imposición es autoritaria.<sup>696</sup>

Partiendo desde el carácter acotado de la excepción, la aportación específica de la teoría schmittiana radica precisamente en hacer posible la articulación entre estado de excepción y el orden jurídico. En su *Teología Política*, lo que produce la posibilidad de la inscripción del estado de excepción en el ordenamiento jurídico es la distinción de dos elementos: la norma y la decisión. El estado de excepción, como suspensión de la norma revela un elemento formal de naturaleza jurídica: la decisión. Ambos, norma y decisión, evidencian su autonomía.

En esta obra Schmitt conjura la indeclinable relación entre estado de excepción y soberanía: es el soberano quien decide el estado de excepción y, a la vez, su incorporación al ordenamiento jurídico. No obstante, la decisión, al suspender el ejercicio de la norma deja por fuera al soberano del ordenamiento válido y, sin embargo, pertenece a él, puesto que él es responsable de la decisión respecto de la suspensión. *“Estar fuera y, no obstante pertenecer, ésta es la estructura topológica del estado de excepción, y sólo porque el soberano, que decide sobre la excepción, está en verdad definido en su propio ser por ésta, puede ser también definido por el oxímoron *ajenidad-pertenencia*”*.<sup>697</sup> Lo que está en cuestión en el estado de excepción es la creación de una situación que haga posible la aplicación de normas jurídicas, es decir, se *declara una anomia jurídica para hacer posible la normación de lo real, esto es, una ficción mediante la cual, el Derecho se flexibiliza como presupuesto de operatividad*.

---

<sup>696</sup> Schmitt, C., *El concepto de lo político*, (versión Agapito), Alianza, Madrid, 1998, págs. 27-28.

<sup>697</sup> Agamben, G., *El Estado de excepción*, op.cit., pág. 55.

En consonancia con lo anterior, Schmitt elabora la presencia ineludible de lo político en una dirección que resulta incompatible con los contenidos del Estado constitucional, ello en virtud de que los presupuestos que establece para esa decisión fundamental hacen que sus desarrollos no sean sino una forma de encubrir otro modelo de Estado.<sup>698</sup> Porque la decisión tiene carácter total, de allí que, al concebir la soberanía, este autor exija la necesidad de que exista una instancia, *un órgano que represente o encarne la substancia del poder del Estado, ilimitado por principio, que puede quebrar el sistema establecido de acuerdo con criterios de necesidad: el estado de excepción.*

De conformidad con la crítica efectuada en torno a los cánones de la modernidad, entendemos que la constitución-fundación del pacto social no se enfrenta a un caos, como pretende Schmitt –retomando los argumentos del *thánatos* que configuraba el escenario de la guerra civil en Hobbes-, a una realidad que se caracteriza como anomia en lo social o como una masa amorfa en lo político. Por el contrario, la vigencia de la Constitución, configura la sociedad de una manera determinada y establece con ello una tensión entre los ámbitos regulados desde ese criterio de generalidad y los regulados por criterios parciales o unilaterales. Porque la concepción de Schmitt del Estado se *opone* a la concepción liberal, como él mismo reconoce, la posición individualista del liberalismo no podría fundamentar la existencia del concepto de enemigo, así tampoco la de determinar la lucha contra éste por parte del Estado.<sup>699</sup>

De este modo, en un intento de profundización sobre el concepto de enemigo, Schmitt establece un contrapunto entre “guerra como estado” y “guerra como acción”, donde en la segunda nos encontramos verdaderamente frente a una presencia real del enemigo, mientras que en el primer caso, se trata de que la exigencia de tal enemigo se contenta con la hipotética presencia del antagonismo *“bellum manet, pugna cessat.”*<sup>700</sup>

## 2.5.b. Anomia y decisión

La dialéctica schmittiana entre el poder constituyente y el constituido se suelda con la decisión soberana. El soberano que debería decidir sobre la

---

<sup>698</sup> Cfr. Paye, J.C., *La fin de l'état de droit. La lutte antiterroriste, de l'état d'exception à la dictature*, La dispute, París, 2004, *pássim*.

<sup>699</sup> Schmitt, C., *El concepto de lo político*, op.cit., págs. 97 ss.; Gómez Orfanel, G., *Excepción y normalidad en el pensamiento de Carl Schmitt*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1986, págs. 34 ss.

<sup>700</sup> Schmitt, C., *El concepto de lo político*, op.cit., pág. 131.

excepción, es precisamente el lugar en que la grieta no puede soldarse; entre el poder y su ejercicio se introduce una escisión insoslayable.<sup>701</sup>

Aquello lleva a Agamben a sostener que “esta contundente redefinición de la función soberana implica una posición diferente del estado de excepción. Éste ya no se aparece como el umbral que garantiza la articulación de un dentro y un afuera, entre la anomia y el contexto jurídico en función de una ley que está vigente en su suspensión: es, antes bien, una zona de absoluta indeterminación entre anomia y Derecho”, es decir un *locus* donde la esfera soberana y el orden jurídico participan de una misma catástrofe.<sup>702</sup>

Consecuentemente, una desvinculación del poder constituyente respecto de la Constitución no puede ser afirmada, en tanto que no se puede ignorar que, una vez que se ha establecido una Constitución que reconoce y garantiza unos determinados niveles generales de libertad y participación política, no existe ya un poder constituyente absoluto, desvinculado de las condiciones concretas de la situación histórica.<sup>703</sup> Por ello, la idea de un “grado cero” de la ley es una ficción, entre otras tantas, por medio de las cuales, el Derecho trata de incluir en sí mismo el vacío (caos) y apropiarse del Estado de excepción. En estas ficciones se pone en juego la definición schmittiana de “lo político”.<sup>704</sup> En última instancia, en la teoría elaborada por Schmitt, el funcionamiento del orden jurídico reposa sobre el estado de excepción que tiene como objetivo la operatividad normativa mediante la suspensión temporal de su vigencia.

No obstante, al contrario de la concepción schmittiana que postula el acotamiento de la excepción en el tiempo, y la de Agamben que sitúa la excepción en “el campo” como paradigma atemporal de la excepción no obstante, determinado en la relación ambigua con lo jurídico. Ninguna de estas tesis, sin embargo, logra captar el estado de excepción realmente existente. Como afirma San Martín Segura, la indeterminación de la excepción es el rasgo de las tácticas del nuevo estatuto de la ley, es decir, “se trata de un conjunto normativo imbricado en la propia legislación ordinaria, formalmente indistinguible de ésta, pero cuya finalidad y contenido es *materialmente* excepcional: su objetivo es la apertura de espacios anómicos, o cuanto menos flexibles a la intervención del poder.”<sup>705</sup> Dar cuenta de la tesis del estado de excepción material nos permite analizar la figura “del otro”: *homo sacer*, enemigo, no- persona, sujeto de las medidas de control militar/policial para la rearticulación de los límites entre inclusión/exclusión del nuevo contrato social. Habremos de establecer “la

---

<sup>701</sup> Antes de asumir la forma moderna de una decisión sobre la excepción, la relación entre soberanía y estado de excepción se presenta en la forma de una identidad entre soberano y anomia.

<sup>702</sup> Agamben, G., *El Estado de excepción*, op.cit., pág. 86.

<sup>703</sup> Cfr. Negri, A., *El poder constituyente. Ensayo sobre las alternativas de la modernidad*, Libertarias/Prodhufo, Madrid, 1994, págs. 35 ss.

<sup>704</sup> Agamben, G., *El Estado de excepción*, op.cit., pág. 77.

<sup>705</sup> San Martín Segura, D., “*La excepción material...*”, op.cit., pág. 341.

otredad” como herramienta que allanará el análisis de los próximos capítulos respecto del fenómeno migratorio y los discursos y estrategias que asumirá el control penal sobre éste. Asimismo habremos de criticar la tesis de Jakobs, de la existencia de un derecho penal del enemigo diferenciado de un derecho penal de ciudadanos.<sup>706</sup>

Actualmente, la excepcionalidad de carácter permanente implica partir de presupuestos distintos a los de Schmitt, de Agamben y de Jakobs y deberemos analizarla al margen de los parámetros de legitimidad modernos. Todo esto exige que nos preguntemos respecto del establecimiento de nuevas articulaciones entre la norma y la decisión y su correlativa suspensión.

Y la consecuencia de esto es que el sujeto de la voluntad política, de la decisión fundamental, o del poder constituyente, no puede seguir concibiéndose como algo insusceptible de ser sometido a alguna racionalidad desde criterios jurídico-materiales.<sup>707</sup> Desde la idea y la práctica del Estado Constitucional, el sentido de la relación entre la Constitución y ese sustrato social del que surge y sobre el que actúa la misma Constitución es precisamente hacer posible una reducción progresiva de ese poder irracional que percude las relaciones sociales.<sup>708</sup> Sin embargo, el carácter permanente de la excepción exige que comencemos la tarea de cartografiar los territorios novedosos de la norma y las formas de legitimación que pretende la soberanía imperial.

En este sentido, el artículo 10 de la CE establece la dignidad humana como base de la convivencia y del orden constitucional. Y esta idea no puede entenderse como una fórmula retórica, de sentido vago e impreciso, sino que constituye el reconocimiento concreto de la autonomía individual como base y fundamento del orden constitucional.

Ahora bien, la autonomía de los individuos no puede presentarse como objeto trascendente al orden constitucional, por el contrario, debe entenderse y desarrollarse dentro de los criterios materiales estipulados por la Constitución. No obstante, el análisis precisa una ulterior ampliación que vaya más allá de la normatividad y juridicidad, esto es, que habrá que intentar esclarecer esta situación a partir del análisis de las prácticas y las relaciones de poder que se desarrollan en el espacio de la excepcionalidad.

Con todo, el contenido de tal autonomía habrá de entenderse en términos spinozianos de *multitud*; como producto de un determinado contexto histórico y social en el que se desenvuelve y adquiere toda su virtualidad. Este principio permite una interpretación extensiva de la relación entre libertad e igualdad. De este modo, la idea de autonomía individual incluye el reconocimiento intersubjetivo de la libertad como el derecho a la diferencia de los hombres en cuanto individuos y, al mismo tiempo, ella confiere capacidad política de

---

<sup>706</sup> Véase *infra* Capítulo 4.

<sup>707</sup> Negri, T., *El poder constituyente: ensayo sobre las alternativas de la modernidad...*, *pássim*.

<sup>708</sup> Agamben, G., *El Estado de excepción.....*, *op.cit.*, pág. 33.



conformidad con el postulado ilustrado de la igualdad, esto es, igual capacidad política en cuanto hombres.<sup>709</sup>

Así, entre la pretensión de igualdad democrática de legitimar un pluralismo de intereses y, por tanto, la total apertura del sistema artificial al momento de la aparición de los conflictos sociales, sumada a la *necesidad política de fundar una decisión vinculante en vistas del interés general –la idea de pueblo opuesta a la multitud*, se abre una nueva contradicción. De este modo, “la democracia lleva a sus extremas consecuencias la falta de fundamento del sistema y pretende que la separación de las esferas sociales sea puesta de nuevo en discusión; la esfera política *devenida* autónoma pretende clausurar la dialéctica mediante una decisión resolutive.”<sup>710</sup>

En este sentido, cuestiones como el *status* de la decisión que pondría fin al conflicto, la crisis de los caracteres generales y abstractos de la ley, la intervención del Estado en la economía, la emergencia de los estados de excepción en la décadas de los años 20 y 30 del Siglo XX, oficiaron de escenario para la polémica entre Schmitt y Kelsen. Para superar el conflicto, el decisionismo schmittiano propone el Estado-Sociedad total; mientras que por su parte Kelsen apuesta por el formalismo del procedimiento.<sup>711</sup>

La declaración del estado de excepción que sostiene Schmitt conlleva necesariamente que toda cuestión política de conflicto de intereses se resuelva apelando a la autoridad, mientras que la democracia reducida a puro formalismo no consigue encontrar ninguna escala axiológica sobre la que construir su inderogabilidad. *Entre la decisión y la democracia se abre una grieta inefable*. Es por ello que Kelsen mediante su teoría pretende fundar el carácter autoconcluido del sistema, el Estado como forma independiente de la realidad concreta de los individuos.

No obstante, frente al autoritarismo, Kelsen propone ignorar la dialéctica compuesta por la legalidad y la justicia, mediante la creación de un orden jurídico, como sistema artificial capaz de regular las relaciones y acabar con el caos. Su teoría “pura” es tal en virtud de haberse previamente desasido tanto de los vínculos de la autoridad soberana legiferante, como de una concepción organicista de la sociedad, mediante la subsunción de la forma ordenamiento jurídico a la instancia de las decisiones resolutive, en tanto fundada en la autoridad como en el principio democrático.<sup>712</sup>

Para Kelsen, la teoría clásica del Estado reposa sobre la construcción dicotómica entre el Derecho y el Estado, que para él resulta a todas luces inaceptable ya que produce contradicciones insuperables que se manifiestan en cuanto se pretende precisar los vínculos que se establecen entre ambos. El

---

<sup>709</sup> Herrera Flores, J., *Los Derechos humanos...*, op.cit., págs. 246 ss.

<sup>710</sup> Barcellona, P., “*La teoría de sistemas y...*”, op.cit., pág. 36.

<sup>711</sup> Cfr. Ost, F., /Van de Kerchove, M., “*La referencia a dios en la teoría pura del Derecho de Hans Kelsen*”, op.cit., pág. 100; véase *supra* punto 1.11.

<sup>712</sup> Cfr. Kelsen, H., *Teoría pura del Derecho*, op.cit., pág. 135 ss.

principio que constituye el fundamento último de la validez de las normas es una teoría iusnaturalista de carácter dinámico en la medida en que la norma fundamental presupuesta no contiene otra cosa que la institución del hecho creador de normas, la habilitación de una autoridad creadora de normas y no un contenido determinado.<sup>713</sup>

En efecto, a través de la reducción de la democracia a “puro procedimiento” Kelsen construye un sistema de decisiones autorizadas por normas superiores, como la creación de un orden jurídico que crea a su vez al representante y el representado. Mediante este artificio que se convierte en fundamento de la libertad formal y del poder coercitivo estatal,<sup>714</sup> la legitimidad dependerá de que el Derecho ponga bajo control los riesgos que el principio democrático implica.<sup>715</sup>

En consecuencia, las premisas de la legitimidad soberana moderna postulan que *el mecanismo político más básico que produce seguridad, a través de una reducción de la complejidad del medio ambiente, es la definición de una frontera interno/externo*. Una vez que se demarca un “espacio político”, los factores de riesgo proyectan allende las fronteras de un grupo, mientras que los factores de seguridad se organizan dentro de las mismas.<sup>716</sup> Por ello el poder político será más eficaz cuanto mayor sea la “reducción de la complejidad” que es capaz de producir; puede garantizar niveles muy altos de seguridad cuando elimina un espectro amplio de expectativas de decepción. El mecanismo más simple y eficaz para obtener esta protección es una reducción drástica de la complejidad social.<sup>717</sup>

---

<sup>713</sup> Cfr. Ost, F., /Van de Kerchove, M., “La referencia a Dios en la Teoría del Derecho de Hans Kelsen”, op.cit., pág. 91.

<sup>714</sup> *Ibidem*, pág. 115, “Kelsen escribió que, a la manera de las ciencias de la naturaleza que habían progresado a partir del momento en que renunciaron a su sustancia privilegiada –como la fuerza en física-, la ciencia del Derecho y el Estado no se emanciparía de la metafísica más que con el abandono de la ficción de un Estado, de un soberano, o de un pueblo reinando más allá del Derecho positivo. Se trataba, en suma, de hacer una “Teoría del Estado sin Estado”...la teoría pura del Derecho se pretende radicalmente antirreligiosa, antimetafísica y antiideológica”

<sup>715</sup> Barcellona, P., “La teoría de sistemas....”, op.cit., pág. 38; del mismo, “El vaciamiento del sujeto y el regreso del racismo”, op.cit., pág. 124, el autor señala que, en este sentido, el artificio nos libera de la responsabilidad de tomar partido sobre la justicia (hacia el otro), pero nos vincula a la necesidad de los poderes fácticos. Esta dependencia del artificio respecto a una “contingencia organizada” fuera y más allá de la forma jurídica es lo específico del derecho moderno, ya que en última instancia la norma jurídica recibe el imperativo político que implica e impone el intercambio como modalidad única de solución de los conflictos.”

<sup>716</sup> Entelman, R., “Discurso normativo y organización del poder”, en Marí, E., et.al., *Materiales para una teoría crítica.....*, op.cit., pág. 303, afirma “la forma típica de organización del discurso jurídico será el desplazamiento referencial. Esto significa que el mensaje del discurso jurídico se dirigirá a destinatarios que no son los aparentes y diseñará contenidos que ocultan sus razones. Cuando en el marco del Derecho se aplica un castigo hay siempre un mensaje implícito sobre la violación de un particular equilibrio de poder y un destinatario de este mensaje muy distinto que el sujeto pasivo del castigo.”

<sup>717</sup> Zolo, D., *Democracia y complejidad. Un enfoque realista*, Nueva Visión, Buenos Aires, 2000, pág. 63.

De este modo, las posibilidades de legitimidad del Estado y del Derecho se enfrentan a una nueva contradicción, por un lado la necesidad de fundar el Derecho como puro procedimiento, un mecanismo sin pretensiones de justicia, cuando por otro lado, precisa encontrar justificación en pretensiones de igualdad material y de justicia. Consiguientemente, esta tensión ideal precipita en una crisis de la teoría democrática. En este contexto, la impugnación de la neutralidad o la expresión pura de la forma plantean la exigencia de la vuelta de una política orientada axiológicamente por valores de justicia.<sup>718</sup>

En el momento histórico de Weimar, sin unidad del pueblo y sin decisión, aparecerá el régimen *nazi* como respuesta a la falta de un fundamento a la organización formal del Estado: la decisión. La legitimidad de ese *factum* desnudo que crea la frontera entre interior y exterior lleva a Agamben afirmar que "(l)a decisión schmittiana es la vuelta de la metafísica al mundo: la metafísica del "jefe" y del espíritu del pueblo, del que gobierna el estado de excepción."<sup>719</sup>

El Estado social surgido después de la II Guerra Mundial logra en cierta forma, mediante el reconocimiento de la reivindicación de los derechos, una nueva estabilidad de acuerdo con el nuevo orden. No obstante, en momentos de cambio estructural como el actual, la política en un primer momento promueve la reconducción unilateral de lo económico y lo social, contribuyendo de este modo al desdibujamiento de los ámbitos público-privado; en segundo lugar, la autonomía de la política se despliega con la pretensión de reducir a un único

---

<sup>718</sup> *Ibidem*. Este punto será posteriormente desarrollado en el Capítulo 5 al momento de hacer nuestra propuesta político criminal.

<sup>719</sup> Agamben, G., *El estado.....*, op.cit., pág. 40, en la misma obra refiere a la autoridad, cuya función específica es la suspensión del Derecho; es decir, la propia estructura de la relación entre dos elementos que darán lugar al acto perfecto donde la naturaleza misma del Derecho, la validez jurídica no es de carácter originario, sino que debe ser conferida por medio de una potencia que le conceda la legitimidad, *ibidem*, pág. 115. La naturaleza de la potencia que concede legitimidad, es decir, la *auctoritas* parece actuar como una fuerza que suspende la *potestas* donde éste se ejercía y la reactiva donde ya no estaba en vigor; es un poder que suspende o reactiva el Derecho, pero que no está vigente formalmente como Derecho. En este sentido Agamben explica el instituto romano de la *Hostis iudicatio*: declaración por el Senado contra quien atenta contra el orden y la paz públicas. Aquí no sólo queda declarado enemigo, asimilable al alienígena quien todavía conserva como protección el *ius gentium*, sino que se lo declara muerto civilmente. La potencia que puede otorgar legitimidad al Derecho es la misma que puede suspenderlo, y exhibe su máximo potencial al momento de la ineficacia jurídica, *ibidem*, pág. 118. En páginas siguientes define el sistema jurídico de occidente como una estructura dual, formada por dos elementos heterogéneos y sin embargo, coordinados: uno normativo y jurídico en sentido estricto –*potestas*– y otro anómico y metajurídico que puede ser denominado *auctoritas*. "El elemento normativo tiene necesidad del anómico para poderse aplicar, pero por otra parte, la *auctoritas* sólo puede afirmarse en una relación de validación o de suspensión de la *potestas*. En tanto que resultado de la dialéctica de estos dos elementos antagónicos en cierta medida, pero fundamentalmente conexos, la antigua morada del Derecho es frágil y, en función del mantenimiento del orden está siempre al borde de su quiebre exponiendo así su fragilidad originaria", *ibidem*, págs. 124-125. En el mismo sentido se expresa Negri, A., *La fábrica de porcelana...*, op.cit., págs. 20 ss.

centro el poder normativo de la sociedad, esto es, anular el pluralismo y los distintos intereses de la multitud.

En el contexto actual, la decisión que permitiría establecer una división entre interior y exterior requiere previamente fundar un nuevo interés general (orden); sin embargo la excepción se indetermina irremediamente por el carácter flexible adquirido por el derecho ante los trazados propuestos por la soberanía imperial, dando lugar al nuevo estatuto de la ley penal.

Por lo expuesto, consideramos que actualmente nos enfrentamos a una pérdida de los cánones modernos del significado de la ley que se convierte en la táctica del poder político para establecer el orden y la paz sociales mediante el trazado de un nuevo “espacio político” frente a una pluralidad de intereses que no pueden ser objeto de decisión unilateral por el poder del soberano, es decir, la democracia vuelve a quedar en la palestra, como espacio para el reconocimiento de la pluralidad de intereses “(n)o negociables, no decidibles por ninguna autoridad unilateral.”<sup>720</sup> Frente a ello, los trazados de los espacios de la ley postmoderna revelan, como afirma Zaffaroni, que “el exceso de poder punitivo es la confesión de la incapacidad estatal para resolver su conflictividad social.”<sup>721</sup>

### 2.5.c. El *homo sacer*

El concepto de *homo sacer* estudiado por Agamben nos permite entender los numerosos llamamientos que se han hecho para repensar los elementos esenciales de las nociones contemporáneas de dignidad humana, libertad y seguridad en la transición a la soberanía imperial.<sup>722</sup>

En el antiguo Derecho romano se designaba *homo sacer* a la persona que podía ser asesinada con impunidad y cuya muerte, por esa misma razón, no tenía valor alguno. Hoy día, como término que denota la exclusión, puede aparecer aplicable no sólo a terroristas “sino a todos aquellos que se encuentran al final del camino recorrido por la ayuda humanitaria (ruandeses, bosnios, afganos) así como los inmigrantes clandestinos, los habitantes de las favelas de Brasil, etc.”<sup>723</sup>

El *homo sacer* se sitúa en la grieta abierta por el Derecho entre el mando global y la forma institucional del Estado nación.<sup>724</sup> Agamben describe al *homo sacer* como un hombre que existe en la ley, pero como exiliado. Y allí estalla la paradoja que describe en tres volúmenes de su investigación: es sólo a través de

---

<sup>720</sup> Barcellona, “La teoría de sistemas...”, op.cit., pág.41.

<sup>721</sup> Zaffaroni, E.R., /Slokar, A., /Alagia, A., *Manual de Derecho Penal. Parte General*, Ediar, Buenos Aires, 2005, pág. 9.

<sup>722</sup> Portilla Contreras, G., “La configuración...”, op.cit., pág. 1409; Anastasia, S., “Diritto e diritti, prima e dopo l’11.9”, en Rivera Beiras, I., *Contornos y repliegues...*, op.cit., pág. 366.

<sup>723</sup> Žižek, S., “Estamos en guerra? ¿Tenemos un enemigo?”, disponible en [//es.geocities.com/Žižekencastellano/artestamosenguerra.htm](http://es.geocities.com/Žižekencastellano/artestamosenguerra.htm)

<sup>724</sup> Viejo Viñas, R., *Soberanía y gobernanza...*, op.cit., pág. 10.

la ley que la sociedad puede “reconocer” al *homo sacer* y, lo esencial a esa ley es que prescribe la exclusión otorgando identidad al individuo. De este modo, la *forma de mando global instituye la figura del ilegal para así rediseñar el espacio imperial de la ciudadanía*.

Recurrimos al *homo sacer* como elemento de análisis sobre la legitimidad requerida por parte de la soberanía en tiempos de transición, de búsqueda de imposición de un nuevo orden, porque el trazado de la frontera entre interior y exterior mediante esta *categoría de personas* realiza lo imposible: diferencia entre dos capacidades de la vida: una biológica (*zoe*) y por otra parte, la vida política (*bios*). Como “nuda vida” se haya sometida bajo el poder del soberano que declara el estado de excepción y, como *bios*, no tiene significancia política.<sup>725</sup>

Ello surge de la diferenciación establecida entre ciudadano e individuo que Agamben sitúa en la Revolución Francesa y la creación del Estado nación. Es esencial -para el concepto de soberanía- la diferenciación a partir de titulares de Derechos entre el ciudadano y el individuo, es por esto que la declaración de los Derechos del hombre y del ciudadano (1789) es presentada por el autor como el *locus* en donde se produce el pasaje de la autoridad divina a la soberanía nacional. Este pasaje asegura la *exceptio* en el nuevo orden que logró sobreponerse ante el colapso del *Ancien regime*.

El desplazamiento de la sociedad de soberanía y la inclusión de la vida (*zoe*) en el orden del poder –señalada como biopolítica por Foucault- establece la relación entre el poder soberano y la nuda vida, ésta es una relación de captura sobre la base de una estructura de excepción.<sup>726</sup> Porque, el poder soberano, queda definido en la medida en que está en condiciones de decretar el estado de excepción.<sup>727</sup> En el seno de este espacio de excepción, la operación fundamental de la articulación del poder se *comprende* entonces como la posibilidad de *aislar*,

---

<sup>725</sup> Cfr. Portilla Contreras, G., *El Derecho penal.....*, op.cit., pág. 85, “Nos encontramos ante flamantes espacios biopolíticos en los que el poder administra la libertad, excluyéndola, al igual que en aquellos tiempos en los que el poder politizaba la vida, suprimiéndola. La estructura de la excepción –áreas en las que desaparece el Derecho- es el símbolo de la política occidental real, una estructura en la que no es la excepción la que sustrae a la regla sino la regla que, suspendiéndose, da lugar a la excepción.”

<sup>726</sup> Véase Barcellona, P., “Una Nuova “Narrazione”: La Strategia Dei Nuovi Diritti”, en Ribera Beiras, I., (coord.), *Contornos y repliegues,...*op.cit., pág. 110. En la fase actual el Derecho se refiere al individuo singular, reducido a “nuda vida”, privada de cualquier referencia a una determinación de carácter social. La nuda vida es la vida biológica, independientemente de una determinación social. En la biopolítica prevalece lo biológico puro, frente al cual se erige un poder (Foucault) sin mediaciones. La desocialización del Derecho se corresponde con el problema del gobierno político de la globalización. En este contexto, el concepto correspondiente a la idea del Derecho que se inserta en la base de una premisa intrínseca está produciendo una innovación en el terreno del constitucionalismo moderno. Se habla hoy de un constitucionalsimo sin pueblo. El nuevo Derecho representa una forma de transición, sustituida por la narrativa de la sociedad cosmopolita, caracterizada por el Derecho referido al individuo singular en cuanto tal.

<sup>727</sup> Véase *supra* 2.7.2

en cada sujeto, una nuda vida –vida inmediatamente expuesta a la excepción soberana- y que, en cuanto tal, asegurará al poder una toma directa.

Por ello, el estado de excepción es inmanente a la norma; no lo contrario del orden estatuido, sino el principio que le es inmanente<sup>728</sup> y al que recurrirá el poder para cartografiar las nuevas topologías del orden; en este sentido, no se trata de una vida desnuda sin más, sino de una subjetividad hipernormativizada. El espacio de exclusión que traza la soberanía en vistas de alcanzar la legitimidad de conformidad con el nuevo orden, habilita un control cada vez mayor sobre aquellos individuos que han sido previamente declarados ilegales. Sin embargo, tal declaración es la forma en la que se ejerce el control ilimitado sobre la vida de todos los individuos y no sólo de una categoría, porque lo que genera es la imposibilidad de un exterior correlativo a la forma imperial. Ésta no puede trazar límites estáticos para normar lo fluido, como tampoco puede establecer territorialidades netamente colindantes; por el contrario, se alimenta de hibridaciones que se reproducen en la excepción.

Así las cosas, la temporalidad acotada de la declaración de excepción propia de la soberanía moderna se verá desarticulada frente a los nuevos espacios soberanos postmodernos que precisan de una flexibilidad tal que habilite las sucesivas capturas de una *subjetividad* en flujo.

## 2.6. La militarización del control social

Lo anterior pone en evidencia que la modernidad se caracterizaba por desplazar el eje de la soberanía sobre cada sujeto, quien se hallaba así inducido a reproducir, aplicando sobre sí mismo, la estructura de la excepción.<sup>729</sup> Gracias a esta dinámica la modernidad termina sucumbiendo ante su propio mito prometeico y el discurso sobre el mando global se revela, finalmente, como el correlato invertido de la creciente ingobernabilidad del mundo que prefigura la crisis de lo político entendido como *apropiación del espacio institucional del poder*.<sup>730</sup>

De este modo la continuidad entre nacimiento y ciudadanía que establece la *Declaración de los Derechos del hombre y del ciudadano* como fundamento del Estado nación no se postula más que sobre el aislamiento previo de la nuda vida. Ella es la que dará cuenta de las excepciones. De donde se colige que, si la figura del inmigrante *ilegal* es hoy tan crucial, es porque ella revela el carácter ilusorio de esta identidad entre nacimiento y ciudadanía y es el símbolo del intento de superar la crisis del Estado nación para producir nuevos espacios imperiales.<sup>731</sup>

La influencia en Europa de esta corriente represiva se encuentra con el desarrollo de otra línea política criminal conocida como la cultura de “la

---

<sup>728</sup> Aspe, B., /Combes, M., *Retorno al campo como paradigma biopolítico*, 2000, disponible en [www.sindominio.net/arkitzean/otrascosas/retorno.htm](http://www.sindominio.net/arkitzean/otrascosas/retorno.htm)

<sup>729</sup> Cfr. Žižek, S., *El desierto de lo real...*, op.cit., pág. 29.

<sup>730</sup> Rodríguez, E., *El gobierno imposible...*, op.cit., págs. 105 ss.

<sup>731</sup> Cfr. Portilla Contreras, G., “*El Derecho penal ante la nueva...*”, op.cit., pág. 255.

emergencia o excepcionalidad penal” que se remonta a los años setenta cuando la crisis económica y política del welfarismo estatal desencadena una explosión de la conflictividad social cristalizada en prácticas terroristas y violencia política. El Estado esgrimirá sin demasiados titubeos leyes antiterroristas<sup>732</sup> y un proceso de represión política de los sectores sediciosos con el objeto de cumplir funciones de control, lo que genera un proceso de politización de los sistemas penales que se manifiesta en la configuración de mecanismos administrativos y penales con componentes ajenos al “Derecho penal clásico”, ello bajo el paradigma de la excepcionalidad, idóneo para flexibilizar las normas constitucionales concernientes a libertades y derechos del ciudadano.<sup>733</sup>

En este sentido, la generalización en Europa de políticas penales que redundan en un incremento del control tendente a limitar los efectos de la inseguridad ciudadana conllevan el uso de mecanismos punitivos<sup>734</sup> y la implementación de sendos mecanismos a fin de restringir garantías.<sup>735</sup> Esto se hace evidente en el aumento de la población carcelaria<sup>736</sup> y en el significativo recrudescimiento de las penas privativas de libertad en detrimento de otras alternativas que fueran propugnadas en España en el Código penal de 1995.<sup>737</sup>

La solución de los problemas que antes eran *mediados* por el Estado, en la era de los mercados globales, “el poder debe economizar su modo de intervención, desplegar nuevas racionalidades de gobierno, que no han significado sin embargo un retroceso en su intensidad”<sup>738</sup> mediante articulaciones de tipo represivo. Esta nueva economía del poder surge del resto de potencia soberana que simbólicamente se (re)organiza en los límites marcados sobre

---

<sup>732</sup> Serrano Piedecabras, J.R., *Emergencia...*, op.cit., págs. 34 ss.

<sup>733</sup> Cfr. Rivera Beiras, I., “Forma- Estado, Mercado de Trabajo y Sistema Penal (nuevas racionalidades punitivas y posibles escenarios penales”, en Rivera Beiras, I., (coord.) *Mitologías y discursos sobre el castigo. Historia del presente y posibles escenarios*, Anthropos, Barcelona, 2004.

<sup>734</sup> Cfr. AA.VV., *Crime Policy in Europe. Good practices and promising examples*, Council of Europe Publishing, Strasbourg Cedex, 2004, en especial parte 1, *Crime prevention*, págs. 19-46.

<sup>735</sup> Portilla Contreras, G., *El Derecho penal.....*, op.cit., pág. 46, sostiene que “la nueva estrategia hegemónica se desenvuelve mejor en un estado con una Constitución democrática que concede un aparato militar y policial a fin de lograr sus objetivos de acumulación.”

<sup>736</sup> De acuerdo con el informe de la ACAIP “Ocho de cada diez nuevos reclusos son extranjeros”, 2007, en el período comprendido entre 2004 y 2007 el incremento de la población carcelaria a nivel nacional, ha sido de 10.922 lo que ha supuesto un aumento del 19.59%, por su parte, como habremos de analizar más detenidamente en el capítulo próximo, la población reclusa extranjera ha pasado de 15.205 a 22.977 lo que supuso un aumento de 7772 lo que arroja porcentualmente una cifra ascendente de 51.11%

<sup>737</sup> De la extensa literatura producida hasta el momento, véanse entre otros, Díez Ripollés, J.L., *La política criminal en la encrucijada*, op.cit.; Maqueda Abreu, M.L., “Políticas de seguridad y Estado de Derecho”, en Pérez Álvarez, F., (ed.), *Serta. In Memoriam Alexandri Baratta*, op.cit., págs. 1293 ss.

<sup>738</sup> San Martín Segura, D., “La excepción material...”, op.cit., pág. 353.

discursos de riesgo, miedo y alarma social.<sup>739</sup> El primado de la seguridad significa a un tiempo u otro, la militarización del control social, la gestión en términos militares o incluso bélicos de las amenazas a la soberanía imperial.

Por este motivo, las gramáticas del control que se construyen bajo el *paradigma de la prevención*, más que revelar una búsqueda de los responsables de la inseguridad, se afirman como parte del desarrollo del proyecto neoliberal, donde su desorden intrínseco quiere ser presentado como algo susceptible de ser controlado con medidas policiales bajo la égida del riesgo, como reflejo del abandono de las políticas de inclusión.<sup>740</sup> En el origen de la constitución del Estado soberano encontramos el miedo a regresar al estado de naturaleza y, bajo este paradigma la inseguridad sólo podrá ser conjurada a partir de la decisión soberana. Es por ello que no es suficiente para Hobbes el acuerdo, sino que éste precisa de una constante reafirmación por medio del miedo al castigo, lo que a la postre produce un clima de sumisión;<sup>741</sup> no obstante la situación es algo diferente actualmente, ya que la legitimación del poder soberano no se inscribe en el *espacio*, sino en la ampliación de las capacidades de intervención que definen a un poder más difuso. La soberanía postmoderna enfrenta las emergencias surgidas de la contraposición de la lógica del neoliberalismo y las limitaciones fácticas que impone a las tácticas de gobierno.<sup>742</sup>

Asimismo, la estrategia de control halla fuerte recepción en los debates y propuestas tanto de partidos de derecha como de izquierda<sup>743</sup>, acerca de la

---

<sup>739</sup> Cfr. Hardt, M., /Negri, A., *Imperio*, op.cit., pág. 38, Cugat Mauri, M., “Nuevas huidas al Derecho penal y quiebra de los principios garantistas”, en Pérez Alvarez (ed.), *In Memoriam Alexandri Baratta...*, op.cit., págs. 186 ss.

<sup>740</sup> Palidda, S., *Migrations, foreigners, criminals: the security short-circuit in the wake of the second great transformation and the need for democratic management of disorder*, op.cit., pág. 48; Brandariz García, J.A., “La construcción de los migrantes como categoría de riesgo: fundamento, funcionalidad y consecuencias para el sistema penal”, en Cancio Meliá, M., /Pozuelo Pérez, L., (coords.), *Política criminal en vanguardia...*, op.cit., pág. 148; De Giorgi, A., *El gobierno...*, op.cit., *pássim*.

<sup>741</sup> Portilla Contreras, G., “La legitimación doctrinal de la dicotomía schmittiana en el Derecho penal del “enemigo”, en Cancio Meliá, M., /Gómez-Jara Díez, C., *Derecho penal del enemigo*, Vol. 2, op.cit., pág. 665.

<sup>742</sup> En este punto seguimos los lineamientos de San Martín Segura, D., “La excepción material...”, op.cit., pág. 355.

<sup>743</sup> Los procesos de criminalización actuales rompen con las divisiones políticas a las que estábamos acostumbrados cuando quedaba establecido un vínculo entre la derecha y sus demandas de criminalización y la izquierda con el reclamo opuesto. En este sentido se puede hablar de un consenso entre estas dos corrientes políticas. Como señala Cancio Meliá, M., “Dogmática y política criminal en una teoría funcional del delito”, op.cit., págs. 105-106, “Respecto de la izquierda política resulta especialmente llamativo el cambio de actitud: de una línea que identificaba la criminalización de determinadas conductas como mecanismos de represión para el mantenimiento del sistema económico-político de dominación a una línea que descubre las pretensiones de neocriminalización específicamente de izquierdas: delitos de discriminación, delitos en que las víctimas son mujeres maltratadas, etc. Sin embargo, el cuadro estaría incompleto sin hacer referencia a un cambio de actitud también en la derecha política: en el contexto de la evolución de las posiciones de estas fuerzas, también en materia de política



necesidad del “combate del delito”,<sup>744</sup> que se dirigen a ocultar cuestiones cruciales como la desregulación de sus economías, o el abandono del tejido de redes de contención y desatomización social.<sup>745</sup>

De las características apuntadas se deduce una militarización del control que se expresa en dos tendencias: la primera es que ciertas categorías de seres humanos, por ser sospechosas de connivencia con el enemigo, son despojadas de las garantías jurídicas normales a través de legislaciones de emergencia sancionadas para establecerse como forma de funcionamiento normal de las fuerzas de control.<sup>746</sup> Esta coyuntura generaliza la excepción y se enreda en los tejidos sociales, produciendo nuevas formas de control *líquido*.

La segunda consecuencia hace referencia a la gestión *glocal* del Estado actual que se propone racionalizar sus estrategias de control para que actúen de modo eficiente; éstas consisten en la aplicación de una política de segregación represiva y punitiva de las poblaciones de riesgo (jóvenes delincuentes, drogodependientes, etc. aquellos que quedaron fuera del “contrato social”)<sup>747</sup> de talante autoritario, moralmente conservadora,<sup>748</sup> para la custodia de la fluidez del capital.<sup>749</sup>

---

criminal, nadaie quiere ser “conservador”, sino igual de “progresista” (o más) que todos los demás grupos. En este sentido, la derecha política –en particular (me) refiero a la situación en España- ha descubierto que la aporación de normas penales es una vía para adquirir matices políticos “progresistas”, de la misma manera como la izquierda ha dado sobrada cuenta del discurso de *law and order* antes privativo de la derecha. En este contexto la escalada penal, como no deja de dar réditos políticos, ya “no es cuestión tabú para nadie”. Véase asimismo, Silva Sánchez, J.M., *La expansión...*, op.cit., pág. 47; Cifardini, M.A., Epílogo a la edición latinoamericana de Young, J. /Lea, J., *¿Qué hacer con la ley y el orden?*, (trad. Gil/Cifardini), Editores del Puerto, Buenos Aires, 2001, pág. 277; Žižek, S., *El espinoso sujeto...*, op.cit., págs. 215 ss.

<sup>744</sup> Torrente, D., “Políticas de seguridad ciudadana: condicionantes y modelos recientes”, en Pérez Alvarez, F., (ed.), *Serta. In Memoriam Alexandri Baratta*, op.cit., pág. 1486; en la misma obra, Medina Ariza, J., “Discursos políticos sobre seguridad ciudadana en la historia reciente de España”, op.cit., pág. 1287; Maqueda Abreu, M.L., “Políticas de seguridad y Estado de Derecho”, *ibidem*, págs. 1288; Cancio Meliá, M., “Terrorismo y derecho penal: sueño de la prevención, pesadilla del Estado de Derecho”, en Cancio Meliá, M., /Pozuelo Pérez, L., *Política criminal en vanguardia...*, op.cit., págs. 314-315.

<sup>745</sup> Véase Prado, C., “Interrogaciones acerca de las políticas penales de vanguardia en el mundo globalizado”, en Bergalli, R., /Ribera Beiras, I., (coords.), *Contornos y repliegues..* op.cit., págs. 409-418.

<sup>746</sup> Zaffaroni, E.R., /Alagia, A., /Slokar, A., *Derecho penal...*, op.cit., pág. 356.

<sup>747</sup> Véase Bernuz Benítez, M.J., “La percepción de los jóvenes antisociales como grupo de riesgo social”, en Da Agra, C., /Domínguez, L., /García Amado, J.A., /Hebberecht, P., /Recasens, A., (eds.), *La seguridad en la sociedad del riesgo. Un debate abierto*, op.cit., págs. 261- 277; en la misma obra, Da Agra, C., /Castro, J., “¿Los extranjeros son un grupo de riesgo? Investigación en prisiones portuguesas”, op.cit., págs. 279-301.

<sup>748</sup> Es dable aquí compartir las expresiones vertidas por Rusche, G., /Kirchheimer, O., *Pena y estructura social*, op.cit., págs. 18-19, cuando se refieren a las condiciones sociales y ejecución penal en la baja Edad Media: “No cabe duda que la práctica judicial se basa en concepciones clasistas antes que en juicios de carácter moral. La libertad de elección, prevista jurídicamente,

La política de seguridad conduce a una erosión del espacio político en desmedro de la democracia y la solidaridad. Se aprecia, de este modo, una tendencia al desarrollo de políticas cada vez más represivas basadas en la explotación de las inseguridades y los miedos de los ciudadanos, por parte de quienes se constituyen en generadores de opinión, de políticas y de prácticas en el ámbito local.<sup>750</sup>

Si el lugar en el que situamos la producción biopolítica del orden son los nexos inmatriciales de producción del lenguaje y lo simbólico, el papel preponderante que han ido asumiendo los medios de comunicación en el tratamiento del problema de la criminalidad produce la consolidación de una perspectiva volitiva de la delincuencia a través del fomento del modelo de la “seguridad ciudadana”<sup>751</sup> y con ello, la política criminal obedece a una nueva forma de configurar y modelar el control social, esto es, *el etiquetamiento de la disfuncionalidad*.<sup>752</sup>

En este sentido, Zaffaroni, Alagia y Slokar describen la imagen bélica del poder punitivo como aquella que presenta los siguientes efectos: a) incentivar el antagonismo entre los sectores subordinados de la sociedad; b) impedir o dificultar la coalición o el acuerdo en el interior de esos sectores; c) aumentar la

---

entre penas corporales y pecuniarias pudo haber contribuido a esta evolución, y las rigurosas leyes sobre vagancia que se encuentran por doquier en el siglo XVI, revelan claramente la interpretación imperante del término *honestidad*. Más allá de la diferenciación de clase que hacía depender la imposición de multas o penas corporales de la capacidad de pago del condenado.... “El mayor número de delitos registrados eran contra la propiedad, cometidos justamente por aquellos que no la poseían y a los que, por tanto, difícilmente se les podía aplicar una pena de tipo pecuniario. El erario no recibía nada de estos individuos”... Como observa Schmitt “la supresión de las bandas de vagabundos, mendigos y ladrones se convirtió en un problema de fundamental importancia. En uno y otro lugar se abrían las esclusas dejando correr torrentes pestilentes hacia el mar cenagoso del delito”. Cuanto más se empobrecían las masas, más severas se tornaban las penas que intentaban desviarlas del delito. Las penas corporales comenzaron a incrementarse...”; Zaffaroni, E.R., *El enemigo en el Derecho Penal*, op.cit., págs. 33 ss.

<sup>749</sup> Žižek, S., *El espinoso sujeto....*, op.cit., pág. 216.

<sup>750</sup> Cfr. Recasens i Brunet, A., “Globalización, riesgo y seguridad: el continuarse de lo que alguien empezase”, op.cit., pág. 369.

<sup>751</sup> Torrente, D., “Políticas de seguridad ciudadana: condicionantes y modelos recientes”, en Pérez Álvarez, F., (ed.), *Serta. In Memoriam Alexandri Baratta*, op.cit., pág.1486; asimismo, para el caso particular del tratamiento de la inmigración en los medios de comunicación véase Barata, F., “Inmigración y criminalización en los medios de comunicación”, en Bergalli, R., (coord.), *Flujos migratorios....*, op.cit., págs. 261-294; Botella Corral, J., /Peres-Neto, L., “La formación de la opinión pública y la construcción de discursos sobre la realidad criminal en España”, en García Arán, M., /Botella Corral, J., (dirs.), *Malas noticias. Medios de comunicación, política criminal y garantías penales en España*, Tirant lo blanch, Valencia, 2008, págs. 43 ss.

<sup>752</sup> Brandariz García, J.A., *La política criminal...* op.cit., pág. 234; es dable referir aquí junto con Zaffaroni, E.R., /Alagia, A., /Slokar, A., *Derecho penal....*, op.cit., pág. 9, nota 25, al teorema de Thomas que sostiene que la empresa moral termina construyendo un escenario discursivo en el que no importa lo que se haga, sino los anclajes discursivos que lo articulan. En estos anclajes habremos de reparar cuando llegemos al momento de analizar las políticas europeas de inmigración en el Capítulo 3.

distancia y la incomunicación entre las clases sociales; d) potenciar los miedos (espacios paranoicos), las desconfianzas y los prejuicios; e) devaluar las actitudes y discursos de respeto por la vida y la dignidad humanas; f) dificultar las tentativas de hallar caminos alternativos de solución de conflictos; g) desacreditar los discursos limitadores de la violencia; h) proyectar a los críticos del abuso del poder como aliados o emisarios de los delincuentes; i) habilitar la misma violencia que respecto de aquéllos.<sup>753</sup>

Esta imagen bélica del ejercicio del control social penal, por vía de la absolutización del valor de la seguridad, tiene el efecto de profundizar sin límite alguno lo que el poder punitivo provoca inexorablemente: el debilitamiento de los vínculos sociales horizontales y el reforzamiento de los verticales (disciplina, control, autoridad). En tal medida, la retórica de la inseguridad beneficia no sólo a los medios de comunicación, a la seguridad privada, a la policía, o a las compañías de seguro, sino también beneficia a políticos oportunistas que originan consenso a partir de la idea de ley y orden.<sup>754</sup>

La causa principal de la apelación constante a la inseguridad y el desorden, velando el desmantelamiento del orden social existente, obtiene rédito a partir de la producción de inestabilidad que propende a una economía discontinua y heterogénea (economía sumergida, desregulada, flexible, que ofician como sinónimos de inseguridad laboral; en suma, el ocaso de los derechos laborales y sociales).<sup>755</sup>

### 2.6.a. La “necesidad” del enemigo

En la escena de la rearticulación soberana se representa una forma de control social que no consiste en la instauración de dispositivos disciplinarios, sino en la difusión de una excepción permanente que, a través de la fuerzas de seguridad, se abocará a la construcción de un orden correspondiente a la era neoliberal.<sup>756</sup>

Bajo estas coordenadas, las medidas adoptadas no son consideradas *ilegales*, sino que son expuestas como la apertura de una grieta –escisión entre *bios* y *zoe*- en el sistema del Estado de Derecho, de la cual la “hegemonía” (clase, raza, sociedad democrática, etc.) se sirve para conservarse. Son más bien, al decir de Dal Lago, “procedimientos formalmente legales con los que la “guerra contra el terrorismo” es sustraída del control de la ley ordinaria”.<sup>757</sup> Esta es una aparente

---

<sup>753</sup> Zaffaroni, E.R., /Alagia, A., /Slokar, A., *Derecho penal...*, op.cit., pág. 18.

<sup>754</sup> *Ibidem*. En el mismo sentido, Brandariz García, J.A., *La política criminal...*, op.cit., págs. 175 ss.

<sup>755</sup> Véase *supra* puntos 1.5; 1.6.

<sup>756</sup> Palidda, S., *Migrations...*, op.cit., pág. 52.

<sup>757</sup> Scheerer, S., “*Problemas Que Presenta La Prognosis Del Terrorismo*”, (trad. Bohm), en Ribera Beiras, I., *et.al.*, *Contornos y pliegues...*, op.cit., págs. 344-350, haciendo referencia al terrorismo como objeto de prognosis, afirma que “la confrontación con amenazas de este tipo eleva

paradoja que tiene célebres precedentes, como el régimen especial establecido por el Estado alemán frente a los judíos,<sup>758</sup> las dictaduras latinoamericanas o el franquismo.<sup>759</sup>

La creación de un estado de acusación virtual y real de ciertos grupos, en particular los inmigrantes, considerados proclives a acoger la propaganda de los enemigos de occidente debido a su “naturaleza” ilegal.<sup>760</sup> En este sentido los centros de internamiento para “clandestinos” no son formalmente diferentes de las cárceles militares especiales, por cuanto están reservados a alojar a sujetos privados de toda individualidad y dignidad.<sup>761</sup>

La declaración de enemistad que funda toda esta política del control tiende a abrazar a cualquier amenaza del orden constituido. La división establecida por Schmitt entre enemigo y amigo no es en ningún caso el reconocimiento de una diferencia objetiva; antes bien, el enemigo es siempre por definición invisible: no puede ser reconocido directamente porque se parece a nosotros, razón por la cual, *el mayor problema y la principal tarea de la lucha política es la de proveer y construir una imagen del enemigo que podamos reconocer*. Este reconocimiento del enemigo es siempre un procedimiento que se da simultáneamente con la designación del enemigo como tal, un procedimiento que construye su verdadero rostro. Schmitt hace referencia a la categoría kantiana del *einbildungskraft* o el poder de la imaginación: para reconocer al enemigo debemos esquematizar la figura lógica del enemigo con mayúsculas, dotándola de características concretas que lo convertirán en el objetivo apropiado de la lucha y el odio.<sup>762</sup>

Si hoy es imposible sostener una diferencia entre política interior y exterior<sup>763</sup> no se debe sólo al debilitamiento de los Estados nacionales -que habrían cedido cuotas de soberanía a instancias globales-, sino también lo contrario: la reorganización de los Estados nacionales en coaliciones que actúan en un escenario global por motivos hegemónicos. Como señala Dal Lago,

---

tendencialmente la propensión a errores en el diagnóstico y el pronóstico, y ello a causa de un círculo vicioso que se alimenta de tal situación.”

<sup>758</sup> Dal Lago, A., “La guerra mundo”, op.cit., nota 22, pág. 30.

<sup>759</sup> Sobre los campos de concentración y trabajo forzado en la dictadura franquista véase AAVV., *El canal de los presos (1940-1962). Trabajos forzados: de la represión política a la explotación económica*, 2 ed., Crítica, Barcelona, 2004, en especial, págs. 33-103 sobre la estructura normativa del sistema penitenciario franquista.

<sup>760</sup> Barata, F., “Inmigración y criminalización en los medios de comunicación”, op.cit., en especial, págs. 275 ss.; en la misma obra, sobre el discurso solapadamente racista, Delgado, M., “Nuevas retóricas para la exclusión social”, op.cit., págs. 6 ss; Antón Prieto, J.I., “Inmigración y delito en el imaginario colectivo. Alternativas a una relación perversa”, en Pérez Alvarez, F. (ed.), op.cit., en especial, págs. 258 ss; Portilla Contreras, G., “La exclusión de la inmigración...”, op.cit., págs. 530. ss.

<sup>761</sup> De Giorgi, A., *El gobierno de la excedencia*, op.cit., págs. 124 ss.

<sup>762</sup> Žižek, S., “¿Estamos en guerra...”, op.cit.

<sup>763</sup> En el mismo sentido, Brandariz García, J.A., *Política criminal..*, op.cit., págs. 205 ss.

resignificando la máxima de Clausewitz “la política global es la continuación de la guerra global por otros medios.”<sup>764</sup>

En este contexto, la rearticulación simbólica de la soberanía se revela, sobre todo, en formas difusas de pensamiento, o de no-pensamiento, que siempre requieren expresiones explícitas. En una guerra – de cualquier tipo- el enemigo pierde toda connotación específica para convertirse en blanco al cual atacar. La generalización de la hostilidad implícita en las guerras contemporáneas – el terrorista remite al árabe o al islamista, el Estado canalla a toda su población<sup>765</sup>- provoca que una parte relevante de la humanidad sea potencialmente blanco y, por consiguiente, des-humanizada. Nace aquí la sustancial indiferencia con la que es tratado el destino de las poblaciones implicadas, cuya devastación es “legitimada” en apelaciones como “efectos colaterales” que son asumidos como lo normal de la implementación de la “democracia, la paz y la libertad” de acuerdo con la retórica imperial.

Aquello se demuestra, por un lado, en la asimetría militar, esto es, en la evidente desproporción de la potencia militar de unos y de otros; en otro, la asimetría opera en el ámbito de lo antropológico. La definición del enemigo como bárbaro o criminal excluye todo el reconocimiento de su *status* de combatiente (Guantánamo) en consecuencia, “será tratado como un problema técnico, equiparándolo a un desastre o a una plaga natural, como una epidemia”<sup>766</sup>, como peligroso.

A partir de la asunción de que la única cultura es la occidental, y al no ser necesaria la apelación a una superioridad de la raza como fuera en las décadas del 30 y 40 del siglo pasado, se produce actualmente una hipérbole del tratamiento racista del enemigo: no se asume su inferioridad racial, sino directamente su exclusión *a priori* del género humano.<sup>767</sup>

Porque el *ius bellum* se asienta hoy día en que la cultura occidental es la única cultura legítima y, en estos términos, los “otros” serán considerados como

---

<sup>764</sup> Dal Lago, “La Guerra mundo”, op. cit., pág. 32.

<sup>765</sup> Véase entre otros, Bordas Martínez, J., *El terrorismo yihadista en la sociedad calidoscópica*, op.cit., págs. 35 ss.; Chomsky, N., *Ambiciones imperiales: el mundo después del 11-S: entrevistas inéditas con David Barsamian*, (trad.Belaustegui ), Península, Barcelona, 2006.

<sup>766</sup> Dal Lago, A., “La guerra-mundo....”, op.cit., pág. 50.

<sup>767</sup> Delgado, M., “Nuevas retóricas...”, op.cit., pág. 13. “Posiblemente más que en otras épocas o lugares, entre nosotros se hace bien evidente hasta qué punto eso que da en llamar realidad es sobre todo una construcción política y social determinada desde los centros de poder encargados de la producción y distribución de significados, para cuya eficacia siempre resulta indispensable el concurso de las mayorías sociales en cuyos sistemas de representación ya estaban presentes y activas las lógicas de y para la exclusión. Es desde estas instancias que se tiene la sólida convicción de que un buen imaginario debidamente ordenado y ordenador, es capaz de desarrollar cualidades mágico-afectivas capaces de vencer las fragmentaciones, las paradojas y las luchas de que está hecho el mundo social tal y como es de verdad.”

sin cultura o portadores de culturas anormales.<sup>768</sup> Por lo tanto la guerra se hace contra no-hombres, lo cual, permite que la guerra permanente no tenga cortapisas en los medios que utiliza y logre a su vez generar consenso sobre los valores compartidos por la “humanidad.”<sup>769</sup>

## 2.7. Control social möbius

Tras la descripción de los cambios sociales, culturales y epistemológicos de la modernidad puntualizados hasta aquí, en este apartado pretendemos establecer cómo estos patrones compartidos de desarrollo histórico han condicionado la experiencia y definición de elementos tales como el delito, la inseguridad y el orden social.

Ross introduce en la sociología el concepto de control social en su libro *Social Control* de 1901, y define el término como la dominación intencionada que cumple una función en la vida de la sociedad. Control social es todo lo que se impone sobre el individuo: opinión pública, Derecho, sistema educativo, religión, etc. Su tesis es que, una vez debilitados los controles sociales primarios por la fuerza de la industrialización y la urbanización, lo importante es crear un sistema de control racional. Detrás de esta idea late la concepción hobbesiana de naturaleza humana. Este autor, junto con Mannheim o Thomas, utiliza el concepto de control social en un sentido genérico más próximo a la idea de

---

<sup>768</sup> Appadurai, A., *El rechazo de las minorías..*, op.cit. págs. 115 ss.; Žižek, S., *Did somebody say totalitarianism? Five interpretations in the (mis)use of a notion*, Verso, London-New York, 2001, págs. 227 ss., 245 ss.; Linderen Alves, J.A., “O contrario dos direitos humanos (explicitando Žižek)”, en *Revista Lua nova*, núm. 55-56, 2002, págs. 106 ss.

<sup>769</sup> Delgado, M., “Nuevas retóricas.....”, op.cit., págs. 13-14, sostiene que en un tema como es la inmigración, esta cualidad casi demiurga de la ideología, es decir, la capacidad de hacernos creer que el mundo es tal y como según quien lo imagina- es convocada de una forma especialmente intensa por las instituciones políticas y siempre al entorno de las mencionadas abstracciones relativas a la “cultura” propia y la de los llegados. Su objetivo: conseguir que el orden de las representaciones –mostrando una cuadrícula formada por unidades culturales discretas, aisladas y distinguibles pero del todo artificiales –se acabe imponiendo a la naturaleza compleja y extremadamente plural de la realidad y acabe naturalizando, por ejemplo la creciente etnificación de la mano de obra. Este lenguaje de las culturas añade enormes ventajas en orden a reanimar este conocimiento simple e inmediato de las relaciones sociales que era la gran virtud del racismo biológico. No es casual que desde hace no demasiados años comenzara a extenderse la apelación a “las culturas” para describir la naturaleza compuesta de la sociedad, y se haya renunciado de forma gradual a incluir el valor *clase social* a la hora de analizar los conflictos entre sectores con intereses incompatibles. El actual estado de cosas ha realizado el sueño dorado que todos los totalitarismos han intentado imponer, cual es el de la abolición por decreto de las luchas de clases. Sobre la imposibilidad de la compatibilidad entre *culturas* véanse Hungtinton, S., *¿Choque de civilizaciones?*, (trad. García Trevijano), Tecnos, Madrid, 2006 y Sartori, G., *La sociedad multiétnica: pluralismo, muticulturalismo, extranjeros e islámicos*, (trad. Ruiz de Asúa), Tecnos, Madrid, 2003.

socialización o contrato social que a la idea de reacción organizada ante la desviación.

Sin embargo es Parsons quien restringe el uso de este término a la desviación, criticando la visión normativa y hobbesiana.<sup>770</sup> Para este autor, la desviación es una fuerza que tiende a la realización de cambios sociales o establece un equilibrio nuevo en el sistema de interacción social. Esta última no se debe al instinto animal del ser humano, el lobo de Hobbes, sino a una suma de factores como el aprendizaje, la personalidad y las interacciones con otros.<sup>771</sup> Esta “orientación desviada” pertenece al campo de la defraudación de las expectativas de rol propuestas a la *naturaleza humana*, de allí que este autor acuñe una definición de desviación restringida, es decir que el control es la reacción social ante lo que ella misma define (produce) como desviación. Esta conceptualización apunta a considerar sólo control social a las respuestas organizadas que la sociedad define como peligrosas, problemáticas, amenazantes o desviadas o cualquier otro calificativo que implique estigma o percepción del riesgo.<sup>772</sup>

Sin duda cada momento histórico tiene una forma paradigmática de control social, y esto ya lo han demostrado estudios como los de Foucault y Rusche-Kirchheimer, Pavarini, Melossi, De Giorgi o Garland. Detrás de cada modelo de control existe una concepción del orden social, una visión del comportamiento humano, un ideal que actúa como elemento de legitimación y una serie de discursos políticos que lo acompañan.<sup>773</sup> Asimismo, cada modelo desarrolla y establece sus propios métodos de control con sus formas de diagnóstico, tratamiento y pronóstico de la desviación.<sup>774</sup>

Cada “estilo” de control social se plasma en lo que se denomina “formas de control social”.<sup>775</sup> Los dispositivos de la sociedad de control han sido moldeados por dos fuerzas sociales subyacentes, concretamente la organización social excluyente, distintiva de la postmodernidad, y las políticas de libre mercado que dominan EEUU e Inglaterra desde los años 80, y es presentada como *there is no alternative* ante un *nothing Works*.<sup>776</sup> Y en segundo lugar, las condiciones sociales -cristalizadas en el discurso reduccionista de la seguridad-

---

<sup>770</sup> Cfr. Bergalli, R., “Control social: sus orígenes conceptuales y usos instrumentales”, en Revista de Derecho penal y Criminología, núm. 2, año 1992, págs. 175 ss.

<sup>771</sup> Véanse Garland, D., *Castigo y sociedad moderna. Un estudio de teoría social*, ed. española, México, Siglo XXI, 1999, *pássim*; Gil Villa, F., *La delincuencia y su circunstancia. Sociología del crimen y de la desviación*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, págs. 81 ss.

<sup>772</sup> De Giorgi, A., *Tolerancia Cero*, op.cit., pág. 43.

<sup>773</sup> Véanse los trabajos coordinados por Bergalli, R./Marí, E., (coords.) *Historia ideológica del control social (España-Argentina, siglos XIX y XX)*, PPU, Barcelona, 1989.

<sup>774</sup> Véase Zaffaroni, E.R., *Criminología. Una aproximación desde el margen*, Temis, Bogotá, 1993.

<sup>775</sup> Torrente, D., *Desviación y delito ..*, op.cit., pág. 124.

<sup>776</sup> Zysman Quirós, D., “Nada funciona (*Nothing Works*) en el sistema penal? Recuerdos y reflexiones sobre el histórico artículo de Robert Martinson”, en Rivera Beiras, I., et. al., *Contornos...*, op.cit. págs. 429 ss. donde Martinson acuñó aquella expresión que da nombre al artículo de Zysman.

que favorecen una respuesta penal, en detrimento de otro tipo de estrategias,<sup>777</sup> combinan una *distancia relacional* engrosada entre las personas en conflicto – moral- o entre éstos y los agentes de control social. Otro factor que favorece el *estilo penal* es la desigualdad de las partes en la *jerarquía social*.

En las páginas que siguen intentaremos identificar las tendencias que describen las definiciones de desviación producidas y que, por tanto, visibilizan las estrategias político-criminales del imperio. Sin duda, la postmodernidad trae aparejados una serie de riesgos, inseguridades y problemas de control que han jugado un papel crucial a la hora de trazar un contorno en las respuestas frente al delito, sin embargo éstas se encuentran inmersas en un espacio líquido donde aparece imposible establecer un adentro y un afuera del espacio soberano. En este sentido, Hardt y Negri sostienen que el rasgo esencial de la sociedad de control, aquella que se desarrolla en el borde de la modernidad, consiste en la instrumentalización de elementos cada vez más democráticos, más inmanentes al campo social que se distribuyen por los cerebros, de modo que los sujetos interiorizan de manera creciente y totalizadora los criterios de inclusión y exclusión que no logra definir acabadamente la lógica tecnocrática.<sup>778</sup>

De aquella incapacidad surgen las limitaciones de la esfera estatal para dar respuesta a una creciente complejidad social, y ello produce una radical revalorización del ámbito privado. El Estado postmoderno persigue su legitimación a partir del despliegue de sus recursos dispuestos para la acumulación de largas series de datos con base en los cuales se pueden estimar probabilidades, y allí hace reposar su legitimidad. La autorreferencialidad descrita por la prevención de riesgos legitima un control social mayor, a menudo adoptando la perspectiva de la víctima; se utiliza también el concepto de riesgo como la posibilidad de resultar perjudicado por una conducta que viola las reglas o se salta la legalidad, pero no se trata en realidad de un riesgo en sentido estricto. Violar las reglas no es el resultado de una conducta *natural*.<sup>779</sup> La desviación es un concepto relacionado con el conflicto social y los espacios de poder.

En la actualidad, la invocación retórica del valor seguridad se legitima por la aparición de nuevos riesgos y por el conocimiento de los ya existentes, pero por otra parte, el discurso de la seguridad se nutre del aumento de la sensibilidad frente a él, donde los ciudadanos se ven a sí mismos como víctimas potenciales, nunca como autores de delitos. En la subjetividad construida en el miedo<sup>780</sup> se

---

<sup>777</sup> Cfr. Torrente, *Desviación y delito...*, op.cit.,pág. 41.

<sup>778</sup> Cfr. *Imperio*, op.cit., pág. 233 ss.

<sup>779</sup> Torrente, D., *Desviación y delito*, Alianza, Madrid, 2001, pág. 32.

<sup>780</sup> Díez Ripollés, J.L., *La racionalidad de las leyes penales*, Trotta, Madrid, 2003, pág. 23 ss.; Soto Navarro, S., “La influencia de los medios en la percepción social de la delincuencia”, en Revista Electrónica de Derecho penal y Criminología, núm. 7, 2005, disponible en [www.criminet.ugr.es/recpc/07/recpc07/09.pdf](http://www.criminet.ugr.es/recpc/07/recpc07/09.pdf) ; Vozmediano, L., /San Juan, C., /Vergara, A.I., “Problemas de medición de miedo al delito. Algunas respuestas teóricas y técnicas”, en Revista



presenta como único recurso la ampliación de los poderes de control penal como herramienta de cohesión y legitimación.<sup>781</sup> Bajo esta lógica, el Estado sólo se autolegitima ofreciendo al resto de los ciudadanos una protección reforzada frente a aquellos que no son susceptibles de ser “nosotros”.<sup>782</sup>

Y es en aquel “espacio” donde el concepto de seguridad pública coincide y se articula con la seguridad interior.<sup>783</sup> Es por ello que la crisis a la que asistimos actualmente, frente a la dimensión difusa de los conflictos, pretende analizarse como una cuestión de adecuada gestión de la represión de la disidencia que causa inseguridades, también de carácter no definido. Como afirma Moccia “La crisis a la que se ha hecho referencia depende esencialmente de la naturaleza misma de los nuevos desasosiegos, que los reconduce etiológicamente a razones estructurales que ya no resultan gobernables en el ámbito nacional...”<sup>784</sup>

Si la razón instrumental moderna se afirmaba en la creencia de que todos los riesgos son calculables, previsibles, evitables o, a lo sumo, plausibles como “efectos colaterales”, en el medio tecnocrático actual, el concepto de seguridad se presenta metonímicamente como riesgo; no obstante, riesgo y seguridad son constructos sociales –incluyendo el peligro-. En este sentido hablar de “seguridad ciudadana” como control biopolítico desmiente el discurso como una fuente de legitimación de las instituciones políticas, incluso de las reglas democráticas. El concepto de seguridad, al igual que los de bienestar, salud, felicidad o calidad de vida, es difícil de definir, sobre todo hoy, cuando la globalización multiplica las fuentes de inseguridad, desagregándolas en un dudoso concepto difuso que irán a ser *gestionadas* bajo lógicas actuariales de cálculo de riesgo y niveles de efectividad subordinados a la escasez de los recursos del Estado social en crisis.

Lo anterior provoca que la gestión produzca un significado acotado de seguridad, sobre la que pretende atentar la peligrosidad. Esta particular e intencionada simplificación ha dado connotación tan sólo a uno de los aspectos desde los que, epistemológicamente, podría referirse la relación seguridad-inseguridad: la que se circunscribe al miedo al otro, que se ciñe a la mera posibilidad de ser víctima de un delito y que se sostiene apelando a un

---

Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, núms. 10-07, 2008, disponible en [www.criminet.ugr.es/recpc](http://www.criminet.ugr.es/recpc); Medina Ariza, J., “Discursos políticos sobre seguridad ciudadana en la historia reciente de España”, en Pérez Alvarez (ed.), *Serta. In Memoriam Alexandri Baratta*, op.cit., pág. 1303, Niño Alzueta, L., “La ideología de la defensa social y la expansión del Derecho penal”, ibídem, pág. 1101; García Arán, M., /Botella Corral, J., *Malas noticias...*, op.cit., pássim.

<sup>781</sup> Garland, D., *La cultura del control...*, op.cit. pág. 268 ss.; Young, J., *La sociedad excluyente*, op.cit., pág. 34 ss. y 204; Anitua, G.I., *Historias...*, op.cit. pág. 521; Fuentes Osorio, J.L., “Los medios de comunicación y el Derecho penal”, en Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, núm. 7, 2005, disponible en [www.criminet.ugr.es/recpc/07-16.pdf](http://www.criminet.ugr.es/recpc/07-16.pdf).

<sup>782</sup> Resta, F., “Enemigos y criminales...”, op.cit., pág. 735; Dal Lago, A., *Non persone...*, op. cit., págs. 74-75 quien señala el carácter tautológico de la construcción discursiva del “otro”. Young, J., *The vertigo of late modernity*, Sage Publications, London, 2007, págs. 73 ss., 165 ss.

<sup>783</sup> Brandariz García, J.A., *Política criminal...*, op.cit., págs. 65 ss.

<sup>784</sup> Moccia, S., “Seguridad y sistema penal...”, op.cit., pág. 300.

imaginario colectivo construido a partir de que la sociedad está habitada por una multitud de sujetos peligrosos y desviados contra los que hay que responder “antes que nada ocurra.”<sup>785</sup>

Como consecuencia de la metonimia apuntada, la inseguridad es traducida sin más como miedo al delito.<sup>786</sup> Esta visión sesgada no constituye simplemente un yerro analítico, sino que se nutre de contenidos ideológicos precisos y es uno de los productos culturales hegemónicos en el marco de las nuevas relaciones sociales imperantes. Es necesario cuestionar esta perspectiva porque deriva en la utilización o manipulación del miedo como elemento de dominación y control social.

La seguridad vuelve a la palestra, convirtiéndose en el elemento legitimante del Estado actual como lo fuera en su “fundación”. Bajo el paradigma de la sociedad del riesgo, el discurso de la seguridad ciudadana,<sup>787</sup> contra la que atenta el enemigo -identificado o identificable-, se articula para establecer ciertos criterios bajo los cuales el exceso del control, es evaluado como “efecto colateral”, o como medidas propuestas para nuestra propia seguridad. El trazado del discurso que se establece a partir de la supresión de las causas permite que una categoría de sujetos peligrosos bajo la lógica tecnocrática de los efectos colaterales habite un “espacio” reducido de seguridad. Bajo estos trazados epistemológicos y antropológico-sociales, la ciudadanía parece ser más que nunca un postulado sin correlato sustantivo, sobre quien se hace recaer la intervención focalizada, presentándola como una herramienta coherente con la creciente diferenciación (guetización) y, al mismo tiempo, es utilizado para configurar y reforzar el universo social previamente fragmentado.<sup>788</sup>

Así las cosas, del derrumbe del Estado social y democrático de Derecho emerge un imaginario social militarizado que atraviesa la comprensión del concepto de seguridad, esto es, deja de entenderse como una construcción dinámica y positiva de los distintos ámbitos que la conforman (salud, educación, empleo, medio ambiente, libertad, justicia, Derechos humanos, etc). Sin embargo, ninguno de estos múltiples integrantes de un concepto amplio de seguridad ha activado de la misma manera los reflejos de un Estado inerte que

---

<sup>785</sup> Silva Sanchez, J.M., *La expansión del Derecho penal...*, op.cit., pág. 38; Young, J., *La sociedad excluyente...*, op.cit., pág. 117; Fuentes Osorio, J.L., “*Los medios...*”, op.cit., págs. 2, 8 y 40; Soto Navarro, S., “*La influencia de los medios...*”, op.cit., págs. 3 y 29; Barata, F., “*Las nuevas fábricas del miedo. Los mass media y la inseguridad ciudadana*”, en Muñagorri Laguía, I., (ed.), *La protección de la seguridad ciudadana*, Instituto Internacional de Sociología Jurídica, Oñati, 1995, págs. 83 ss.

<sup>786</sup> Díez Ripollés, J.L., *La racionalidad de las...*, op.cit., pág. 23, sobre los perfiles difusos del concepto.

<sup>787</sup> Díez Ripollés, J.L., “*De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: un debate desenfocado*”, en Cancio Meliá, M./Gómez Jara-Díez, *Derecho penal del enemigo*, op.cit., Vol.1. págs. 557 ss.; Anitua, G.I., “*La inmigración y los discursos de la seguridad...*”, op.cit., pág. 137.

<sup>788</sup> Dal Lago, A., *Non-persone...*, op.cit., págs. 29-37 analizando la construcción del discurso periodístico respecto de esta cuestión.

ha convalidado el tránsito hacia la sociedad excluyente<sup>789</sup> y su custodia. Por lo tanto, el cercenamiento de una categoría de análisis de tal magnitud no puede sino conducir recurrentemente a una aporía científica que ha redundado en estremecedoras responsabilidades en términos de política criminal, generalmente legitimantes de las modernas cruzadas de eliminación del enemigo en nombre de la seguridad y el orden añorado.

El *modelo preventivo* actual supone el fortalecimiento de acciones extra-penales que quedan por fuera del recurso del sistema de las leyes penales y de las prácticas punitivas tradicionales como posible respuesta frente a la criminalidad. Este tipo de acciones se consolidan a través de dos características principales: por un lado, la pluralización de actores –estatales y no estatales- “que son convocados para el gobierno de la seguridad”;<sup>790</sup> la segunda se concentra en la definición de las acciones hacia las que se destina la prevención, mediante la incorporación de una nueva categoría que, si bien no se asocia directamente con el delito, se presenta como un anticipo de una futura conducta delictiva: las incivildades (*broken windows*).<sup>791</sup>

El modelo en comentario desarrolla dos estrategias de intervención<sup>792</sup> que, de acuerdo con las formas que asume el delito, opera mediante variables diferenciadas: las estrategias situacionales basadas en intervenciones específicas que se dirigen sobre todo a las víctimas potenciales y la estrategia de prevención social que intenta modificar con programas generales las condiciones de vida de determinados ambientes de manera que aumenten las posibilidades de comportamientos conformes a la ley y se disminuyan los desvíos de la norma. Este modelo es la evidencia de las nuevas segmentaciones producidas por las profundas transformaciones sufridas por Estado y, con ello, sus relaciones con la sociedad civil en lo atinente a “la seguridad”.<sup>793</sup>

---

<sup>789</sup> Young, J., *La sociedad excluyente...* op.cit., págs. 122 ss.

<sup>790</sup> De Giorgi, A., *Tolerancia Cero.....*, op.cit., pág. 10

<sup>791</sup> Medina Ariza, J., “*Discursos políticos.....*”, op.cit., pág. 1302 afirma que no podemos olvidar que algunas de las medidas propuestas por la derecha criminológica contemporánea fueron en su día empleadas por el régimen franquista como instrumento de represión política. En este sentido, por ejemplo, es posible observar los paralelismos entre algunas de las medidas de la *Ley de Peligrosidad Social* y las propuestas de Delling y Coles (1996) en *Fixing broken windows*; Harcourt, B.E., “*Desorden público y observancia de la ley. Delincuencia y punición en Estados Unidos*”, (trad. Torres), Revista Archipiélago, núm. 55, 2003, pág. 82, quien afirma que la teoría de las ventanas rotas ha puesto en marcha un movimiento en la política norteamericana que se ha dado en llamar “*revolución azul*”. El origen intelectual de estas concepciones se encuentra en los escritos de James Q. Wilson de la Universidad de Chicago, y con anterioridad, a C. Banfield quien fuera su tutor. Por su parte Wilson, junto a George Kelling, publicaron en el *Atlantic Monthly* el artículo “*Broken Windows*” que tuvo amplia repercusión revolucionó la política policial, disponible en <http://www.theatlantic.com/doc/198203/broken-windows>

<sup>792</sup> Baratta, A., “*Seguridad*”, Capítulo Criminológico. Revista de las disciplinas del control social, Vol. 29, núm. 2, Junio 2001, págs. 12 ss.

<sup>793</sup> Como será objeto de ulterior precisión, lo expuesto remite al término *policing* que, aunque no sea susceptible de una traducción adecuada al español, podemos acordar en que refiere a

Los actores privados de la sociedad civil desarrollaron sus propias adaptaciones a la nueva *normalidad* del delito, sus propias precauciones y controles sociales rutinarios, y ellos son las que explican la relevancia cultural y social que el delito ha adquirido en los años recientes. Estas *rutinas cotidianas* proveen la base social de muchas de las nuevas políticas criminales y moldean la formación cultural –el complejo del delito<sup>794</sup>– que han surgido en torno a la desviación en los últimos años.<sup>795</sup> Las agencias del sistema penal luchaban por ajustarse a la realidad del delito, las más de las veces mediante la privatización; de modo que los ciudadanos y comunidades y empresas fueron seducidos a adaptarse a un entorno de criminalidad que era considerado normal. *Todo ello generó un traslado del control de los procesos hacia los resultados*. Este desplazamiento, nos permite hablar del *control fractal del Estado* a través del cual se busca ampliar el espectro de actores intervinientes en la planificación y ejecución de políticas

---

actividades de control y mantenimiento del orden, mediante los cuales se apunta a propiciar unas rutinas seguras de la vida cotidiana. A mayor abundamiento, ilustra Marenin, O., *Policing change, changing Police*, Garland Publishing, New York, 1996, pág. 306, el *policing* refiere a un campo de lucha y conflicto entre el Estado, grupos de interés privados (incluyendo asociaciones económicas) y las comunidades, sobre la división de la autoridad y responsabilidades en la construcción y protección de rutinas seguras de la vida cotidiana. El gobierno de la seguridad urbana; es decir, si entendemos gobierno en términos foucaultianos, designa un saber sobre la actividad en cuestión, una foma o sistema de pensamiento sobre la naturaleza de la propia práctica, capaz de hacer ciertas formas de esa actividad pensables y practicables, tanto para los sujetos que la ejecutan como para aquellos que son sujetos de ésta. Véase Braithwaite, J., “El nuevo estado regulador y la transformación de la criminología” en Sozzo, M., (coord.), *Reconstruyendo las criminologías críticas*, Ad-hoc, Buenos Aires, 2006, N.deT. núm. 4, págs. 45-46; Clarke, R.V., /Felson, M., (eds.) *Routine activity and rational choice*, Advances in Criminological Theory, número 5, New Jersey-London, 1993, que en una sucesión de artículos plantean las diferencias y posteriores acercamientos entre las dos corrientes criminológicas; asimismo sobre la teoría de la “rational choice” véase Cornish, D.B., /Clarke, R., *The reasoning criminal. Rational choice perspectives of offending*, Springer-Verlog, New York, 1986.

<sup>794</sup> Este punto será desarrollado *infra* en 2.8.

<sup>795</sup> Garland, D., “Lucha contra el crimen y modernidad tardía en Estados Unidos y Gran Bretaña”, (trad. García Tójar), *Revista Archipiélago*, núm. 55/2003, pág. 101. El autor afirma que el entramado actual de la justicia penal y la lucha contra el crimen no resulta sólo de una pérdida de confianza en la capacidad operativa del sistema o de la subida en las tasas de delincuencia, sino de procesos operativos fundamentales que han creado una serie de respuestas adaptativas a las condiciones culturales y criminológicas de la modernidad tardía. Estas condiciones incluían nuevos problemas de delincuencia e inseguridad, pero sobre todo una nueva actitud respecto del Estado de bienestar. Las respuestas que se han venido dando corresponden a la marca profunda de la configuración cultural que el autor denomina como el complejo del delito, efecto de las políticas reaccionarias que han predominado tanto en Estados Unidos como en Gran Bretaña desde los últimos veinte años, así como de los cambios producidos en las estructuras laborales, de seguridad social y del mercado. Se trata de una relación de mutua influencia, es decir, los cambios en la lucha contra el crimen son adaptaciones y respuestas al mundo tardomoderno y sus valores políticos, sociales, subjetivos y culturales. Pero, por lo mismo, estas transformaciones consecutivamente desempeñan un papel en la producción de este mundo, generando el significado de la modernidad tardía.

públicas, facilitando así la actuación de diversos actores sociales, sobre todo capital privado. El Estado se limita a la coordinación y a la evaluación de los procesos al tiempo que abre juego a otros actores en espacios otrora monopolizados por él.<sup>796</sup> Es necesario resaltar en este punto que las decisiones adoptadas tanto por la política, como por los individuos y agentes privados, se encuentran condicionadas por los esquemas institucionales, los distintos “poderes” y sus correlativos saberes, sus paradojas, sus derivas y sus mutaciones.<sup>797</sup> Esto implica que, si bien el campo del control del delito tiene cierta autonomía, y una capacidad para generar internamente desarrollos y cambios, cualquier innovación importante en la configuración de éste será un signo de transformaciones correlativas en la estructura de los campos sociales e instituciones contiguos,<sup>798</sup> no sólo en relación con la respuesta frente al delito, sino también en lo atinente a nuevas prácticas de control, a nociones de orden y de cohesión social y a la manera de estructurar las relaciones dentro del campo social.

De este modo, la actual declinación del significado de seguridad (pública, interior, urbana)<sup>799</sup> acaba avalando tendencias como la tolerancia cero, el endurecimiento de las sanciones, extensiones y anticipaciones de tutela,<sup>800</sup> aumento del uso de la represión con la consiguiente erosión de los principios del Estado de Derecho. Porque el concepto de seguridad pública, orden interior y demás adjetivaciones a las que apela el poder, siempre han dado lugar a la configuración de leyes excepcionales cuyo fin es gestionar la emergencia,<sup>801</sup> mediante la asunción de estrategias de carácter policial.<sup>802</sup>

Evidentemente, el cambio en el papel y las funciones del Estado en la nueva configuración política global, generará nuevas formas de organización y definición de los conflictos, y de los dispositivos que diseñará la política criminal

---

<sup>796</sup> Como afirma Pavarini, M., “¿Vale la pena salvar la criminología?”, (trad. Martínez/Sozzo) en Sozzo, M., (coord.), *Reconstruyendo las criminologías.....*, op.cit., pág. 31 “Este sistema emergente de control social tiene características que lo distinguen claramente de los que lo han precedido. La negociación que lleva a una distribución desigual de la penalidad sólo persigue el objetivo de perjudicar algunas actividades o actores sociales, frente a otras/os. Su función *no* es realmente prevenir que tales actividades se realicen ni eliminar o resocializar ciertos actores. El sistema de control social, por ende, se convierte en un *elemento interno* a los conflictos sociales, un elemento que los sujetos sociales colectivos y grupos de intereses organizados utilizan para sostener o confirmar su poder institucional o contractual (...) pero lo que distingue esta situación como nueva es que la definición de la criminalidad no es solamente convencional, sino que ha perdido todo tipo de especificidad; la etiqueta de criminal es sólo un recurso en el intercambio social con valor simbólico, exactamente como el dinero.”

<sup>797</sup> De Giorgi, A., *Tolerancia Cero*, op.cit., págs. 44 ss.; Brandariz García, J.A., *Política criminal...*, op.cit., págs. 15 ss.

<sup>798</sup> Garland, D., *La cultura del control.....*, op.cit., pág. 38.

<sup>799</sup> Baratta, A., “Seguridad”, op.cit., págs. 7 ss.

<sup>800</sup> Véase *infra* 4.2.

<sup>801</sup> Moccia, S., “Seguridad y sistema penal...”, op.cit., pág. 303.

<sup>802</sup> Véase *infra* 2.8.1.

para construir nuevos modelos de control social. La aproximación genealógica que pretendemos sobre este punto nos lleva a la búsqueda de múltiples elementos determinantes de un fenómeno a estudiar, en este caso, el del control social en las sociedades del riesgo, y de sus distintas imbricaciones y relaciones, que tejerán nuevos paisajes políticos, institucionales y subjetivos.

En este sentido, la reterritorialización de un campo institucional consolidado, el surgimiento de objetivos y prioridades distintos y la aparición de nuevas ideas respecto de la *naturaleza del delito* y de los delincuentes, implican cambios en las bases culturales de estas instituciones. Sugieren la posibilidad de que, detrás de estas nuevas respuestas al delito, haya un nuevo patrón de mentalidades, intereses y sensibilidades que ha alterado la manera en que pensamos y sentimos respecto de este problema.<sup>803</sup>

En este sentido, el cambio acaecido en estos ámbitos lo situamos ya en el tránsito de la sociedad disciplinaria al de la sociedad de control bajo los (in)flujos del imperio.<sup>804</sup> Como sostuvimos, la desaparición de las mediaciones propuestas por el Estado social, y la hiperinstitucionalización desplegada bajo el riesgo, nos permiten señalar, al menos como punto de fuga, el declive del ideal de la resocialización como una de las pautas a seguir en el análisis de los cambios acaecidos en los últimos 30 años en la política del control social. Porque *“la sensación de inseguridad” que atraviesa la sociedad del riesgo se encuentra mediada por la conformación tecnocrática de los fines de la pena que producirá que la función de prevención general positiva sea desplazada por el surgimiento o re-surgimiento de políticas criminales orientadas a la neutralización e inocuización de quien se ha puesto en una situación de “combate” frente a los valores y expectativas que comparten todos los ciudadanos.*<sup>805</sup>

La instrumentalización de la alarma social por parte del sistema político determinará la apelación a la fuerza para la represión de la criminalidad urbana, “conduciendo el proceso de criminalización como factor de propulsión del mandato de implicación a los ciudadanos en el sostenimiento del Estado. De este modo las finalidades de la pena se identifican con la necesaria eliminación psíquica de la alarma social consolidando la actitud interna de conformidad con el ordenamiento jurídico, la fe común en una estructura normativa *representada* como si estuviera expuesta a la constante amenaza del fenómeno criminal.”<sup>806</sup>

De este modo, el concepto de sociedad de control refiere a la constitución de un nuevo orden social, cuyos rasgos principales son: la ruptura con la preeminencia de lo colectivo, entendido como “lo público”; una radicalización de la individualización propia de la modernidad, cuya exaltación potencia la

---

<sup>803</sup> Garland, D., *La cultura...*, op.cit., pág. 39.

<sup>804</sup> Véase *supra* punto 1.2.

<sup>805</sup> Díez Ripollés, J.L., *La política criminal en la encrucijada*, op.cit., pág. 106; el combate ciudadano es la articulación discursiva que emerge de la indistinción generada por la indeterminación de las reterritorializaciones de un Derecho que se flexibiliza en la excepción.

<sup>806</sup> Resta, F., *“Enemigos y criminales. Las lógicas del control...”*, págs. 739-740.

diferenciación frente al otro y, por tanto, impide la construcción de lazos sociales. La *homogeneización excluyente* deja paso a una noción de sujeto liberado, autónomo, que tiene que gestionar sus propios recursos para dar respuestas a sus necesidades.<sup>807</sup> En este contexto “la eficacia y la eficiencia cobran impulso como principios reguladores del accionar político-estatal, trasladando al espacio político nociones de carácter económico-empresarial.”<sup>808</sup> Institucionalmente esto se traduce en el debilitamiento en las intervenciones de la política criminal del énfasis puesto en la rehabilitación como objetivo de las instituciones penales y de cambios en las leyes que regulan las respuestas.<sup>809</sup> No obstante la existencia de programas de rehabilitación para drogodependientes, delincuentes sexuales y otros calificados como de alto riesgo, hoy día, ha tomado distancia de la idea de reinserción social mediante programas dentro y fuera de la cárcel. La pena no se legitima bajo la pretensión de medidas correctivas, debido a que éstas están subordinadas a otros objetivos penales, como la retribución, la incapacitación y el control de los grupos de riesgo.<sup>810</sup>

La atribución de “riesgoso” a determinado grupo supone la construcción de sujetos portadores de esta definición, los que, una vez seleccionados, constituyen una amenaza para el resto de la población. A partir de allí, se instrumentarán políticas destinadas a la disminución del riesgo. Éstas se configuran de manera jánica; por un lado, identifica poblaciones *en riesgo* de sufrir agresiones por parte de otros *grupos de riesgo* que son etiquetados como una amenaza al orden, para luego plantear estrategias de prevención situacional para las primeras, mientras que, por otra parte, inspirará estrategias de prevención inocuidadora para los segundos.<sup>811</sup>

El declive del ideal resocializador del Estado de bienestar configuró un importante indicador de que el esquema de la modernidad penal estaba en pleno proceso de desarticulación. La rehabilitación operaba como el pivote sobre el cual se asentaban las prácticas institucionales y las subjetividades que se

---

<sup>807</sup> Brandariz García, J.A., *Política criminal...*, op.cit., 16; Garland, D., *La cultura del control*, op.cit., págs. 107, 110 ss.; Monclús Masó, M., “*Las criminologías anglosajonas: realismo criminológico vs. criminología de la intolerancia*”, en *Panóptico*, núm. 6, 2003, pág. 26, De Giorgi, A., *Tolerancia Cero*, op.cit., pág. 45, Zysman Quiróz, D., “*¿Nada funciona...?*”, op.cit., págs. 429 ss.; Braithwaite, J., “*El nuevo estado regulador...*”, op.cit., págs. 47 ss.

<sup>808</sup> Hener, A., /Niszt Acosta, F., *La gestión preventiva del delito en el contexto de las nuevas racionalidades políticas neoliberales*, 2006, disponible en [www.iigg.fsoc.uba.ar/pobmirgra/archivos/bec.pdf](http://www.iigg.fsoc.uba.ar/pobmirgra/archivos/bec.pdf), pág. 4

<sup>809</sup> Cfr. Serna Alonso, J., “*El encierro disciplinario en la España contemporánea. Una aproximación*”, en Bergalli, R./Marí, E., (coords.) *Historia ideológica del control social...*, op. cit., págs. 349-391.

<sup>810</sup> Garland, D., *La cultura del control...*, op.cit., pág. 42.

<sup>811</sup> Esto remite a lo que Foucault, M., *La verdad y las formas jurídicas...*, op.cit., págs. 71 ss., refería como progresiva gubernamentalización del Estado, es decir, la progresiva sustitución de la dominación directa o de la imposición de la ley por el gobierno indirecto, a través de nuevas tecnologías para el control de las conductas, tecnologías que reconfiguran las instituciones en las cuales los individuos regulan sus propias conductas.

retroalimentaban para dar forma a este tipo de control. Cuando el ideal comienza a perder su capacidad de organizar un discurso legitimador para la organización del control, se produce la caída de toda la red de supuestos, prácticas y discursos albergados y producidos por él. El ideal resocializador que había configurado la sociedad disciplinaria moderna, en el último cuarto del siglo pasado comienza a desmoronarse.<sup>812</sup>

### 2.7.a. El sistema penal del Estado de bienestar

En los años 80 se produce un cambio paradigmático fundamental en lo atinente a políticas de control.<sup>813</sup> Como sabemos, existe una distinción tanto política como científica respecto de dos finalidades de la política criminal: la represión del delito y la prevención del delito. Para el desarrollo de estas finalidades la política criminal pone en movimiento diversos recursos, los que delimitan a su vez, esferas en las prácticas sociales e institucionales.<sup>814</sup>

El *telos* de la prevención del delito se encuentra en los discursos de justificación del recurso penal en sus diferentes versiones: prevención general, especial y cada una ellas con una fase negativa o positiva. Baratta señala respecto de esta relación entre delito y prevención que “los resultados que han llegado a obtenerse, desde hace tiempo, del análisis histórico y social de la justicia criminal, se pueden sintetizar en la afirmación de que el sistema de justicia criminal se manifiesta incapaz de resolver lo concerniente a sus funciones declaradas. Esto significa que la pena como instrumento principal de este sistema, falla en lo que respecta a la función de prevención de la criminalidad.”<sup>815</sup>

El “*penal-welfarism*” como califica Garland al anterior modelo de control que sitúa entre 1890 y 1970, supone una estructura híbrida que combinó el

---

<sup>812</sup> Brandariz García, J.A., *Política criminal...*, op.cit., págs. 14 ss.

<sup>813</sup> Véanse los trabajos coordinados por Sozzo, M., (coord.), *Reconstruyendo las criminologías críticas*, op.cit.

<sup>814</sup> Borja Jiménez, E., *Curso de Política Criminal*, Tirant lo blanch, Valencia, 2003, págs. 65 ss.; asimismo García Pablos de Molina, A., *Criminología. Una introducción a sus fundamentos teóricos*, 4ª ed., Tirant lo blanch, Valencia, 2001, págs. 364 ss.

<sup>815</sup> Baratta, A., “*Entre la política social y la política de seguridad*”, en *El Cotidiano*, México, 1998, págs. 5-6., “Este estado de crisis se registra en todo los frentes: sea el de la prevención negativa general, es decir, la intimidación de los potenciales delincuentes, sea la de la prevención positiva especial, es decir, la reinserción social de los actuales infractores a la ley penal. Estos fines preventivos son, a la luz de los hechos, simplemente inalcanzables. Por otra parte otras funciones de prevención que parecen ser efectivamente realizables para el sistema penal, como la prevención negativa especial, es decir, la neutralización o la intimidación específica del criminal y la prevención general postiva, es decir, la afirmación simbólica de la validez de las normas que favorecen el proceso de integración social, son en realidad inadecuadas respecto de los criterios de valor que preceden a nuestras Constituciones, a saber las Constituciones del Estado social y democrático de Derecho.”



legalismo liberal del proceso y su castigo proporcional con un compromiso basado en la rehabilitación.<sup>816</sup>

La posibilidad del complejo penal-welfare radicaba en el hecho de que combinaba objetivos penales y *welfaristas* de forma suficientemente flexible como para hacer hincapié en unos u otros según las circunstancias y, en que en gran medida, era impermeable a la indagación por parte del público.<sup>817</sup> En el ámbito de las políticas penales del Estado de bienestar la respuesta frente al problema del delito fue una combinación de *trabajo social, tratamiento profesional y provisión pública*.<sup>818</sup>

Si bien la teoría criminológica apuntaba a las raíces sociales de la criminalidad y a la necesidad de adoptar las medidas para controlar el delito, la lógica más poderosa de la diferenciación funcional y la especialización burocrática dictaba que los esfuerzos del gobierno por controlar el delito, en gran medida, se canalizaran a través de la justicia penal.<sup>819</sup> Sin embargo una de las grandes críticas a este sistema residía en que si el delito tenía carácter social, las medidas *post delictum* fracasarían; el welfarismo penal, inserto en el subsistema penal, estaba estructurado de manera autolimitante que aseguraba su propia derrota.<sup>820</sup>

Esta forma de concebir el delito y su control expone claramente los lineamientos de la ciencia “moderna” heredera de la racionalidad iluminista. Se trataba de la confianza en la capacidad del Estado para intervenir en las condiciones sociales y, claro está, modificarlas.<sup>821</sup>

Para ello, se articuló una ingeniería institucional con sus correspondientes epistemologías y gramáticas que dieron origen al trabajo social, a la psiquiatría forense, a la ciencia médico-legal, etc. El conocimiento criminológico tenía por objeto el estudio y focalización en las causas y condiciones que producían el comportamiento desviado que pretendía ser revertido a partir de una fe en la ciencia del tratamiento y en la modificación de las causas sociales que subyacían a las conductas de los individuos criminalizados, ello a partir de la estructura binómica de pensamiento que decidía entre lo normal y lo patológico. El individuo delincuente se encontraba en el centro de atención por parte de esta corriente de pensamiento, en virtud de la cual se desplegaría la red de instituciones estatales y sociales que intervendrían en su corrección.<sup>822</sup>

---

<sup>816</sup> Garland, D., *La cultura...*, op.cit., págs. 71 ss; Anitua, G.I., *Historias...*, op.cit., pág. 305.

<sup>817</sup> Garland, D., *La cultura...*, op.cit., pág. 83.

<sup>818</sup> *Ibidem*, pág. 88.

<sup>819</sup> De Giorgi, A., *Tolerancia Cero...*, op.cit., pág. 24.

<sup>820</sup> Monclús Masó, M., “*Las criminologías...*”, op.cit., pág. 25.

<sup>821</sup> Cfr. Rodríguez, E., *El gobierno imposible...*, op.cit., págs. 126 ss.; Young, J., *La sociedad excluyente...*, op.cit., págs. 46 ss.

<sup>822</sup> Cid Moliné, J./Larrauri Pijoan, E., *Teorías criminológicas*, Bosch, Barcelona, 2001, págs. 126 ss.; Foucault, M., *La verdad.....*, op.cit., pág. 129, donde afirma “lo verdaderamente nuevo e interesante es, en realidad, el hecho de que el Estado y aquello que no es estatal se confunde, se entrecruza dentro de estas instituciones. Más que instituciones estatales o no estatales habría que

Sin embargo las teorías que fueron desarrolladas dentro de este marco, han ido mutando lentamente con el tiempo, junto con las circunstancias sociales, políticas y económicas que modelan el Estado. En este sentido, la criminología de principios del siglo XX se apoyaba en la psiquiatría y se concentraba en el estudio de los rasgos característicos del sujeto delincuente; en las décadas siguientes, el delito comenzó a ser pensado como el efecto de una privación social. De este modo, en las décadas del 50 y 60, cuando la pobreza comienza a descender en virtud del modelo keynesiano, esta tesis de las causas de privaciones sociales fue retrocediendo para dar lugar a la tesis de la anomia o de la privación relativa. Ésta se basaba en la afirmación de que se abría una brecha significativa entre las expectativas de ascenso social y éxito económico y las posibilidades reales de realización en el ámbito del Estado de bienestar.

Gran parte de la efectividad, e incluso de la plausibilidad, de las prácticas tales como la capacitación durante la privación de libertad, el asesoramiento de las personas bajo *probation* o con libertad condicional, dependían de su capacidad de conectar al delincuente con el mundo del trabajo y la estabilidad doméstica. En un período de pleno empleo, de servicios sociales en franca expansión y de beneficios redistributivos, las prácticas resocializadoras llegaron a ser consideradas posibles y deseables.<sup>823</sup>

Las políticas penales *welfaristas*, al igual que el Estado de bienestar se desarrollaron sobre la base de un contexto de crecimiento económico que permitía *standars* de vida superiores de los que disfrutaba la clase trabajadora a partir de la experiencia fordista del pleno empleo. La sensación de que existía una situación estable y, en ciertos casos, tendente a mejorar, permitió relajar las tensiones por la "*less eligibility*" que determinaban las condiciones penales.<sup>824</sup>

Era una economía en expansión, donde los que habían estado en la cárcel y ahora disfrutaban de libertad condicional, o aquellos que estaban en fase de *probation*, tenían en el mercado laboral posibilidades de ser reinsertados; por ello, la legitimación de las medidas penales en el Estado de bienestar por parte de la sociedad en general era fácil de conseguir,<sup>825</sup> en tanto que sus intervenciones se percibieran como válidas y efectivas.

Como producto de las arqueologías foucaultianas sabemos que la penología correccionalista se encontraba en las bases mismas de la sociedad

---

hablar de red institucional de secuestro, que es infraestatal; la diferencia entre lo que es y no es aparato del Estado no me parece importante para el análisis de las funciones de este aparato general de secuestro, la red de secuestro dentro de la cual está encerrada nuestra existencia." Asimismo, véase Zaffaroni, E.R., "*Las "clases peligrosas": el fracaso de un discurso policial prepositivista*", en De Figueiredo, J., /Serrano, A., Politoff, S., /Zaffaroni, E.R., *El penalista liberal*, op.cit., pág. 275, donde el autor plantea que "la corporación policial necesitó del discurso médico porque no había logrado elaborar uno propio, pese a haberlo intentado."

<sup>823</sup> Cid Moliné, J.,/Larrauri Pijoan, E., *Teorías criminológicas*, op.cit., pág. 128.

<sup>824</sup> De Giorgi, A., *Tolerancia Cero...*, op.cit., págs. 125 ss.; del mismo *El gobierno de la excedencia...*, op.cit., págs. 60 ss. Véase *infra* 3.2.

<sup>825</sup> Garland, D., *La cultura del control...*, op.cit., pág. 104.

moderna occidental. El Estado regulador, la sociedad disciplinaria de normalización del desviado, el crecimiento de las áreas ocupadas por profesionales que llevarían a cabo las políticas sociales y sus instituciones, se articulaban en esta forma de control social. El correccionalismo era un elemento integrante de la modernidad.<sup>826</sup> La caída del ideal de la rehabilitación trae consigo la fuerza de una reacción no sólo contra la sociedad profesional y el Estado de bienestar, sino contra ideales más generales como las utopías de la ingeniería social, la perfectibilidad del hombre y la fe racionalista de la modernidad.<sup>827</sup>

En su obra "*Vigilar y castigar*" el autor analiza el cambio que se produce en los dispositivos del sistema penal en el siglo XIX.<sup>828</sup> Bajo una mirada microfísica del poder aquél no fue el reflejo de las críticas reformistas, sino de la estructura emergente de instituciones sociales y el poder del Estado moderno; si retomamos este análisis y lo aplicamos a la década de los 70 del siglo pasado, las críticas que sufría el sistema penal y sus agencias no eran refutaciones a la lógica de la rehabilitación, algunas con buenos fundamentos y otras no. Lo que se puso en cuestión no fue simplemente la efectividad de las políticas públicas, en particular frente al delito, sino más bien la capacidad básica del Estado de bienestar. Lo anterior lleva a David Garland a componer el análisis sobre el cambio en el campo del control social, afirmando que el correccionalismo se vió colapsado no sólo en virtud de las críticas intelectuales, y ni siquiera por un fracaso penológico, sino debido a que perdieron raíces en modos de vida que les daban sustento, así como en las creencias que los articulaban. El cambio se produce en una sociedad que se encontraba en plena transición hacia una retórica de menor inclusión social donde comenzarán a emerger las nuevas relaciones sociales de la ciudad global.<sup>829</sup>

Frente al declive del *welfare state*, el campo de control del delito, lejos de presentar una reforma gradual, muestra una abrupta transformación política, que repercute en las estrategias y los mecanismos. Como propone Garland, podemos calificar este cambio de reaccionario, debido a que subyacía a toda la polémica del control del delito un cambio sustancial en las sensibilidades e intereses sociales, económicos y políticos.

Así las cosas, no sólo se produce una *desintermediación* de la función estatal de control, sino que ese remedo de control actúa como un movimiento de impulso de las grandes inversiones y del proceso de concentración. El fenómeno tiene su sede en el salto cuantitativo y cualitativo imperial, es decir, del individuo

---

<sup>826</sup> Foucault, M., *La verdad y las formas jurídicas...*, op.cit., págs. 129 ss.

<sup>827</sup> *Ibidem*, págs. 127 ss.

<sup>828</sup> Foucault, M., *Vigilar y castigar*, op.cit., págs. 108 ss.

<sup>829</sup> Young, J., *La sociedad excluyente*, op.cit., págs. 19 ss.; Sassen, S., *Contra geografías de la globalización. Género y ciudadanía en los circuitos transfronterizos*, (trad. Izquierdo/Laudano/Pérez Orozco/Núñez), *Traficantes de sueños*, Madrid, 2003, en especial págs. 27 ss.

al globo, sin mediaciones. Las prácticas penales nacen en distintos escenarios, pero con parecidos perfiles.<sup>830</sup>

### 2.7.b. La erosión de los límites de los ámbitos público y privado

Las políticas neoliberales y conservadoras produjeron un cambio en la configuración de las relaciones sociales que derivó en la rearticulación de la forma que éstas habían tenido durante el período anterior respecto del delito y su “articulación” por parte del Estado. Todo lo atinente a políticas sociales pasó a ser considerado como una erogación del erario que ya no se podía permitir, coadyuvado por la presentación de éstas como algo intrascendente y hasta contraproducente.<sup>831</sup>

Según Garland, luego de analizar el crecimiento del delito a partir de 1960, existe un vínculo causal entre la transición a la modernidad tardía y la creciente sensibilidad de la sociedad respecto al delito. El impacto de la postmodernidad en las tasas de delito fue multidimensional e involucraba: a) más oportunidades para cometer delitos; b) menos controles situacionales; c) un incremento de la población “en riesgo”; d) una reducción en la eficacia del control social y del autocontrol como consecuencia de los cambios en la ecología social y en las normas culturales.<sup>832</sup>

Asimismo, los discursos de la “nueva derecha”<sup>833</sup> apelando al conservadurismo de las clases medias trabajadoras, propiciaron el alejamiento de las tareas que habían sido consideradas pilares del Estado de Bienestar, es decir, estructuraron un discurso de suma cero por el cual el mercado era el que producía o bien la estabilidad y el desarrollo, o bien el desempleo. Por su parte, el discurso neoliberal propone la inhibición de los controles sobre las políticas económicas de mercado y, consecuentemente, el recorte del gasto público, provocando el desmantelamiento de los dispositivos que configuraban la red institucional del anterior modelo de Estado.<sup>834</sup>

El modelo *welfarista* dejó de ser una solución y, en cambio, se convirtió en el epicentro de la crítica de los liberales y neoconservadores que, con la exaltación del papel del mercado y la moral, promovían un Estado que sancionaba leyes para el control de los sindicatos, la reducción de los costes

---

<sup>830</sup> Baigún, D., “Las Nuevas Estrategias En Política Criminal”, en Ribera Beiras, I., *et.al.*, *Contornos y pliegues...* págs. 356-362.

<sup>831</sup> Véase, entre otros, Prado, C., “Interrogaciones acerca de las políticas penales de vanguardia en el mundo globalizado”, *op.cit.*, pág. 413.

<sup>832</sup> Garland, D., *La cultura del control...*, *op.cit.*, pág. 160.

<sup>833</sup> Anton Mellon, J., “Xenofobia Y Teoría Política: La Influencia De La Nueva Derecha Europea En Los Partidos Neopopulistas”, en Ribera Beiras, I., *et.al.*, *Contornos y repliegues...* *op.cit.*, págs. 216-222.

<sup>834</sup> Brandariz García, J.A., *Política criminal...*, *op.cit.*, pág. 23.

laborales, la desregularización de las finanzas, la privatización del sector público y la extensión de la competencia del mercado.<sup>835</sup>

Durante las dos últimas décadas del siglo pasado se iniciaron las privatizaciones de organizaciones públicas alrededor del mundo. Este movimiento privatizador podría llevarnos a pensar que el Estado ha perdido capacidad reguladora sin embargo, esto no es así. A la par de la asignación a agencias privadas de materias que anteriormente estaban comprendidas en el ámbito de lo público, han surgido dentro del Estado espacios de poder regulador de aquellas desregulaciones. De este modo, la privatización, combinada con las nuevas instituciones reguladoras, constituye el ejemplo clásico de la metáfora de que los Estados actualmente “sólo se encarguen del timoneo, absteniéndose del remado.”<sup>836</sup>

Las reverberaciones de la privatización no tardaron mucho tiempo en afectar a las agencias del sistema penal, que cuentan con más policías y agentes de seguridad privados que públicos. En el transcurso de la década de los noventa, la construcción de prisiones públicas ha sido tan expansiva como aquellas de carácter privado.<sup>837</sup> Ello expone que el “vaciamiento del Estado de bienestar” es de carácter selectivo y se encuentra imbuido en un determinado marco referencial que consolida un discurso dentro del cual las críticas que pudieran acontecer exceden las lógicas inherentes a la funcionalidad.

Asimismo, por el componente moral de esta corriente, se fueron introduciendo temas como la tradición, la jerarquía y la autoridad; que se oponían a la cultura liberal desarrollada en los años 60, a la cual se culpaba de males sociales y económicos de las décadas siguientes, y que sólo podía combatirse mediante la imposición de mayor disciplinamiento y control. La exigencia de un *orden tradicional* debería haber colisionado con las propuestas de liberalización del mercado y la economía, sin embargo esto no sucedió, en virtud de que quienes eran culpables de la degradación moral eran los pobres, es decir que el control social no tenía carácter general sino que por el contrario, y como siempre ha sido, estaba focalizado en personas y conductas específicas.<sup>838</sup>

Asimismo, el fin de la política solidaria junto con la exaltación de los valores de la competencia individualista, provocó una actitud defensiva respecto de ciertos riesgos, como la amenaza frente al delito, los cuales eran el resultado más evidente de la desregulación proclamada. La libertad del mercado requería dinámicas de aumento del control de los pobres y vulnerables, que eran producto

---

<sup>835</sup> Zysman Quirós, D., “¿Nada funciona...”, op.cit., 431.

<sup>836</sup> Braithwaite, J., “El nuevo estado regulador.....”, op.cit., pág. 47.

<sup>837</sup> *Ibidem*, pág. 52, Wacquant, L., *Las cárceles.....*, op.cit., *pássim*, Christie, N., *La industria del control del delito*, (prólogo de E.R., Zaffaroni), 2ª ed., Editores del Puerto, Buenos Aires, 1993, en especial, págs. 72 ss.

<sup>838</sup> Garland, D., *La cultura...*, op.cit., págs. 172 y 173; Young, J., *The vertigo...*, op.cit., págs. 78 ss.

de una erosión del lazo social a partir de un reforzamiento de las diferencias de clase.<sup>839</sup>

En este contexto, el delito adquirió una nueva significación estratégica. Éste comenzó a funcionar como una justificación para el desarrollo de un Estado controlador de la *underclass*<sup>840</sup> y con el consecuente abandono de cualquier explicación del delito basada en cuestiones sociales.<sup>841</sup> Mediante la ruptura del lazo social y el reconocimiento mutuo de las distintas clases sociales bajo el paradigma del Estado social, surge una sociedad dividida por un contexto económico desregulado en nombre de “la mano invisible” del mercado y otro sector que debe ser disciplinado a fin de que adopte conductas correspondientes a la moralidad tradicional.<sup>842</sup>

El anterior paradigma etiológico descansaba sobre la idea que el conocimiento criminológico sólo podía ser de naturaleza empírica, dada la necesidad de obtener los datos que sirvieran para demostrar las causas de por qué los autores de la conducta criminal actuaban así, de modo que cualquier forma de investigación debía concentrarse en ellos. La búsqueda de tales objetivos debía llevarse a cabo aplicando el método científico de las ciencias naturales y arraigado en el concepto incontrastable de ciencia que se aplicaba mediante el método positivo. Según Bergalli, a pesar de haber sido desplazado aquel paradigma por el relativismo de las nuevas leyes impuestas desde las físicas cuánticas y atómicas, el nuevo impulso en el estudio de la criminalidad por la Escuela de Chicago, no se aparta del determinismo de la conducta humana, aunque reemplacen lo biológico por lo ambiental.<sup>843</sup>

---

<sup>839</sup> Rodríguez, E., *El gobierno imposible*, op.cit., págs. 12 ss.

<sup>840</sup> Cfr. Wilson, J.Q., /Herrnstein, R.J., *Crime and human nature*, Simon & Schuster, New York, 1986; parten de la tesis de la tendencia hacia el delito de las clases marginadas. Garland, por su parte, acuñará “la criminología del otro” que con otros contenidos respecto de la criminología etiológica analizará estos fenómenos. Frente a este planteamiento surgen “las criminologías “del sí” que se construyen sobre un criminal predador, racional, calculador. Sin embargo, lo esencial para esta criminología son los análisis de los procesos de victimización, de allí que se hable de prevención situacional, criminología de la vida cotidiana, donde se expone palmariamente la confusión del los órdenes públicos y privados, respecto del “monopolio” del control. Véase Brandariz García, J.A., *Política criminal....*, op.cit., págs. 41 ss.

<sup>841</sup> Garland, D., *La cultura del control....*, op.cit., pág. 177.

<sup>842</sup> Véase *supra* 2. 7.a.

<sup>843</sup> Bergalli, R., Presentación de la obra de Young, J., *La sociedad excluyente...*, op.cit., pág. XII; Garland, D., *La cultura del control...*, op.cit., págs. 298 ss., resalta que la *criminology of the other* deriva del desplazamiento desde criterios de integración social hacia otros de integración sistémica. En la etapa anterior se partía desde el paradigma de la corrección del individuo tendente a la confección de consenso valorativo. Actualmente, el orden social se resuelve como una cuestión de integración sistémica, en el cual a partir del abandono del consenso y del individuo, lo que se vuelve integrable son los procesos y mecanismos en lo que se ven como partícipes. En este sentido, con la preeminencia de los contextos situacionales se pretenden rediseñables los espacios como punto central para la reducción del delito.

La incompreensión de esta nueva situación (aumento de la criminalidad registrado en el período 1960-1975, en época de pleno empleo) tuvo, asimismo, otros efectos, pero en el ámbito de la teoría criminológica, “ésta ha virado hacia una comprensión del delito y su control desde posiciones que determinaron el florecimiento de la postmodernidad con el colapso de las reglas absolutas, sus insistencias en la naturaleza precaria de la causalidad y su acento sobre la ironía de la naturaleza opresiva y la autosatisfacción de la intervención social como parte de la metanarrativa del progreso.”<sup>844</sup> Las teorías criminológicas tecnocráticas arraigan en la imposibilidad de mantener los parámetros de vida absolutos que construyó la modernidad social, los cuales se transforman bajo el movimiento del capital, de allí que “captar la criminalidad de un mundo excluyente y proponer modos para controlarla constituyen objetos de conocimiento de las nuevas teorías.”<sup>845</sup> Todo ello se expresa en la “normalización” de la exclusión social; abandonados los objetivos de la inclusión, la recaída en la responsabilidad del infractor y un control autorreferente, son vectores por los que se articula la *gestión de la exclusión social* produciendo la rearticulación de la *mediación* anterior entre políticas asistenciales y punitivas.<sup>846</sup>

El discurso de la *New Penology*,<sup>847</sup> acogiendo aquellos postulados, está penetrando para servir así a aquellas políticas eficientistas, como resultado de las doctrinas neoliberales de la obtención de resultados eficaces en el corto plazo. Como es sabido, estas últimas pretenden encontrar una racionalidad autovalidante para alcanzar sus fines de reducción de las políticas públicas, a la vez que, por esta vía, pretenden obtener el mayor nivel de eficiencia en aquellas actividades que todavía queden reservadas al Estado.

Estas actividades, aun cuando efectivamente muchas instancias de control han comenzado a ser privatizadas, focalizarán su atención en técnicas para identificar, clasificar grupos sociales evaluados por su peligrosidad y por la inseguridad que generan. El análisis criminológico ya no descansa en los individuos, para dirimir sus responsabilidades y procurar su rehabilitación. De esta forma, las instancias del sistema penal, en particular las policiales y las de ejecución penitenciaria, llevan a cabo tareas adecuadas a la prosecución de sus objetivos de cuantificar, agrupar y clasificar y excluir a los grupos peligrosos.<sup>848</sup>

---

<sup>844</sup> Bergalli, R., *Presentación.....*, op.cit., pág. XIX.

<sup>845</sup> *Ibidem*, pág. XX.

<sup>846</sup> Brandariz García, J.A., *Itinerarios....*, op.cit., pág. 44; Wacquant, L, *Las cárceles....*, op.cit., págs. 94 y 129.

<sup>847</sup> Feeley, M., /Simon, J., *“Actuarial justice: the emerging new criminal law”*, en Nelken, D., (ed.) *The futures of criminology*, Sage, Londres, 1994.

<sup>848</sup> De Giorgi, A., *Tolerancia..*, op.cit., en especial págs. 62 ss.; asimismo véase Sozzo, M., *“Seguridad ciudadana y Tácticas de prevención del delito”*, Cuadernos de Jurisprudencia y Doctrina Penal, núm. 10, 2000.

No es extraño que en el contexto social insolidario el delito empezara a ser considerado como una *elección racional*,<sup>849</sup> lo cual derivó en la producción una retórica en virtud de la cual, las crecientes cuotas de violencia y delincuencia eran el producto de leyes blandas y de escasa efectividad en el ámbito de aplicación.

La efectividad del control del delito se trasladó entonces a un incremento de las intervenciones que, a la postre, conllevan la segregación del sector considerado peligroso. Como señala acertadamente Garland “en esta visión reaccionaria, el problema subyacente del orden fue considerado no como un problema durkheimiano de solidaridad, sino como un problema hobbesiano de orden, cuya solución debía ser una versión focalizada y disciplinaria del Leviatán.”<sup>850</sup>

El desplazamiento del ideal moderno de la disciplina hacia una sociedad de control produce que los fenómenos de exclusión adquieran ciertos rasgos distintivos de la estructura social desregulada, expuesta sin *mediaciones* para resistir a las fuerzas que imperan en el mercado, las cuales, predominando por sobre los intereses públicos, se convierten en impulsoras de las actividades que aún realiza el Estado.

Así las cosas, dentro del horizonte temporal –de corto plazo– propuesto por la fluidez, las iniciativas de políticas públicas asumen un carácter reactivo, desencadenado por eventos particulares que a la luz de los medios de comunicación adquieren una corporeidad inusitada, tienden a ser apasionadas, improvisadas y destinadas a recalar en la percepción popular, más que en las capacidades institucionales.<sup>851</sup>

Fundamentalmente el modelo “privatizado” de Estado rediseña las nuevas articulaciones para alcanzar la integración sistémica que deviene en la fusión de la provisión pública y privada de seguridad como una suerte de *ritornello* sobre sus orígenes. El sucesivo involucrarse del sector privado en una cuestión tan cara al carácter “soberano” del Estado transforma así las estructuras y visiones

---

<sup>849</sup> Fattah, E.A., “*The rational choice/opportunity perspectives as a vehicle for integration criminological and victimological theories*”, en Clarke, R.V., Felson, M.,(eds.) *Routine activity and rational choice*, op.cit., págs. 225 ss; Brantingham P., “*Environment, routine and situation: Toward a pattern theory of crime*”, ibídem, págs. 259 ss; Jeffery, R., Zahm, D., “*Crime prevention through environment design, opportunity theory and rational choice models*”, ibídem, págs. 323 ss; asimismo véase Cornish, D.B., Clarke, R., *The reasoning criminal. Rational choice perspectives of offending*, op.cit., pássim.

<sup>850</sup> Garland, D., *La cultura del control...*, op.cit., pág. 178; del mismo, *Castigo y sociedad moderna...*, op.cit., pág. 69, critica a Durkheim porque, si bien proporciona un postulado por medio del cual vincula las formas de castigo con formas de solidaridad, este autor olvida la conciencia histórica y el conflicto que subyace al orden moral. En sus palabras, “No debemos permitir que la actitud positivista de Durkheim frente a los hechos sociales, y su funcionalismo evolutivo, oculten el hecho de que las formas específicas de la sociedad no surgen por casualidad: son el frágil y controvertido resultado de la lucha entre formas de vida y grupos sociales contrarios, que a su vez tienen contradicciones y conflictos intrínsecos. Véase asimismo Rivera Beiras, I., *Recorridos y posibles formas de la penalidad*, Anthropos, Barcelona, 2005, págs. 39 ss.

<sup>851</sup> Vozmediano, L., et.al., “*Problemas de medición de miedo al delito. Algunas respuestas teóricas y técnicas*”, op.cit., págs. 3-5; Simon, J., *Governing through crime...*, op.cit., págs. 143 ss.



respecto del control del delito al momento en que se filtran otros intereses y presupuestos, al mismo tiempo que se produce un proceso de expansión penal y policial que, de haber quedado relegado únicamente al sector público, hubiera mantenido un carácter mucho más contenido.<sup>852</sup>

Una consecuencia importante de la importación de las técnicas del *management privado* al sector público es la opacidad de las definiciones de lo que constituiría el interés público.<sup>853</sup> En este sentido, aun cuando ciertos programas adoptados para la reducción de la criminalidad no cumplieron con el objetivo propuesto, en cambio sí resultaron muy positivos en cuanto a la disminución de los niveles registrados de miedo e inseguridad; esta reconversión allanó el camino hacia un nuevo objetivo político.<sup>854</sup> En los años noventa, fue adoptado mayoritariamente el modelo de la actividad policial orientada a mejorar la calidad de vida como un mecanismo capaz de cambiar las percepciones públicas en una dirección positiva,<sup>855</sup> a pesar de sus evidentes fracasos.

Es en esta dirección en la que deberíamos interpretar la tarea de controlar el delito y su desplazamiento hacia la comunidad, permitiendo la expansión de la red del control social penal. La soberanía del control se encuentra descentralizada a partir de la configuración de un sistema donde intervienen otros actores sociales. A partir de una conciencia pública cristalizada en el papel de la víctima, estos nuevos encargados del control, deben asumir el deber que les compete en la lucha contra el delito en un esquema de “ciudades más seguras.”<sup>856</sup>

En consecuencia, la nueva estrategia del Estado no consiste en ordenar y controlar, sino en persuadir, organizar, alinear, y asegurar que otros actores cumplan con las funciones delegadas: propietarios, comerciantes, productores, planificadores urbanos, autoridades escolares y un largo etcétera. El Estado postmoderno alienta la renegociación persuasiva de qué se considera público y privado, al situar el control del delito sobre una difusa frontera entre estos dos ámbitos.<sup>857</sup>

---

<sup>852</sup> Garland, D., *La cultura...*, op.cit., pág. 200; Guimaraes, C.A., “O impacto da globalização sobre o directo penal”, en Revista Eletrônica de Ciências Jurídicas, núm. 03, 2006, disponible en [www.pgj.ma.gov.br/ampem/ampem.1.asp](http://www.pgj.ma.gov.br/ampem/ampem.1.asp), pág. 14.

<sup>853</sup> Simon, J., *Governing through crime...*, op.cit., págs. 107 ss. Véase *infra* 2.9.

<sup>854</sup> Garland, D., *La cultura del control...*, op.cit., pág. 208.

<sup>855</sup> Simon, J., *Governing through crime*, op.cit., págs. 95 ss.

<sup>856</sup> Wacquant, L., *Las cárceles...*, op.cit., págs. 32 ss; Sozzo, M., “Seguridad urbana..”, op.cit., Braithwaite, J., “El nuevo estado regulador y la transformación de la criminología”, op.cit., págs. 56 ss.; Sain, M., *El leviatán azul. Policía y política en la Argentina*, Siglo XXI, Buenos Aires, 2008, en especial, págs. 119 ss; Simon, J., *Governing through crime...*, op.cit., págs. 143 ss., Garland, D., “Lucha contra el crimen y modernidad tardía en Estados Unidos y Gran Bretaña”, op.cit., págs. 55 ss; Harcourt, B.E., “Desorden público y observancia de la ley. Delincuencia y punición en Estados Unidos”, op.cit., págs. 85 ss.

<sup>857</sup> Véase *infra* punto 2.8.2

### 2.7.c. Seguridad acotada o de las criminologías de la vida cotidiana

Ahora bien, ¿Qué novedosas segmentaciones establece la insistencia actual sobre la “inseguridad ciudadana” y qué relación se establece con la política criminal actual?<sup>858</sup> Para responder a este interrogante, habrá que partir de la ambigüedad misma de este término, debido a que *seguridad ciudadana* puede ser tanto el problema “objetivo” de ser víctima de un delito, como también el temor “subjetivo”, personal o colectivo, de ser víctima de delitos o de incivildades.<sup>859</sup> Ambos son problemas vinculados, pero mantienen su carácter independiente, esto significa que, si se produce una disminución del primero no necesariamente se dará una disminución en el segundo aspecto.

En este sentido, una política que se proponga gestionar la seguridad ciudadana no es enteramente equiparable a las estrategias políticas de prevención del delito, porque estas últimas sólo abrazarían el primer aspecto: el objetivo. Si queda descartada la asimilación automática entre los elementos subjetivos y objetivos, la vinculación que se establece entre seguridad ciudadana y prevención es una donde los ámbitos convergen sólo parcialmente.

Efectuadas estas precisiones, es posible distinguir tres tácticas de prevención del delito. La *táctica situacional o ambiental*, como producto del “realismo criminológico” difundido en el ámbito anglosajón en los años 70 y 80, que se traduce en expectativas moderadas con respecto al control del crimen y en una forma de concebir la política criminal esencialmente probabilística, basada en los factores situacionales y ambientales a diferencia de los factores sociales, que son más fácilmente manipulables.<sup>860</sup> Las fuentes teóricas de esta hipótesis emanan de la teoría de la acción racional, que parte de la crítica de la posibilidad de

---

<sup>858</sup> Cardozo Pozo, R.C., “La “seguridad ciudadana” como tendencia político criminal y contexto del nuevo proceso penal; algunas consideraciones sobre sus posibles repercusiones en el procedimiento abreviado”, en Balmaceda Hoyos, G., (coord.), *Problemas actuales de Derecho penal*, Ediciones Jurídicas de Santiago, Chile, 2007, en especial, págs. 308 ss.

<sup>859</sup> Díez Ripollés, J.L., *La racionalidad de las leyes...*, op.cit., págs. 24 ss.; Daroqui, A., “Las seguridades perdidas”, en Revista Argumentos, núm. 1(2), mayo 2003, en especial pág. 5; Kaminsky, G., “Inseguridad dentro del terror”, en Revista Argumentos, núm. 1(2) mayo 2003; asimismo en la misma publicación, Pegoraro, J., “Una reflexión sobre la inseguridad”; todos estos artículos están disponibles en [www.argumentos.fsoc.uba.ar/n02/articulos/inseguridad](http://www.argumentos.fsoc.uba.ar/n02/articulos/inseguridad)

<sup>860</sup> García-Pablos de Molina, A., *Criminología...*, op.cit., 265 ss. La epistemología de estas teorías se organiza a partir del desplazamiento del análisis del delincuente hacia el evento delictivo. De esta manera, el foco de atención serán las situaciones y ambientes que favorecen la comisión de conductas desviadas, que serán objeto de controles cada vez más perfectibles. Toda esta parafernalia de herramientas orientadas al control y limitación del espacio urbano, junto con el consecutivo involucrarse de la “comunidad” en el control -para generar su propia vigilancia- produce *coaliciones preventivas* con el sistema de justicia penal, la policía, los administradores, y demás actores sociales. En este sentido, Braithwaite, J., “El nuevo estado regulador...”, op.cit., pág. 56 pone de relieve -al igual que Adam Smith- que el dominio más significativo de la policía no es la regulación de la seguridad en las calles, sino la regulación y la autorregulación de los negocios y el comercio.

conocer, evaluar e intervenir sobre la disposición o tendencia criminal de las personas; esta tesis recuperando las teorías modernas, analiza el delito como el resultado de un proceso de pensamiento racional y voluntario por parte de un individuo.<sup>861</sup>

La segunda táctica, denominada como *designing out crime*, efectúa la vinculación del diseño arquitectónico y las tasas de delitos en barrios populares, proponiendo el concepto de *defensible space*. A partir de allí, en EEUU se impulsó el desarrollo de prácticas de “*crime prevention through enviromental design*”. La tercera de las tácticas se configura en torno de las *teorías de las actividades rutinarias* que pretende ser una *explicación causal* de los incidentes criminales en tanto hechos físicos relacionados con objetos ubicados en tiempo y espacio, mediante tres elementos que cohabitan en el espacio de la ciudad: *ofensor potencial, blanco potencial y, mediando entre ambos, la ausencia de guardián*.

La criminología contemporánea presenta al delito cada vez más como un aspecto normal, rutinario, común de la sociedad moderna, cometido por individuos que son, en todo sentido, “perfectamente normales”. En el ámbito penal, este modo de pensar ha tendido a reforzar las políticas retributivas y disuasivas, ya que afirma que los delincuentes son actores racionales que responden a desincentivos, y son plenamente responsables de sus actos desviados.<sup>862</sup> La legitimidad para el diseño de este tipo de tácticas se deriva de la eficiencia en el aumento de la respuesta frente al delito, desalentando su comisión.<sup>863</sup> Asimismo, los vínculos entre la primera y la tercera hipótesis confluyen cada día más en la confección de tácticas situacionales. Lo que suscriben tales posturas es ver el delito como algo normal y común de la vida moderna.<sup>864</sup>

A pesar del carácter cotidiano del delito urbano, la gestión del mismo, de acuerdo con Garland, auspicia una justicia que coloca en primer plano la tarea de “expresar” la ira y el resentimiento provocados en el público a través de la faz simbólica del castigo.<sup>865</sup>

En esta situación de retroceso de la política criminal hacia estadios previos de *vindicatio*<sup>866</sup> y retribucionismo, fundado en encuestas del papel de la víctima, el

---

<sup>861</sup> Fattah, E.A. “*The rational choice/opportunity perspectives as a vehicle ....*”, op.cit., págs. 227 ss.

<sup>862</sup> De Giorgi, A., *Tolerancia Cero...*, op.cit., pág. 68.

<sup>863</sup> *Ibidem*, págs. 44 ss.; Garland, D., *La cultura del control...*, op.cit., págs. 107 ss.

<sup>864</sup> Monclús Masó, M., “*Las criminologías...*”, op.cit., pág. 25; Rodríguez, E., *El gobierno imposible...*, op.cit., pág. 126; del mismo “*España: zero tollerance...*”, op.cit., pág. 112.

<sup>865</sup> García-Pablos de Molina, A., *Introducción...*, op.cit., págs. 296 ss., 417 ss.; Maqueda Abreu, M.L., *Políticas de seguridad y Estado de Derecho...*, op.cit., págs. 1295 ss.; Ruiz Díaz, C., “*Desviación, delito y censura social. Una mirada histórica*”, op.cit., pág. 122; Niño Alzueta, L.F., “*La ideología de la defensa social y la expansión del Derecho penal*”, op.cit., págs. 1101 ss.

<sup>866</sup> Resta, F., “*Enemigos...*”, op.cit., pág. 740, afirma que “Si el rito de la venganza nació para repristinar el orden violado y la expiación del sacrificio tendía a aplacar la venganza divina, el ejercicio monopolítico –codificado institucionalmente por parte del sistema normativo– del *ius puniendi* por parte de la instancia estatal pretende *prevenir* la conflictividad endémica de las

miedo al delito es un tema en, y para sí, y una característica de la cultura contemporánea, más allá de las victimizaciones reales.<sup>867</sup> De esta manera “las exposiciones de motivos” que acompañan a las escaladas imparable de leyes cada vez más represivas, *sitúan*, en las descripciones fenotípico- estereotipadas de los delincuentes y desviados –esta vez concebidos como incorregibles-, la “legitimación” erosionada de las políticas estatales de las últimas décadas.<sup>868</sup>

El cambio de la subjetividad política permite articular un discurso a partir del cual el ideal resocializador fue desplazado del horizonte del control social penal por un nuevo protagonista: la víctima, y sus familiares, aquellas de carácter potencial, incluso su figura “abstracta”, son invocadas rutilantemente como legitimación de las medidas represivas.<sup>869</sup> Esto emerge de la polarización de las posiciones de los que componen la relación del delito, es decir, implica que la apelación a otorgar mejores condiciones de vida a los penados plantea un juego de suma cero en contra de la víctimas.<sup>870</sup> Este cambio en los actores del conflicto debería hacernos pensar respecto del papel de las agencias estatales del sistema penal; el Estado, desde su formación, expropia el conflicto entre actor y víctima, ¿este cambio de roles habla de la extinción de las mediaciones producidas por aquel modelo de Estado? ¿Qué lugar ocupa la víctima? El individuo privado –la víctima o potencial víctima- recupera su papel en el conflicto, pero esta vez desde una demanda que podría identificarse a un reclamo del consumidor. Si, como hemos puesto de manifiesto, el ciudadano tiende a transformarse en consumidor, sus “demandas” de seguridad frente al Estado quedarán modeladas por la novedosa adscripción a los “Derechos del consumidor”; este es el continente subjetivo de la “seguridad ciudadana.”<sup>871</sup>

La rearticulación subjetiva que se da en esta transición paradigmática implica la desaparición del “interés general” y su substitución por la figura de la víctima; en este sentido Garland pone de manifiesto que “esta visión de que cualquiera puede ser víctima ha socavado la noción más antigua de “público”

---

interacciones sociales. En este contexto la instrumentalización política del riesgo de victimización induce a la identificación colectiva en el cuerpo social amenazado por el criminal-enemigo, respecto del cual la pena canaliza y sublima la necesidad de vengaza común.”

<sup>867</sup> Thome, H.I., “*Cultura de la seguridad ciudadana en España*”, Opiniones y Actitudes, 44, Centro de Investigaciones Sociológicas, Madrid, 2003, en especial págs. 35-57.

<sup>868</sup> Díez Ripollés, J.L./Prieto del Pino, A.M., / Soto Navarro, S., (eds.), *La política legislativa penal en occidente*, Instituto Andaluz Interuniversitario de Criminología, Tirant lo blanch, Valencia, 2005.

<sup>869</sup> En este sentido, Moccia, S., “*Seguridad y sistema penal*”, op.cit., págs. 299-300, cuando afirma que “El sistema de la justicia penal es siempre más valorizado como mero recurso simbólico para aplacar los sentimientos individuales de inseguridad (inseguridad subjetiva), dada la incapacidad para garantizar niveles satisfactorios de seguridad objetiva. Se proclaman de este modo “leyes manifiesto”; Simon, J., *Governing through crime...*, op.cit., págs. 56 ss.

<sup>870</sup> Garland, D., *La cultura del control...*, op.cit., pág. 46; Simon, J., *Governing through crime*, op.cit., pág. 115.

<sup>871</sup> Véase Simon, J., *Governing through crime*, op.cit., págs. 107 quien afirma que la víctima del crimen como objeto de protección nacional, estuvo enmarcado en el sujeto de derecho.

que ahora ha sido redefinido y desagregado. Ya no basta subsumir la experiencia de la víctima individual en la noción de bien público; el bien público debe ser individualizado, desagregado en partes individuales.”<sup>872</sup>

En efecto, las teorías actuariales que emergen de una mentalidad dirigida a la integración sistémica se cristalizan en estrategias focalizadas sobre los riesgos. Bajo este paradigma, la construcción del discurso criminológico respecto del control considera el delito como un problema no de privación, sino de control insuficiente o inadecuado. En este sentido, Garland denomina estas teorías como *criminologías de la vida cotidiana*, compuestas por teorías como la de la elección racional, la de las actividades habituales, del delito como oportunidad, y de la prevención situacional que se han convertido en un recurso para los políticos en las últimas dos décadas.<sup>873</sup>

Las críticas son muchas, algunas de ellas consisten en denunciar que estas teorías priorizan los delitos contra la propiedad en espacios públicos en detrimento de la criminalidad económica, organizada y los delitos de la autoridad.<sup>874</sup> Además se dirige hacia los síntomas y no hacia las causas de criminalidad, lo que es coherente con un Estado que practica la excepción y pretende efectos legitimadores de la misma en el corto plazo de los resultados. Bajo este paradigma, se corre el riesgo de promover una fe ciega en la tecnología, que puede ser injustificada y en la posibilidad que ofrece el riesgo como categoría de análisis político, al estar fundamentalmente guiada por intereses comerciales de la creciente industria de la seguridad. Asimismo, el uso de estas tecnologías de seguridad promueve un tipo de vigilancia altamente intrusivo en la *esfera de la privacidad*.<sup>875</sup>

Para ubicar el problema de la criminalidad en el actor delictivo, el riesgo habilita una estrategia, social e institucional, que genera innegables utilidades, entre las que destacan: la legitimación de las actuales políticas frente al crimen; el enmascaramiento de una acción institucional represora y retributiva; la omisión de los *procesos de definición* de qué es delito y qué no; la omisión de los *procesos de selectividad* sobre quiénes son delincuentes; la marginación de las causas estructurales de la delincuencia; la posibilidad de construir la autoimagen de

---

<sup>872</sup> Garland, D., *La cultura del control...*, op.cit., pág. 47.

<sup>873</sup> Ibídem, pág. 53; Brandariz García, J.A., *Política criminal...* op.cit., págs. 170 ss.

<sup>874</sup> La parte olvidada de las críticas al alcalde de New York, como paradigma de la tolerancia cero, es la liberalización de la sujeción del crimen organizado. Esto fue logrado mediante un desplazamiento desde la estrategia de persecución criminal –usualmente seguida por el reemplazo de un mafioso encarcelado por otro- hacia una estrategia reguladora, vgr. mediante la utilización de poderes de habilitaciones y licencias para negar las mismas a las firmas controladas por la mafia. Véase Jacobs, J.B., /Friel, C., /Radick., *Gotham Unbound: How New York City was liberated from the grip of organized crime*, New York University Press, New York, 1999, págs. 50 ss; Wacquant, L., “Penalización de la miseria y proyecto político neoliberal”, op.cit., págs. 66-68.

<sup>875</sup> Deleuze, G., “Postscriptum...”, op.cit., pág. 193; Véase *supra* 1.2.

*inocentes* contrapuesta a la categoría *delincuente*; o la de permitir exculpar a la sociedad de toda responsabilidad en la génesis de las conductas criminales.<sup>876</sup>

Las características señaladas, a través de la extensión del campo de intervención punitiva por fuera de las huestes institucionales del Estado, producen la reterritorialización de un espacio en donde ya no es posible la discriminación entre lo público y lo privado. El fenómeno de la privatización de los servicios públicos se ha extendido hacia el ámbito de la seguridad, activando una dinámica de exclusión social que genera ámbitos protegidos y desprotegidos que fomentan el nacimiento de una “mentalidad fortaleza.” A medida que los dispositivos de prevención situacional se multiplican, el individuo busca encerrarse en ámbitos protegidos, lo que incide en su separación de los otros, aumentando la erosión del lazo social.<sup>877</sup>

Los nuevos objetivos del control son las situaciones criminógenas, los lugares que concentran la mayor propensión al delito. Las estrategias preventivas diseñan nuevos mapas urbanos de control y, consecuentemente, de interacción social, con cámaras de vigilancia, seguridad privada, recordando a los *ciudadanos* la necesidad de asegurar sus propiedades, supervisar sus espacios vitales y sus estilos de vida.<sup>878</sup>

El control social del Estado postmoderno adoptará, en consecuencia, medidas signadas por el corto plazo, en virtud de que la legitimidad reside hoy día en la eficacia en detrimento de un consenso de los intereses de la multitud, de lo común múltiple.<sup>879</sup> En este sentido, las medidas se adoptan y tienen éxito porque caracterizan los problemas e identifican las soluciones con ciertas formas que encajan perfectamente con la cultura dominante y con la estructura de poder sobre la que se fundan –las normas que rigen el ámbito privado–.

Estas nuevas estrategias de control preventivo también han dado lugar al re-nacimiento de funciones tradicionales del Estado: la capacidad de disuasión de las condenas privativas de libertad, cada vez más extensas e intensas.<sup>880</sup> La

---

<sup>876</sup> García-Borés Espí, J., “Castigar: la única ocurrencia”, en Rivera Beiras, I., *et.al.*, *Contornos y pliegues del Derecho..* op.cit., pág. 208.

<sup>877</sup> Brandariz García, J.A., *Política criminal...*, op.cit., págs. 175 ss.

<sup>878</sup> Cfr. Lippens, R., “¿Alternativas a qué tipo de sufrimiento? Hacia una criminología que cruce fronteras”, (trad. Chávez-Sozzo), en Sozzo, M., (coord.), *Reconstruyendo las criminologías críticas*, op.cit., págs. 261-305.

<sup>879</sup> Negri, A., *La fábrica de porcelana*, op.cit., págs. 168 ss.

<sup>880</sup> En España se ha producido un cambio de orientación político-criminal que ha tenido gran trascendencia política y mediática. La reforma introducida por la L.O. 7/2003, de 30 de junio y por la L.O. 11/2003, de 29 de septiembre, que incorporó los siguientes institutos: 1) “período de seguridad”, como límite a la progresión del régimen de ejecución al tercer grado en el caso de condenados a penas de prisión superiores a 5 años (art. 36.2 CP); 2) incremento del límite máximo de cumplimiento efectivo de la pena de prisión de 30 a 40 años (art. 76 CP); 3) la conversión en regla general de la expulsión de los migrantes irregulares como consecuencia sustitutiva de las penas privativas de libertad inferiores a 6 años, o de la prisión igual o mayor a 6 años, en caso que el sujeto haya accedido al tercer grado en el régimen de ejecución o tenga cumplidas las tres cuartas partes de la condena (art. 89 CP); 4) agudización de las condiciones necesarias para

consideración del delincuente como un agente de *rational choices* convierte a la amenaza penal en el vector regulador del cálculo coste –beneficio.<sup>881</sup>

Las medidas legislativas de este paradigma pueden ser descritas como *acting out*<sup>882</sup> y consistirán en un actuar irreflexivo e impulsivo que evita el tratamiento racional y meditado de los problemas subyacentes. Estas medidas están diseñadas para denunciar el delito y reasegurar al “público”. Su capacidad para controlar delitos futuros se detiene tras la necesidad de una respuesta instantánea que atiende a los reclamos de la opinión pública tras la comisión y promoción por los *mass media* de delitos violentos de carácter extraordinario o tras la creación de estereotipos de delincuentes “peligrosos” frente a una indefensa y potencial víctima que aceptará la consecutiva pérdida de libertades con tal de que provean a su seguridad.<sup>883</sup>

---

acceder a los “beneficios” penitenciarios, permisos de salida, progresión al tercer grado, libertad condicional, en el caso de condenados a penas privativas de libertad de extrema gravedad, especialmente sujetos parte de organizaciones criminales, en especial de terrorismo (arts. 78.2, 3 CP); 5) endurecimiento de los requisitos para el acceso al tercer grado o la libertad condicional, mediante la incorporación de responsabilidades civiles (arts. 90 CP, 72.5 LOGP), las cuales se verán agravadas en caso de tratarse de sujetos inmersos en organizaciones criminales, o delitos de terrorismo (arts. 90, 93.2 CP, 72.6 LOGP). Véase Faraldo Cabana, P., “Un Derecho penal de enemigos para los integrantes de organizaciones criminales. La Ley Orgánica 7/2003, de 30 de junio, de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas”, en Faraldo Cabana, P. (dir), Brandariz García, J.A./Puente Alba, L.M., (coords.), *Nuevos retos del Derecho penal en la era de la globalización*, Tirant lo blanch, Valencia, 2004; González Cussac, J.L., “La contrarreforma penal de 2003: Nueva y vieja política criminal”, en Revista Xurídica Galega, núm. 38, 2003, págs. 22 ss.; Demetrio Crespo, E., “Del “Derecho penal liberal” al “Derecho penal del enemigo”, en Pérez Alvarez, F. (ed.), *Serta. In memoriam Alexandra Baratta*, op.cit. págs. 1021 ss.; Díez Ripollés, J.L., *La política criminal en la encrucijada...*, op.cit. págs. 29 ss., donde efectúa la línea histórica de la evolución de la pena de 1975 a 2003, con referencias.

<sup>881</sup> Melossi, D., “Teoría social y cambios en las representaciones del delito”, (trad. Tonkonoff), en Sozzo, M., (coord.), *Reconstruyendo las criminologías...*, op.cit., págs. 115-156, en especial pág. 138.

<sup>882</sup> Así entramos, como anuncia Díez Ripollés siguiendo a Garland, en el reino del proceder legislativo declarativo-formal, cuya pretensión fundamental es la de plasmar en la norma legal del modo más fiel y contundente posible el estado actual de las opiniones colectivas sobre una determinada realidad social conflictiva, y que está ayuno de cualquier consideración sobre la medida en que la norma en cuestión puede colaborar a la solución del problema. Díez Ripollés, J.L., “El Derecho penal simbólico...”, en AA.VV., *Modernas tendencias...* op.cit., pág. 109, del mismo *La política criminal en la encrucijada...*, op.cit., págs. 69 ss.

<sup>883</sup> Foucault, M., *La verdad y las...*, op.cit., pág. 97. El concepto de peligrosidad surgido a fines del siglo XIX “significa que el individuo debe ser considerado por la sociedad al nivel de sus virtualidades y no de sus actos; no al nivel de las infracciones efectivas a una ley también efectiva sino de las virtualidades de comportamiento que ellas representan”. En este sentido, actualmente, el énfasis general puesto sobre el “delito predatorio callejero” es particularmente revelador. El enfoque de la actividad rutinaria ha partido de la asunción de la naturaleza predatoria de los delincuentes para cometer delitos, ni siquiera pueden descartarse cuestiones raciales o inferioridades genéticas, lo cual lleva a Melossi, D., “Teorías...”, op.cit., pág. 137, a decir que nos encontramos frente a “Una penología actuarial que ha redescubierto el valor del concepto positivista de peligrosidad”. En este sentido, las transformaciones sociales operadas en el período comprendido entre 1970 y 1990 produjeron que tanto los tipos de delitos como las explicaciones

En la acuciante necesidad del Estado por resignificar su soberanía, esto es, de mantener la paz y el orden frente al *hostis*, las políticas de control construyen al delincuente con rasgos no humanos. Son figuras imaginarias más que estereotipos contruidos en la criminología, como fuera el *uomo delinquente* de Lombroso, explotadas por el “uso político del peligro” que se centra en los delincuentes callejeros, los inmigrantes, el “enemigo conveniente”<sup>884</sup> para la estabilización social y sus valores tradicionales, frente a los cuales la única respuesta práctica, efectiva y “racional” es expulsarlos del espacio público.

Garland denuncia el carácter esquizofrénico cuando se contempla el arco completo del discurso gubernamental y de la actividad por parte de las agencias ejecutivas. Detrás de estas políticas y prácticas contradictorias existen marcos criminológicos que son diametralmente opuestos entre sí sobre asuntos centrales. Por un lado, la calificación del delincuente como un sujeto racional que es capaz de ser disuadido de su comportamiento en tanto que los costes de su conducta representen una pérdida frente a los beneficios, y por otro lado, el el diseño del perfil criminológico del “otro” demonizado.<sup>885</sup>

Ambos tipos se combinan en función de un discurso que, si bien pretende la presentación del delito como algo inherente a nuestras sociedades señalado como un riesgo a prevenir, por otro lado, a fin de responder efectivamente a las demandas de inseguridad, exagera el carácter punitivo y neutralizador con penas draconianas, propendiendo al apoyo social de estas medidas que recaerán siempre sobre un “otro” tan “otro” que no provoca conmoción.

Ante la privatización de la seguridad y el endurecimiento constante de las penas, la soberanía estatal es simultáneamente afirmada y negada. La negación es clara ante el panorama de los procesos globales, por tanto su afirmación es sólo simbólica y se cristaliza en la tarea encomendada al Derecho flexible, es decir, la

---

criminológicas diferentes fuesen del período inmediatamente anterior. Al respecto sostiene acertadamente Melossi que “La devaluación del delincuente se produjo junto con la devaluación colectiva del grupo social al que se consideraba que pertenecían los delincuentes: concretamente, la racialmente definida y demonizada *underclass*. La devaluación de la *underclass* fue, sin embargo, paralela a la devaluación de la *clase como tal*, es decir la clase trabajadora en su conjunto, en el sentido literal de veinte años de congelamiento del salario semanal, unido a un incremento sin precedentes de la jornada laboral”, *Ibídem*, pág. 141. La toma de decisiones del Estado descentralizado desplaza las complejidades y el carácter de largo plazo que necesariamente requiere el control del delito. En el mismo sentido afirma Garland, D., *La cultura del control...*, op.cit., pág. 226. “la creación de la ley se transforma en una cuestión de gestos venativos dirigidos a tranquilizar a un público preocupado y a darle la razón al sentido común, más allá de la inadecuación de estos gestos para enfrentar el problema subyacente. Un espectáculo de fuerza punitiva contra ciertos individuos es utilizado para reprimir cualquier tipo de reconocimiento de la incapacidad del Estado para controlar el delito.” Aquí se observa claramente el mito del Estado soberano y su recuperación, frente a todas las evidencias en sentido contrario.

<sup>884</sup> *Ibídem*, pág. 230.

<sup>885</sup> Véase el estudio del término *infra* como componente del Derecho penal del enemigo en punto 4.6.



rearticulación de la ciudadanía de carácter privado que las normas penales custodiarán.<sup>886</sup>

La reducción de lo “público” efectuada por el discurso criminológico al rol de víctimas asediadas por los grupos de riesgo y la apelación permanente por parte del discurso político a la emotividad y la venganza, se conjugan actualmente en el plano de la legitimidad del nuevo pacto social *firmado* por consumidores y Estado, donde reaparecerá el elemento esencial del surgimiento del contrato: el miedo hobbesiano, y la obediencia que se precisa para exorcizarlo mediante mecanismos simbólicos de integración sistémica, que se reproducen y programan en función de la autorreferencialidad de su lenguaje.

En consecuencia, las ansiedades respecto del delito crecen y se expanden en el fondo de las inseguridades generadas por el veloz cambio social, la recesión económica, y la incertidumbre. Los actores políticos tomaron la sensación de inseguridad más general y también de carácter más difuso, para focalizarla en un grupo de *culpables*, los chivos expiatorios de la caída del Estado de bienestar: los grupos de riesgo.<sup>887</sup>

## 2.8. La producción de orden postfordista.

La expansión imperial se caracteriza por una novedosa distorsión de territorios sociales, tarea asumida por el derecho imperial flexible. En consecuencia, en esta época de “renegociación” del contrato social, es necesario no perder de vista la relevante presencia de los medios de comunicación para la configuración de una subjetividad que se corresponda con los desplazamientos de los límites de la inclusión/exclusión, es decir la inscripción de un discurso que se teje en la invención de un lenguaje autovalidante.

El escenario que ofrecen al *acting out* los *mass media* fabrica representaciones de alto contenido emocional y dramático de la cobertura selectiva que hacen de las noticias de delitos, que tienden a distorcionar la percepción por parte del público de “lo público” respecto del problema. Se produce una retroalimentación sistémica entre los riesgos e inseguridades de la postmodernidad, el discurso mediático y una política criminal espectacular.

De este modo, Garland establece siete puntos a través de los cuales explica lo que él denomina “el complejo del delito”,

- 1) las altas tasas del delito se consideran un hecho social normal;
- 2) la inversión emocional en el delito es generalizada e intensa, abarcando elementos de fascinación, así como de miedo, indignación y resentimiento;

---

<sup>886</sup> Véase *infra* 4.4, 4.7, 4.11, y 6.5.a.

<sup>887</sup> Garland, D., *La cultura del control...*, op.cit. págs., 254 ss ; De Giorgi, A., *Tolerancia Cero...*, op.cit., pág. 39.

- 3) las cuestiones relativas al delito están politizadas y se presentan frecuentemente en términos emotivos;
- 4) el interés por las víctimas y la seguridad pública dominan la escena política pública;
- 5) la justicia penal estatal es visualizada como inadecuada o ineficaz;
- 6) las rutinas defensivas privadas están generalizadas y existe un mercado en torno de la seguridad privada;
- 7) una conciencia del delito está institucionalizada en los medios de comunicación, en la cultura popular y en el ambiente urbano.<sup>888</sup>

Estos patrones de rutinas sociales, prácticas culturales y sensibilidades colectivas convergen para formar la superficie sobre la cual se construyen las estrategias del control del delito dominantes. Estas prácticas surgen como soluciones locales a los problemas inmediatos que enfrentan los individuos y las instituciones frente a la desregulación. Los dilemas que plantea esta *glocalización* de los efectos dan lugar a la modificación de las estructuras y redefinen los términos de la relación entre control social y orden social.<sup>889</sup> El topograma es una ciudad fortificada que excluye a quienes no pueden ofrecer seguridad cognitiva.<sup>890</sup> Un ambiente diseñado para aislar poblaciones sospechosas, para controlar situaciones riesgosas, esto es, un ambiente que se gestiona en virtud del orden y la seguridad en términos reduccionistas y reaccionarios. Todos los ámbitos son revestidos por el velo del orden y el control del riesgo, “luego de un proceso de larga duración de la expansión de la libertad individual y de reducción de los constreñimientos sociales y culturales, el control está ahora recobrando su importancia en todas las áreas de la vida social, con la particular y sorprendente excepción de la economía, de cuyo dominio desregulado emerge habitualmente la mayor parte de los riesgos fundamentales contemporáneos.”<sup>891</sup> Asimismo, actualmente, la cárcel es el lugar en el cual se encuentran dos factores relevantes de la estructura y subjetividad social: el riesgo y la retribución. La cárcel se *aggiorna* porque ahora el encierro cumple con la función expresiva que aquietta los sentimientos vindicativos y retributivos, y como *lugar de control del riesgo*. Desde siempre la cárcel logra reinventarse sobre superficies no del todo diferentes, ante los cambios sociales y culturales, políticos y económicos, pero su ontología de exclusión de los que con anterioridad han sido excluidos por el mercado persiste, sin embargo, en la actualidad en forma de regulación y gestión de los flujos.<sup>892</sup> Bajo la lógica privada de la gestión, la cárcel ha devenido una

---

<sup>888</sup> Garland, D., *La cultura del control...*, op.cit., pág. 271.

<sup>889</sup> El “orden” neoliberal habilita un ejercicio del control biopolítico del caos encarnado por los enemigos bajo la epistemología del riesgo, que rearticula el clivaje moderno entre naturaleza y Estado.

<sup>890</sup> Véase *infra* 3.4; como clave de bóveda de la articulación metodológico-dogmática de Jakobs del Derecho penal del enemigo este término será analizado en el Capítulo 4, en especial, véase 4.2

<sup>891</sup> Garland, D., *La cultura del control...*, op.cit., pág. 315.

<sup>892</sup> Cfr. Foucault, M., *Vigilar y castigar...*, op.cit., pág. 86.

mercancía rentable en términos políticos y reasegura la marca de la soberanía del Estado en crisis. Éste, desasido ya de sus funciones interventoras sobre las causas que llevan a grandes cantidades de individuos a la marginalidad, la cárcel encuentra “nuevos” fundamentos sobre los que mantenerse y expandirse, porque hoy la cárcel brinda “beneficios” inmediatos, tanto en lo atinente a las arcas públicas –mediante su privatización”<sup>893</sup> como así también por los relevantes efectos que tiene sobre la conformación del consenso social.

Las prácticas del Estado de bienestar y los discursos criminológicos tenían por objeto el fortalecimiento del orden social a través de la integración social.<sup>894</sup> Por el contrario, las criminologías actuariales *investigan* el orden social como un problema de integración sistémica. Ya no se trata, por tanto, de reintegrar a los delincuentes en la sociedad, sino de preservar las instancias y procesos sociales incólumes. Para esta corriente lo importante, a fin de lograr el orden social, reside en que las estructuras no sean modificadas, “que los engranajes funcionen de modo óptimo.”<sup>895</sup> Hasta aquí hemos intentado dejar planteado el contexto en el cual se desarrollará el análisis de las mutaciones del control social. Toda la dinámica expuesta por la nueva configuración mundial implica una modificiación esencial en la función y, sobre todo, de la gramática del control social, imbuida en la mutación del Estado mínimo referente a políticas redistributivas y, máximo en cuanto a políticas de control social<sup>896</sup> En efecto, el Estado postmoderno, no debe reeducar, ni corregir, sino que su tarea consiste a la sanción ejemplar de cualquier riesgo que pudiera amenazar al orden; con base en ello “es probable que el Estado deba crear alarmas sociales para transformalas en fuentes de consenso hacia las instituciones y prevenir, de este modo, un eventual disenso político”.<sup>897</sup>

## 2.8.a. El estatuto de la ley penal

¿Qué implicaciones tiene este cambio de paradigma en el estatuto de la ley penal? Significa ante todo que el poder ha perdido la posibilidad de regular

---

<sup>893</sup> Wacquant, L., *Las cárceles...*, op.cit., págs. 87 ss.; Christie, N., *La industria del control del delito.....*, op.cit., págs. 56 ss.

<sup>894</sup> Entre otros, Young, J., “Escribiendo en la cúspide del cambio: una nueva criminología para una modernidad tardía”, (Trad. Landívar-González), *Reconstruyendo las criminologías.....*, op.cit., pág. 77, quien al referir a la crisis de la etiología y de la pena afirma que “las metanarrativas del progreso mediante la planificación y el imperio de la ley pierden lustre y se vuelven sospechosas al tiempo que, de modo más profundo, las categorías básicas del delito dejan de ser entidades fijas y se convierten en temas de ambivalencia y debate. Las categorías se vuelven borrosas, las categorías se estiran y extienden, las categorías pierden su rigidez. Varios movimientos de víctimas del delito están intensamente involucrados en este proceso de redefinición”.

<sup>895</sup> Garland, D., *La cultura del control...*, op.cit., pág. 299.

<sup>896</sup> Wacquant, L., *Las cárceles...*, op.cit., pág. 97.

<sup>897</sup> Negri, T., en *Prefacio* a De Giorgi, A., *Tolerancia Cero...*, op.cit., pág. 29.

contractualmente el desarrollo de los cambios sociales (mediación) y, por tanto, de interpretar el eventual diagrama de las fuerzas que los impulsan. En segundo lugar, que el poder en la sociedad del riesgo debe ahora confiar en una muestra probabilística de la realidad o bien, exponerse al peligro de una hipótesis cognoscitiva indeterminada y de una igualmente indeterminada práctica de control preventivo. Ello invocando la apremiante “necesidad” para redeterminar su legitimación y para transferirla del nivel simbólico al de la efectividad.<sup>898</sup> En tercer lugar, este tránsito demuestra una extrema dureza: la transfiguración mítica o simbólica de la cruel eficacia a que apela el Derecho.

No obstante, nos encontramos, como señaláramos anteriormente, frente a una nueva consideración respecto de la visión “moderna” o, en palabras de Foucault “clásica” de la represión y del Derecho penal. El ordenamiento penal como dispositivo de prevención asume la puesta en práctica de instrumentos represivos que, abandonando su *telos* rehabilitador basado en la confianza del conocimiento de la realidad, asume la pobreza y la exclusión como violencia virtualmente actualizable y organiza el sistema penal en torno al miedo. En pleno declive del proyecto moderno de inclusión, la epistemología del riesgo habilita una ulterior disposición para la gestión del terror<sup>899</sup> que el mismo sistema genera.

Como señalamos, el control ya no se ejerce tanto sobre individuos concretos desviados – actuales o potenciales- cuanto sobre sujetos sociales colectivos que son institucionalmente tratados como *grupos productores de riesgo*. Los dispositivos del poder, utilizando metodologías de cuantificación y tratamiento del riesgo de desviación, que recuerdan las que son propias de los seguros, parecen apuntar a la gestión de categorías enteras de individuos. La meta es redistribuir un riesgo de criminalidad que se considera socialmente inevitable.<sup>900</sup>

De ello deriva la expresión “control actuarial”, que alumbra la semejanza entre las nuevas estrategias de control y los procedimientos matemáticos típicos del ámbito de los seguros. La llamada criminología actuarial representa un decisivo viraje respecto a la práctica criminológica reciente, un momento de ruptura que, si bien todavía no puede ser definido como radical, representa claramente la superación de una tradicional práctica y teoría del control social.<sup>901</sup>

De este modo, la precariedad de la vida no se convierte en un problema social ni hace visible una situación particular, sino que implica la acción de agentes interesados en producir una nueva categoría de percepción del mundo social con el fin de actuar sobre este último. Los cambios objetivos, sin los cuales los problemas siquiera serían planteados, van emparentados con enunciaciones

---

<sup>898</sup> De Giorgi, A., *Tolerancia Cero...*, op.cit., pág. 32.

<sup>899</sup> Entre otros, Pegoraro, J., “Una reflexión sobre la inseguridad...”, op.cit., pág. 1.

<sup>900</sup> De Giorgi, A., *Tolerancia Cero...*, op.cit., pág. 58; Brandariz García, J.A., *Política criminal...*, op.cit., págs. 51 ss.; Diez Ripollés, J.L., *La política criminal...*, op.cit., pág. 73 ss.

<sup>901</sup> De Giorgi, A., *Tolerancia Cero...*, op.cit., pág. 46.

específicas, es decir, “una empresa de movilización que cada vez hay que cuestionar y sacar a la luz.”<sup>902</sup>

Sin embargo asistimos al hundimiento de las estructuras democráticas de representación, al desinterés creciente por la política institucional y a la descalificación en el espacio político legítimo de las luchas por “el Derecho”, todo ello constituyen factores clave para comprender la evolución de las categorías de remoción pública de la vida cotidiana de las ciudades y la tendencia hacia un control intrusivo -una concepción *securitaria* de las relaciones sociales-.

El ámbito de lo público se presenta crecientemente despolitizado en la era de la globalización, y ello genera un espacio que será ocupado por representaciones mediáticas, políticas, institucionales, etc, fuertemente marcadas por los intereses propios de cada uno de ellos. Dentro de este ámbito se configuran estructuras de definición de los sujetos como “riesgosos” que ignoran de forma arbitraria las necesarias consideraciones hacia las fuerzas que estructuran la producción de normas y así pueden “pretender imponerlas mediante el refuerzo del control y de las estructuras de normalización.”<sup>903</sup>

La falacia del determinismo diseña la construcción del discurso actuarial como consecuencia de la despolitización de los problemas que aquejan a nuestras sociedades. Esto es que, entre medios de comunicación y política se produce un cambio en la estructura de las relaciones y por supuesto, de la capacidad de definición simbólica.<sup>904</sup>

En este sentido, la demanda de seguridad –como forma de interacción en el espacio público del sujeto *consumidor*- depende tanto de la percepción de la inseguridad como de la mayor aspiración a la primera. La inseguridad percibida no tiene por qué coincidir con la real.<sup>905</sup> El miedo al delito está influenciado en la realidad por creencias, actitudes y experiencias que no necesariamente tienen que relacionarse con él. En el sentimiento de miedo, influyen otras inseguridades

---

<sup>902</sup> Bonelli, L., “Obsesión securitaria e ilegalismo populares en francia, desde principios de 1980”, en *Política criminal de la guerra*, pags. 99-144.

<sup>903</sup> *Ibíd*em, pág. 119.

<sup>904</sup> *Ibíd*em, pág. 124

<sup>905</sup> Torrente, D., /Thomé, H.I., *Cultura de la seguridad ciudadana en España*, Centro de Investigaciones Sociológicas, Madrid, 2003, op.cit., 35, sostiene que en este sentido la inseguridad ciudadana está vinculada, además de a las condiciones materiales de la sociedad, a lo que las personas y colectivos piensan, hablan y actúan con relación a ella. Entre los factores que inciden están los medios. El miedo y la inseguridad operan como un mecanismo social de percepción selectiva de la realidad cotidiana, funcionando como intérpretes de señales para mantener en permanente estado de alerta y para garantizar un mínimo de protección. “Al respecto, el miedo a la delincuencia es un sentimiento polimorfo que puede desarrollarse en diferentes situaciones y que afecta la relación social ente las personas. De este modo hay que considerar las nociones de miedo concreto y miedo abstracto. El primero refleja la reacción emocional negativa que surge ante la posibilidad de ser víctima de actos delictivos específicos. Se denomina también miedo a la victimización. El segundo es un sentimiento general de vulnerabilidad y que se manifiesta como una sensación de fondo de inseguridad.”

vitales.<sup>906</sup> Lo que sucede es que el Estado en crisis opera una subjetivización del miedo de tal forma que éste pueda ser reconducido sin ambages a políticas policiales, con las cuales se asegura la pervivencia y el consenso del sistema en términos tecnocráticos y desideologizados. El miedo al delito y la inseguridad han servido de recipientes sintetizadores de otra serie de factores relativos a cuestiones políticas y económicas.

A partir de la década de los ochenta, la “seguridad ciudadana” se convierte en un punto ineludible de la agenda político-electoral. En un contexto donde el Estado no deja de acusar la crisis presupuestaria del modelo del *welfare state* a través de ideologías neoconservadoras que preconizan la ley y orden frente a cuestiones sociales.

Este modelo exhibe las características de una política centralista, autoritaria y tecnocrática, dirigida a la conservación del *status quo*, la reducción de los Derechos fundamentales, donde toda la demanda de seguridad es traducida en *política penal*.<sup>907</sup> El desprecio hacia las formalidades que ostentan las políticas de control social penal frente a la “satisfacción de la demanda de seguridad” es una de las características de la sociedad postfordista.

Sin embargo, las formalidades inherentes al Derecho no son sutilezas inútiles, ineficaces, sino *garantías*. La renuncia a la dimensión de igualdad y generalidad, de distancia e imparcialidad a favor de soluciones de emergencia *devuelve la respuesta al delito al ámbito de la cotidianidad*. Y con ello, quiebra la *sacralización* tradicionalmente asociada a lo público, se deslegitima la propia reacción al crimen, disminuyendo su eficacia preventiva, y como compensación, se induce un incremento en la sanción en su sentido fáctico. La formalización, con todo lo que ella implica, representa frente a la cotidianidad, un poderoso factor de prevención disuasoria y de contención de reacciones informales.<sup>908</sup>

Para *crear cotidianidad*, es imprescindible modular subjetividades que perciban como peligrosos a los excluidos del sistema, que no sólo legitimen sino también demanden la ampliación y el fortalecimiento de políticas de seguridad públicas que apelan a la ley y el orden.<sup>909</sup> El Derecho se flexibiliza en virtud de su necesidad de fundar un nuevo pacto con la clase hegemónica; para establecer las nuevas cláusulas contractuales ya no se necesita contener el poder punitivo, porque los sujetos consumidores se sienten por fuera de la pérdida de libertades, que siempre serán para el enemigo y, en tanto que tal, cualquier panoplia de medidas es válida.

En el espacio möbius, la seguridad pública con su significado de seguridad interna- doctrinas de la seguridad nacional propias de las dictaduras del siglo pasado en América Latina-, se traduce así en la tarea pública del Estado de

---

<sup>906</sup> Young, J., *The vertigo of late modernity...*, op.cit., págs. 11 ss.

<sup>907</sup> Baratta, A., “Seguridad”, op.cit., pág. 17.

<sup>908</sup> Cfr. Ferrajoli, L., *Derecho y razón...*, op.cit., págs. 247 ss.

<sup>909</sup> Resta, F., “Enemigos...”, op.cit., pág. 751.

policía, centralista y penal, listo para preservar el “orden público y la paz social” con su fuerza policial y para defender a los *ciudadanos honestos*, librándolos de la convivencia con aquellos que los amenazan, por medio de la prisión<sup>910</sup> y el *designing out crime*.

En los procesos globales, aquella *seguridad interna* como paradigma del Estado social moderno se desplaza discursivamente hacia la *seguridad urbana*, más adecuada a la *seguridad glocal*, con nuevos espacios para la *ciudadanía* y espacios para otra agencias, distintas de las del sistema penal, “con el fin de colocar el problema y el deseo de seguridad a partir del reconocimiento de un sujeto colectivo no estatal, pero tampoco privado.”<sup>911</sup>

Como sostiene Bustos, el concepto de seguridad ciudadana es un concepto moderno, surgido a raíz de las nuevas constituciones europeas, preocupadas con posterioridad a la Segunda Guerra mundial por el fortalecimiento de los Derechos fundamentales, las garantías individuales y, en definitiva, por la dignidad de la persona humana.<sup>912</sup> Sin embargo, en la actual sociedad de control la seguridad ciudadana –recortados ambos términos– se transforma en la preocupación del correcto funcionamiento del sistema, donde éste se confunde con el orden público y la razón de Estado,<sup>913</sup> cuya única finalidad es la represión, fundada en la apelación a la excepción y emergencia que las circunstancias describen. Frente a la amenaza, la respuesta debe tener el mismo signo.

En este sentido, la desaparición de las oposiciones derecha/izquierda<sup>914</sup> en la forma de producir los ilegalismos y el acento puesto sobre la responsabilidad individual transformaron la economía del castigo. Esta producción es el fruto de una reestructuración de los procesos disciplinarios previos que valida y autoriza sistemas de conocimiento específicos, donde su éxito tiene que ver con la configuración en la cual se inscriben, en la fuerza de aquellos que los sostienen y en la filosofía implícita que conllevan, debido a que las burocracias tienden a construir los problemas como justificaciones a las soluciones que proponen.<sup>915</sup>

Asimismo, la focalización exclusiva del análisis de las consecuencias de los actos desviados produce también una reducción de la complejidad social, lo cual favorece la amnesia de las responsabilidades políticas por las transformaciones estructurales en la era de la precarización de los derechos. Los discursos sobre las violencias urbanas crean una política del olvido y del silencio sobre la

---

<sup>910</sup> Por todos, Diez Ripollés, J.L., *La política criminal...*, op.cit., págs. 178 ss.

<sup>911</sup> Cfr. Zackeski, C., “La guerra contra el crimen: permanencia del autoritarismo”, en Pérez Álvarez, F., (ed.), *Serta. In memoriam de Alessandri Baratta*, op.cit., pág. 1545.

<sup>912</sup> Bustos Ramírez, J., “La seguridad ciudadana en Latinoamérica”, en Revista del colegio de Abogados penalistas del Valle, núm. 21,22, vol. XIII, 2º semestre 1990, pág. 14.

<sup>913</sup> Brotat i Jubert, R., “Un concepto de seguridad ciudadana”, 2002, disponible en [www.dip-alicante.es/formacion/es/menu/almacen/BROTAT\\_seguridad\\_ciudadana.PDF](http://www.dip-alicante.es/formacion/es/menu/almacen/BROTAT_seguridad_ciudadana.PDF)

<sup>914</sup> Véase Anton Mellon, J., “Xenofobia Y Teoría Política: La Influencia De La Nueva Derecha Europea En Los Partidos Neopopulistas”, en Portilla Contreras, G., (coord.), *Mutaciones del Leviatán...* op.cit., págs. 216-222.

<sup>915</sup> Bonelli, L., “Obsesión securitaria...”, op.cit., pág. 139

desestructuración del lazo social, mientras que ello permite tanto perseguir a los “desviados” como hacer hincapié en la necesidad de tratamiento policial de estas cuestiones.<sup>916</sup>

En estos términos se desarrolla la *Prospect Theory*<sup>917</sup> cuando sostiene que no hay límites a la participación de la policía en la construcción y la gestión de los problemas sociales. La policía produce los saberes cuando otras instituciones tienen la necesidad de gestionar los riesgos de determinadas poblaciones de las que son responsables.<sup>918</sup>

Con estas premisas, la instantaneidad de la adopción de programas político criminales actuariales permite a los sucesivos gobiernos exonerarse de las consecuencias de sus políticas desreguladoras, coadyuvando a reforzar el mito de la soberanía en los planos económico y financiero.<sup>919</sup> La fuga hacia el control total genera representaciones del mundo en las que todo aparenta ser una amenaza y las incertidumbres se convierten en miedo, hobbesianamente gestionado en la categoría epistemológica del riesgo.

Asimismo, la subjetividad que pretende ser correspondiente con la soberanía imperial, se articula en función de un “riesgo” que debe ser gestionado y excluido mediante la consolidación de la desconfianza contra los que tienden a convertirse en las “nuevas clases peligrosas”, lo que supone para estos últimos una marginación más profunda; la ortodoxia conservadora que limita las funciones reguladoras del Estado al mantenimiento del orden social supedita el conjunto de sus actividades intelectuales, administrativas y políticas a tal efecto.<sup>920</sup>

En ellas intervienen, como vectores que se entrecruzan, el delincuente -tomado como un sujeto económico-racional- y el ambiente -en el cual éste despliega su comportamiento-. Por lo tanto, no se trata tan sólo de la eliminación del espacio social, sino también de la modificación del espacio social metropolitano, por ser allí donde se gestan las conductas desviadas y la privatización de “los espacios públicos.”

De este modo, no sólo la cárcel, sino todo el contexto social se transforma en un espacio de control, en el cual se vuelve indeterminable cuáles son las instituciones controladoras, porque ya no es el archipiélago de la sociedad disciplinaria el que generará a la postre una sociedad segura, sino que será el monolito del control ubicuo -el panóptico urbano- el dispositivo del nuevo orden social.<sup>921</sup> En este sentido el poder punitivo ya no requiere de una legitimación, se vuelve autorreferencial: al perder toda referencia disciplinaria, deja de ser un

---

<sup>916</sup> Baratta, A., “Seguridad”, op.cit., págs. 11 ss.

<sup>917</sup> Véase *supra* 2.3.d.

<sup>918</sup> Ericson, V.R., /Haggerty, K.D., *Policing the risk society*, University of Toronto Press, Toronto, 1997, pág. 73.

<sup>919</sup> Bonelli, L., “Obsesión securitaria.....”, op.cit., págs. 141-142.

<sup>920</sup> *Ibidem*, pág. 143.

<sup>921</sup> Véase *supra* punto 1.1



instrumento de transformación de los sujetos. El castigo encuentra su legitimación en función de los efectos que pueda producir no ya sobre “el alma del condenado”, sino en términos de eficacia económica y de las cuotas de seguridad que sepa construir.<sup>922</sup>

En este proyecto de arquitectura sistémica, el poder renuncia a una de sus máscaras: a la retórica de la igualdad; porque redistribuir una carga de riesgo supone poner de manifiesto la imposibilidad de reducirlo. Asimismo, significa prescindir del concreto factor de riesgo, de sus causas, para concentrarse en la valoración del conjunto. Es a nivel de categorías enteras de sujetos que se puede establecer la carga de riesgo. No es de extrañar que el desviado sea substituido por la clase peligrosa. Y está claro que la indicación de la pertenencia a un “grupo de riesgo” se encuentra en íntima conexión con la pertenencia a una determinada clase social.

Así las técnicas de intervención sobre las fuentes de riesgo de desviación tienden, en principio, a despersonalizarse, dirigiéndose cada vez más sobre el ambiente en detrimento de los individuos, a la vez que tienden a colectivizarse; los dispositivos de control se activan mediante la lógica de la prevención del riesgo, en detrimento de la anterior intervención resocializadora cuando el comportamiento ya se había manifestado.<sup>923</sup>

Finalmente, el despliegue de técnicas de prevención situacional rediseña el espacio público que, cada vez, es más privado. La prevención situacional consiste en la modificación del ambiente en aras de reducir las circunstancias que facilitarían los comportamientos desviados, abandonando cualquier referencia externa hacia las causas sociales, culturales, económicas, etc.; se trata del despliegue de técnicas y controles que imponen limitaciones en los espacios vitales,<sup>924</sup> que transforman los modos de vida y los modos de pensar.

### **2.8.c. Las tendencias de la Política criminal**

Los derroteros actuales de la política criminal discurren sobre la confección de un estereotipo de sujeto desviado, cuyas causas de la desviación no son atendibles en términos de tratamiento o rehabilitación dentro de las

---

<sup>922</sup> Brandariz García, J.A., *Política criminal....*, op.cit., págs. 58 y 59.

<sup>923</sup> Foucault, M., “La gubernamentalidad”, en Foucault, M., *Espacios de poder, Genealogías del poder núm.6*, 2ª ed., La piqueta, Madrid, 1991, págs. 9-26, en especial págs. 22-23.

<sup>924</sup> El control social queda asentado sobre técnicas que se dirigen fundamentalmente a la delimitación del espacio social, esto se traduce en la edificación dentro del espacio de urbano de fortificaciones –cuya función es delinear diferentes espacios– que separan entonces dos clases de sujetos: aquellos que son fuente de riesgo y por otra parte, aquellos “asegurados” (policia privada, sistemas de seguridad, etc.). Véase Brotat i Jubert, R., “Un concepto de seguridad....”, op.cit., págs. 2 y 3.

instituciones de la sociedad disciplinaria.<sup>925</sup> Así, las políticas de control actual se dirigen hacia la inocuización de un sujeto que, por un lado, racionalmente decide su comportamiento y, por otro lado, hacia *otro*. Las dos perspectivas, convergen en la postmodernidad, donde los límites entre el interior/exterior se disuelven, y ya no se busca la integración social, sino aquella de carácter sistémico. No obstante, subyacen a esta lógica neoliberal los discursos neoconservadores que abonan el terreno para una remozada racionalidad moderna. De la mano de la lógica actuarial, el Estado postmoderno tiene como función el mantenimiento del *status quo* a partir del diagrama de estructuras de control social esparcidas por todo el paisaje urbano, ello con el fin de gestionar no ya a los individuos desviados, sino de prevenir las conductas de aquellos que han sido definidos previamente como un grupo de riesgo.

Como símbolo de esta tendencia puede nombrarse “la tolerancia cero”<sup>926</sup>, que nació en New York y se fue perfilando como el paradigma de racionalidad y efectividad hacia otras ciudades y Estados más o menos alejados de “la gran manzana.”<sup>927</sup> La subjetividad producida por esta forma de control del “espacio público” cada vez más privatizado se entronca con el desplazamiento de una pertenencia a una clase o género determinado para declinar en la individualización, propia de la sociedad del riesgo. Es por ello que puede afirmarse que la retórica de la tolerancia cero ha provocado la alteración de la aproximación de la ciudadanía hacia los conflictos; consiguientemente, como respuesta a esta demanda, la política criminal del Estado postmoderno autorrealiza la profesía sobre la que se construye: las estadísticas reflejan un mayor número de delitos cometidos por determinados grupos localizables en determinados espacios urbanos gracias al aumento del control sobre los mismos, reafirmando la necesidad de este tipo de control total.<sup>928</sup>

---

<sup>925</sup> Foucault, M., *La verdad y las formas...*, op.cit. pág. 98. El surgimiento a fines del siglo XIX de instituciones colindantes al sistema judicial, montadas al discurso de la peligrosidad, para asumir el control de los individuos, “una gigantesca maquinaria de instituciones que encuadrarán a éstos a lo largo de su existencia... esta red de un poder que no es judicial debe desempeñar una de las funciones que se atribuye la justicia a sí misma en esta etapa: función que no es ya de castigar las infracciones de los individuos sino corregir sus virtualidades”.

<sup>926</sup> Esta denominación opera como un slogan altamente rentable en el ámbito de la producción del discurso que subyace al espectáculo punitivo. Prerimos referir a esta tendencia no como aquella que no tolera nada, sino aquella que se legitima en términos instrumentales en la efectividad de una aplicación selectiva del control.

<sup>927</sup> Wacquant, L., *Las cárceles...*, op.cit., págs. 12 ss.

<sup>928</sup> En este sentido, Brandariz García, J.A., *Itinerarios de evolución del sistema penal...*, op.cit., pág. 23, define a este tipo de política de gestión de la criminalidad como una de carácter autopoiético, traducándose en el hecho de demandas de seguridad por parte de la sociedad que se convierten en incrementos del poder punitivo, debido a la centralidad que ha ido adquiriendo el sistema penal en las relaciones sociales; Muñoz Conde, F., “*La generalización del Derecho penal de excepción: tendencias legislativas y doctrinales: entre la tolerancia cero y el Derecho penal del enemigo*”, en *La generalización del Derecho penal de excepción...*, op.cit., págs. 14 ss.

Sin embargo, además de serias críticas desde los postulados del Estado de Derecho, es dable destacar que ha sido demostrado que, habiéndose implantado en varias ciudades de Estados Unidos y latinoamérica, aunque en un principio hubiera podido afirmarse que efectivamente hubo incidido en la disminución de la criminalidad, lo que sí es constatable es el aumento en las arcas de las agencias del sistema penal.<sup>929</sup>

No sólo la agencia policial se ha visto modificada, sino que debido al aumento de las penas, la limitación drástica de la libertad condicional y de los procedimientos de reducción de condenas, el trato draconiano dado a las reincidencias y la aplicación de penas a los menores, entre otros, han producido un aumento espectacular de la población carcelaria.<sup>930</sup>

A finales de 1999 EEUU alcanzaba la increíble cifra de dos millones de personas en la cárcel.<sup>931</sup> El carácter espectacular de este dato se refuerza cuando se advierte que el número de presos a principios de esa década de los noventa era de un millón. En diez años se ha duplicado la cantidad de personas privadas de libertad por la ejecución, confirmada judicialmente o supuesta, de delitos. Los registros carcelarios dan cuenta precisa de una realidad escandalosa. Las posibilidades de un negro de ir a la cárcel son siete veces más altas que las de un blanco. La comunidad negra representa el 13% de la población total en el territorio global de los EEUU, pero representa el 50% de la población total en el territorio carcelario de esos mismos EEUU. Un negro tiene un 33% de posibilidades de ser trasladado por la fuerza a ese habitat carcelario en algún momento de su vida; las posibilidades de un blanco son significativamente menores, un 4%.<sup>932</sup>

---

<sup>929</sup> William Bratton omite escrupulosamente señalar a sus interlocutores alemanes, sudafricanos o argentinos que la política de tolerancia cero ya no está en boga en EEUU, donde la ciudad modelo para imitar es San Diego o Boston, pero en ningún caso New York. En San Diego, a diferencia de la tolerancia cero se puso en marcha la "policía de proximidad" centrada en la resolución de los problemas mediante la apelación a la cooperación activa de los habitantes. El descenso de la cantidad de delitos para este último caso, se ha visto acompañado de un reflujo del número de detenciones, de una disminución de las demandas judiciales y del cambio hacia una concepción más positiva para con la policía. Véase Wacquant, L., "Penalización de la miseria.....", op.cit., pág.67; Harcourt, B.E., "Desorden público...", op.cit., pág. 86.

<sup>930</sup> Simon, J., *Governing through crime*, op.cit. pág. 141 quien apunta que en los Estados Unidos desde la década de los años 80 del siglo pasado se viene produciendo un fenómeno denominado "mass imprisonment" por parte de los sociólogos y de los criminólogos. Véase el capítulo "Race, the War on Crime, and Mass Imprisonment", op.cit., pág. 141.

<sup>931</sup> Wacquant, L., cárceles y parias; op.cit., pág.82.; Harcourt, B.E., "Desorden público...", op.cit., pág. 86.

<sup>932</sup> La prisión en Estados Unidos tomó el relevo del gueto en tanto que instrumento de control y de encierro de una población considerada una casta inferior con la que que uno no se debe mezclar, son los negros quienes se benefician –por así decir- de una *affirmative action* de tipo carcelario que supone la sobre-representación masiva de la población negra en las cárceles. En este sentido, los afroamericanos representan el 6% de la población nacional pero cada año

Estas estadísticas sitúan en un contexto global las afirmaciones de Giuliani sobre los logros de su sistema represivo en relación con la disminución de delitos. Efectivamente, la apreciable reducción de la delincuencia de la última década ha venido acompañada por la aparición de un nuevo hábitat humano: el carcelario. La atención sobre la integración social, la prevención y la rehabilitación han desaparecido del lenguaje judicial y de los modelos de seguridad ciudadana.<sup>933</sup>

## 2.9. La fragmentación del discurso

El Derecho penal de la defensa social a principios del siglo XX se convirtió en el instrumento sobresaliente para el control de la disidencia política, económica y social, abandonando su papel de garante de los derechos frente al Estado, mientras que, simultáneamente, era instrumentalizado para velar por el orden con sus legislaciones contra vagos y maleantes, disidentes políticos anarquistas, y todo aquel que no estuviera integrado en una institución disciplinaria.<sup>934</sup>

Más adelante, el Estado de bienestar logró una base de estabilidad en la que se persiguió el consenso y “rehabilitó” a quienes estaban por fuera de aquel. La correlación entre política criminal y forma de Estado es reveladora en tanto que muestra a cada momento qué formas adoptará el control en virtud de la relación entre capital y trabajo.<sup>935</sup> En la actualidad se rompe el equilibrio anteriormente alcanzado debido al peso obtenido por el mercado, provocando la inversión de la relación propuesta por el liberalismo de la primera modernidad y orientando al Estado de forma exclusiva a la protección del mercado.<sup>936</sup>

---

contribuyen con un porcentaje superior al 50%, véase Wacquant, L., *“Penalización de la miseria y proyecto político neoliberal”*, op.cit., pág. 63.

<sup>933</sup> Maira, A., *“¡Viva la libertad!. ¡Tolerancia Cero!”*, en Revista El viejo topo, núm. 144, octubre 2000; Lascano, J.A., *“La insostenible modernización del Derecho penal basada en la tolerancia cero desde la perspectiva de los países emergentes”*, disponible en [www.defensesociale.org/revista2003/10.pdf](http://www.defensesociale.org/revista2003/10.pdf); Crawford, A., *Crime, Prevention, and Community Safety: Politics and Practices*, Longman, London, 1998, pág. 155, quien considera más apropiado describir las formas de mantenimiento del orden como estrategias de intolerancia selectiva y no como tolerancia cero.

<sup>934</sup> Zaffaroni, E.R., *El enemigo en el...*, op.cit., págs. 88 ss.; Foucault, M., *La vida de los hombres infames*, op.cit., *pássim*.

<sup>935</sup> Ello fue investigado por Rusche y Kirchheimer, y actualmente el desarrollo de aquella relación es estudiada brillantemente por De Giorgi, A., *El gobierno de la excedencia...*, op.cit., *pássim*, prologado por Toni Negri *“Más allá de los límites de la sociedad de control”* (trad. Faraldo Cabana), pág. 37, quien pone de manifiesto *“El razonamiento es absolutamente lineal: se trata de comprender cómo la “razón penal” persigue y se transforma de acuerdo con las mutaciones del contexto social. Diciéndolo brutalmente: se trata de comprender cómo la “justicia” del Estado se esfuerza en constituir el orden social, delineando históricamente la relación entre régimen disciplinario capitalista y proletariado fordista.”*

<sup>936</sup> González Placencia, L.,/Gluyas Millán, R., *“Criminalidad y Derechos: paradojas en el contexto de la interacción contemporánea entre estado, individuo y mercado”*, en Rivera Beiras, I., et.al., (coords), *Contornos y pliegues del Derecho*, op.cit., págs. 371-385, en especial, pág. 373.

Así el Estado actual bajo el paradigma neoliberal establecerá el compromiso político de la protección de la seguridad: pública, nacional y jurídica. Es posible entonces decir que quien domine la situación –el mercado-, definirá los riesgos que lo afecten y de esta manera delinearé el horizonte del control, esto es, definirá también el horizonte de su forma endémica de criminalidad.<sup>937</sup>

Si, en los albores del liberalismo, la dominación en el pilar regulativo la ejerció el principio del individuo, los riesgos que otros individuos y el Estado representaron para su libertad definieron el ámbito de su protección desde el propio Estado –Derecho penal, libertades fundamentales, garantías- y junto con ello, el de los delitos que lo amenazaban: robos, violencia, deudas, tranquilidad pública, etc.

Cuando el Estado ocupó el lugar que otrora fuera ocupado por el individuo, tuvo que auto-protegerse en aras del mantenimiento del sistema frente a los individuos que habían devenido una fuerza colectiva de movimiento político reivindicatorio, junto a un mercado en permanente expansión. En ambos casos la sobre-regulación le permitió intervenir y someter, tanto a los colectivos políticos y sociales como al mercado, pero a su vez jugando un papel *mediador* en la atribución de derechos sociales, pactando con el mercado el control del disenso social.<sup>938</sup>

Luego de la retirada del Estado, el mercado ocupa el lugar central, de donde se deduce su necesidad de protección, que se traduce en los instrumentos de control habilitados a efectos de proveer seguridad contra los riesgos a los que se ve expuesto. La respuesta dada por el Estado para proteger al mercado de las situaciones que lo amenazan ha supuesto estrategias que desdibujan los límites del sistema penal. En este sentido, hoy resultan inoperantes o bien, de modo más radical, creemos posible sostener que la principal razón por la que las garantías del sistema penal para los ciudadanos se han degradado con sorprendente facilidad radica en el hecho, insoslayable, de que el objeto de protección del sistema penal no pivota más en torno a “el ciudadano” en los términos en que tradicionalmente ha sido entendido, sino en todo caso en “el público” –con toda su connotación de espectador de la sociedad del espectáculo- es decir, una clase especial de ciudadanos que por su capacidad de consumo interesan al mercado.

Los “otros” no son más que habitantes del espacio riesgoso que acecha a la “República de las víctimas,”<sup>939</sup> constituida como la entidad imagética de todos quienes configuran “los consumidores”. De ellos se espera un asentimiento como espectadores de los procesos de control, que persiguen la consolidación de la confianza en las instituciones y, en esa medida, la fidelidad con las reglas impuestas por el mercado. En este sentido, la producción de una subjetividad

---

<sup>937</sup> Por todos, Zúñiga Rodríguez, L., *Política criminal...*, op.cit., pág. 251.

<sup>938</sup> González Placencia, L., /Gluyas Millán, R., *Criminalidad y Derechos...*, op.cit., pág. 374.

<sup>939</sup> *Ibídem*, pág. 376.

articulada en el miedo permite que estas políticas penales sean fecundas para la creación de nuevas racionalidades autoritarias, para ser acreedoras de legitimidad institucional y lograr la refundación del pacto social excluyente de la postmodernidad.

### 2.9.a. Las adjetivaciones de la “seguridad”

La epistemología del riesgo ha llegado a influir en los postulados criminológicos actuales, en este sentido, abre un espacio de discusión acerca del posible retroceso de la creencia en el progreso.

Habremos de reflexionar respecto de la categoría de “riesgo”, haciendo hincapié en la falaz premisa que la sostiene, es decir, que los daños derivados de acciones llevadas a cabo en situaciones de incertidumbre son el resultado de un acto ni moralmente erróneo ni atribuible conforme al esquema de responsabilidad individual. Adscriptas a este carácter y, en definitiva, al dejarlas articuladas como un problema de decisiones, las situaciones de riesgo plantean el problema general de la atribución, en un mundo social en el que típicamente, aunque todos puedan resultar afectados, puede ser que no todos hayan decidido.<sup>940</sup>

Respecto de la atribución de responsabilidades y la toma de decisiones, desde el punto de vista normativo la instalación del principio de prevención evidencia una radicalización de la percepción social del riesgo. La preocupación por los peligros ecológicos, económicos, financieros, políticos, intensifica el sentimiento de inseguridad ontológica y expone a intervenciones políticas *ex ante* para la gestión de las consecuencias de la ausencia de las políticas sociales que un Estado social y democrático de Derecho tiene como elemento legitimador. La ausencia de políticas sociales de regulación en la economía del Estado, para propender a la igualdad material del goce de los derechos, pretende ser ocultada mediante la asunción de políticas administrativas de regulación de los ámbitos de actividad riesgosos y del control de la exclusión a través de la confección de políticas criminales con rasgos cada vez más autoritarios y deshumanizadores.

Embarcado en esa teleología, el discurso del riesgo se erige como el legitimador de las transformaciones de las políticas que adopta el Estado postmoderno y, para ello, deberá adecuarse, con sucesivas adjetivaciones, a la seguridad. Es necesario puntualizar que la seguridad y su conceptualización dependerán del ámbito de que se trate, “precisamente por ello, la idea de seguridad demanda muy diversas especificaciones respecto de cada ámbito o sector, a fin de lograr materializar dichas concreciones”.<sup>941</sup> Sin embargo, el talante autoritario de las políticas punitivas actuales, deviene de un tratamiento

---

<sup>940</sup> Campione, R., “*El que algo quiere algo le cuesta*”, op.cit., pág. 23, nota 13.

<sup>941</sup> Cfr. Navarro Cardoso, F., “*El Derecho penal del riesgo y la idea de seguridad*”, Pérez Álvarez, F., (ed.), en *Serta. In memoriam Alexandri Baratta*. op.cit., pág. 1339.

homogeneizado de la “inseguridad”, frente a las demandas amplias, tanto objetivas como subjetivas, de la seguridad.

Este tratamiento “pansecuritario” desemboca en la confección de políticas carentes de sustentaciones legítimas, producto de una deliberación pública y democrática de qué tipo de seguridad es la que se está persiguiendo. La “seguridad” es el *slogan* fundamentador de toda la política actual, que debe actuar efectivamente en una situación de “permanente emergencia”, si se nos permite el oxímoron.

Puntualmente, siguiendo a Navarro Cardoso, es necesario distinguir si se trata de un juicio de desvalor de comportamientos en el seno de sectores estructurados y competentes, o si, por el contrario, se trata de los riesgos generados por el mismo sistema.<sup>942</sup> En el primer caso, nos encontraríamos frente a un fenómeno coyuntural; en el segundo ante uno de carácter estructural. Ahora bien, si los riesgos tienen una naturaleza sistémica, la demanda de seguridad que recibe el Estado no necesariamente habría de exacerbar la potencia punitiva, si no fuera porque la caída del Estado de Bienestar produce el cambio de la asistencia por represión. La comprensión de esta realidad queda contextualizada en la referencia a varios fenómenos: la creciente sensación de inseguridad y su gestión institucional, la construcción neo-smichttiana de “enemigos internos”, y con ello la nueva asunción del control social formal en el gobierno de la exclusión social.<sup>943</sup>

Frente a la sensación subjetiva de inseguridad que es gestionada institucionalmente siempre en términos de “emergencia”, comienzan a oírse las retóricas discursivas de “ley y orden”, “tolerancia cero”, presentadas como la solución más adecuada frente a la alarma social, que supone una sumisión a los dictados de los medios de comunicación, al tiempo que genera beneficios partidario-políticos inmediatos. Las crecientes demandas de “seguridad” se convierten en el valor de cambio predilecto de un Estado en crisis que busca legitimar su novedosa reterritorialización. Esto es, se persigue consenso electoral como contrapartida de simbólicas sensaciones de seguridad, como forma de confeccionar un tipo de legitimación que se corresponda con su retiro de las funciones que otrora le otorgaban razón de ser: intervención en la economía y distribución de la renta, en aras de la configuración de una igualdad efectiva y material.<sup>944</sup>

Por lo expuesto, la crisis del Estado social discursivamente publicitada como “inseguridad ciudadana” puede ser expresada como una crisis de legitimación.<sup>945</sup> Significa, asimismo, la evidencia rotunda de una crisis en la idea misma de la sociedad como una organización participativa y justa,<sup>946</sup> ello debido

---

<sup>942</sup> *Ibídem.*

<sup>943</sup> Brandariz García, J.A., “Itinerarios de la evolución del sistema penal...”, *op.cit.*, pág. 36.

<sup>944</sup> Wacquant, L., *Las cárceles de la miseria*, *op.cit.*, págs. 139 ss.

<sup>945</sup> Véase *infra* 5.1.

<sup>946</sup> Serrano Piedecabras, J.R., “Consecuencias de la crisis...”, *op.cit.*, pág. 73.

a que el Estado está fundamentalmente abocado al gobierno de la crisis y desarrolla esta tarea a partir de la institucionalización de mecanismos adecuados para hacerle frente de forma eficaz, es decir, asume funciones “neutrales” para el cumplimiento de los cometidos de organización.<sup>947</sup>

En este sentido, el Estado actualmente confecciona políticas netamente preventivas y con carácter autoritario<sup>948</sup> a fin de organizar las respuestas a los fenómenos globales. A partir del reconocimiento de que la globalización aumenta la conflictividad y los peligros, junto a una creciente demanda social de “seguridad” en un espacio político vacío, el Estado en crisis convierte al poder penal en la única respuesta “política”, transformando a la *última ratio* a que debería acudir para coadyuvar a la convivencia social, en la única respuesta posible a fin de cumplir con su parte del pacto.<sup>949</sup>

El discurso articulado bajo la falacia determinista hace que tomemos como “efectos colaterales” las consecuencias de la anulación de las causas de los conflictos sociales, mientras que esta aparente neutralidad se traduce en las reformas en materia penal y procesal penal. La falta de coherencia y de univocidad que tienen las actuales políticas punitivas se soslaya en la propuesta de un *derecho penal del enemigo* que logra construir un discurso dogmático que propone organizarlas como un conjunto sistemático y diferenciado del Derecho penal del ciudadano.<sup>950</sup>

En el último capítulo de la presente investigación abordaremos el estudio del bien jurídico del tipo base del artículo 318 bis del Código penal porque entendemos que constituye el paradigma del cambio en el estatuto de la ley penal como espacio de producción simbólica de ciudadanía. Esta norma es fruto de los cambios acaecidos en la configuración mundial global, y sobre todo, respecto de la influencia mutua entre seguridad-riesgo-ciudadanía y su “gestión”. No obstante, anteriormente será objeto de tratamiento el problema que suscita el

---

<sup>947</sup> Véase *supra* 1.9.

<sup>948</sup> Serrano Piedecosas, J.R., op. ult.cit., pág. 73, se refiere al autoritarismo como “las disfuncionalidades provocadas, en la instancia jurídica y política, por el proceso de creciente autonomía del Estado en relación con la sociedad civil. Y esto sin producirse la quiebra de los mecanismos formales de la democracia representativa y, más aún, sin la pérdida del consenso que legitima esas instituciones.”

<sup>949</sup> Foucault, M., “*La gubernamentalidad*”, op.cit., págs. 3 ss.

<sup>950</sup> Como tendremos oportunidad de analizar en el capítulo 4, la misión que tiene este “nuevo Derecho” es la construcción de condiciones ambientales soportables, una vida en la que exista seguridad cognitiva, asequible en tanto que los ciudadanos no se alejen del Derecho. En tanto que el enemigo se aleja consuetudinariamente del Derecho, la sociedad sólo puede re-contruirse en tanto la exclusión de éstos, en Prittwitz, C., “*Derecho penal del enemigo : ¿Análisis crítico o programa de Derecho Penal*”, ( trad. Hortal Ibarra, C.), en Mir Puig, S., (dir.), Corcoy Bidasolo, M., (coord.), *La Política Criminal en Europa*, op. cit., notas 108 y 115, págs. 107 ss. Asimismo, véanse Polaino Navarrete, M., *La reforma penal española de 2003. Una valoración crítica*, Tecnos, Madrid, 2004; Demetrio Crespo, E., “*Del Derecho penal liberal al Derecho penal del enemigo*”, op.cit., pág. 1030, donde afirma que el Derecho penal del enemigo es consecuencia, entre otros factores, del uso simbólico del Derecho penal.



fenómeno de la inmigración global y su percepción como un “grupo de riesgo” a gestionar efectivamente por parte de las políticas criminales “glocales.”<sup>951</sup>

Así las cosas, intentaremos desvelar lo que oculta la categoría de riesgo ya que ésta es presentada de nuevo en términos de discurso único, de allí que Beriain, parafraseando a Beck, entienda que “en las sociedades modernas avanzadas se produce una coexistencia problemática entre dos modernidades, la de la expansión de las opciones y la de la expansión de los riesgos.”<sup>952</sup> En este punto es de suma importancia remarcar que en los términos de la disyuntiva antes planteada tratan de resolverse todas las cuestiones concernientes a la política, espacio donde se acrecienta la presencia de *intereses privados* a la hora de tomar decisiones *públicas*.<sup>953</sup>

Si el Estado nación articuló la legitimidad de la “aventura moderna”, una vez que el hombre se despoja de la trascendentalidad característica de la época anterior, el riesgo, siendo un concepto eminentemente moderno, un “constructo social histórico”, operará actualmente como el dispositivo de producción de lo que la sociedad considerará en cada momento como normal y seguro. Debido a que la modernidad pretende despojarse de todas las concepciones tradicionales anteriores, mediante la creación de mecanismos de poder regulador que conjuren el elemento aleatorio que hay en todo conjunto de seres vivos; <sup>954</sup> el riesgo representa la secularización de lo que antes era atribuido a fuerzas sobrenaturales o al destino. Bajo este paradigma, el riesgo adopta el carácter de una “medida”, es la determinación del azar, surge como el dispositivo de racionalización, cuantificación, metrización del azar, de reducción de la incertidumbre, como opuesto a lo indeterminado.<sup>955</sup>

### 2.9.b. El terror como consenso político

El estado postmoderno, no contento con privar a grandes cuotas de población de toda participación en la producción, se avoca a la gestión de espacios de exclusión, produce estructuras de clasificación social, de la mano de una consecuente lógica punitiva. Con base en ello, es necesario preguntar qué ocurriría con la legitimidad del Estado postmoderno si no produjera el terror como instancia de consenso político?

Este modelo de Derecho es, en efecto, el engranaje fundamental de una máquina biopolítica que interviene con instrumentos adecuados para el control

---

<sup>951</sup> Véase *infra* Capítulo 3.

<sup>952</sup> Beriain, J., en el Prólogo de Beriain, J., (comp.), *Las consecuencias perversas de la modernidad*, op.cit., pág.13.

<sup>953</sup> Véase *supra* 2.5.b.

<sup>954</sup> Esta es la característica señalada por Foucault como integrante de las tecnologías de la sociedad de normalización. Véase *supra* 1.2.

<sup>955</sup> Cfr. Beriain, J., op.ult.cit., págs. 8-9.

de la subjetividad, sobre los procesos totales de producción de la vida.<sup>956</sup> En este sentido, la “realidad” como producto de las retóricas políticas lanzadas desde los centros de poder encargados de la producción y distribución de significaciones, requerirá para ser eficaz el concurso de las mayorías sociales. Como afirma Delgado, “es desde estas instancias que se tiene la sólida convicción de que un buen imaginario, debidamente ordenado y ordenador, es capaz de desarrollar cualidades mágico-afectivas capaces de vencer las fragmentaciones, las paradojas y las luchas de que el está hecho el mundo social tal y como es en verdad”<sup>957</sup>

El marasmo de la modernidad ha dejado al descubierto que la noción de riesgo social no consiste en una mera contingencia del entorno, sino que debe ser conectada con las consecuencias perversas del neoliberalismo. A partir de ello, los riesgos sociales resultan ampliados, reubicados y redefinidos. En este sentido, Beck sostiene que la noción de riesgo social en nuestro tiempo ya no hace referencia a cualquier tipo de drama o peligro, sino que *apunta directamente a las consecuencias de decisiones políticas tomadas tras las pertinentes ponderaciones de beneficios apropiables.*<sup>958</sup>

La sociedad de control es posible en tanto una intensificación de los instrumentos de la biopolítica, es decir, mediante una rearticulación de esos mecanismos de poder que logran establecer espacios ampliados de control. En efecto, la epistemología que propone el riesgo como instrumento de legitimación del Estado postmoderno, en primer lugar, recicla los paradigmas científicos de las ciencias naturales, técnicas y sociales, de manera que *pueda ser aplicada a fenómenos totalmente dispares*; en segundo lugar, permite convertir consecuencias que, inicialmente afectan a individuos, en riesgos que atañen a sectores de la población y que pueden ser descritos estadísticamente, tornándose calculables y, por ello, reconducibles a reglas actuariales para su reconocimiento, compensación y evitación. Sin embargo, como punto más relevante para nuestra investigación, es que este paradigma epistemológico permite eludir el conflicto jurídico de la causación al facilitar la determinación de una nueva compensación económica o de otra prestación, con independencia de las cuestiones de responsabilidad subjetiva o culpabilidad.<sup>959</sup> Frente a esta situación, el sistema penal se ha visto inmerso en un proceso de *adaptación* a las nuevas circunstancias, proceso que puede ser observado desde diversas ópticas.

En primer lugar, el riesgo opera como una herramienta fundamental del gobierno postmoderno, dentro del cual, de acuerdo con las construcciones realizadas por el discurso criminológico, el sistema penal se vería obligado a enfrentarse, entre otras circunstancias, a un aumento de las tasas de criminalidad, a la percepción de los fracasos de los programas de rehabilitación, a la lentitud y

---

<sup>956</sup> Negri, A., *Prefacio...*, op.cit., pág. 29; Deleuze, G., “*Post-scriptum...*”, op.cit., pág. 177.

<sup>957</sup> Delgado, M., “*Nuevas retóricas para la exclusión social*”, op.cit., pág. 13.

<sup>958</sup> Beck, U., *La sociedad del riesgo*, op.cit., págs. 67 ss.

<sup>959</sup> Prieto Navarro, E., “*Sobre los límites y posibilidad de la respuesta jurídica al riesgo*”, op.cit., pág. 39.

elevado coste de los programas de prevención del delito, etc.<sup>960</sup> No parece desacertado afirmar que, como consecuencia de ello, se produjo una crisis de legitimación, bastante extensa, de las instituciones penales.<sup>961</sup>

Asimismo, la ductilidad del mecanismo de control permitió la elusión de la puesta en cuestión del funcionamiento del sistema distinguiendo entre dos categorías de análisis, en primer lugar, los *riesgos sociales difusos* que agrupan a los riesgos de causalidad ambigua, con víctima difusa o lejana en el tiempo y en el espacio, de responsabilidad diluida y que se encuentran íntimamente conectados con decisiones políticas y económicas; suelen ser planteados como “cuestiones que nos afectan a todos” y que, en consecuencia, exigen una respuesta institucional de carácter global.

No obstante, la lógica de control neutral establecida por el riesgo hace que, como segunda categoría, *los riesgos sociales concretos sean definidos como riesgos de causalidad establecida, con víctima concreta, responsabilidad determinada y conectados a las acciones de determinados sujetos o colectivos portadores de riesgo, los cuales reciben respuestas de tipo penal*. En cualquier caso, *el rasgo inherente a ambas categorías hace que reciban una respuesta institucional que se materializa en la línea de la lógica actuarial*.<sup>962</sup>

No obstante aquella asimilación en el modelo de gestión, es dable destacar que ambos tipos de riesgo son “velados” discriminadamente, esto es, no son tratados con la misma intensidad por las estructuras comunicativas previstas en el sistema social, que previamente decidió la ubicación de los riesgos en una u otra categoría. Ante todo, estas estructuras –de carácter esencial resultan los mass media- tienden a reforzar en el imaginario social la gravedad de la incidencia y la inmediatez de los riesgos sociales concretos, relativizando, en consecuencia, la preocupación social por los riesgos difusos. De este modo, el poder de indeterminación que ostenta la categoría de riesgo permite que se ubique a la “lucha” contra el delito en sede de los los riesgos sociales concretos, como programa por medio del cual el sistema político intenta devolvernos la confianza en el funcionamiento del viejo esquema del contrato social, del Estado social ahora en crisis.

Aquel intento de legitimación se lleva a cabo de la mano de la lógica actuarial, ya que *“la gestión managerial de los riesgos sociales concretos devuelve la idea de peligro a un ámbito abarcable; influye a través de procesos de definición social, en la capacidad individual y colectiva, estructurando la interpretación que la población realiza de los fenómenos conflictivos sobre la base de un esquema binario seguridad- riesgo, al*

---

<sup>960</sup> Zaffaroni, E.R., /Alagia, A., /Slokar, A., *Derecho penal. Parte General*, op. cit., págs. 352 ss.

<sup>961</sup> Véase *supra* 2.8; 2.9, 2.9.a.

<sup>962</sup> Domínguez Figueiredo, J.L., /Rodríguez Basanta, A., “Lógica Actuarial, seguridad y sistema de justicia criminal”, en Da Agra, C., / Domínguez, L., /García Amado, J.A., /Hebberecht, P., /Recasens, A., (eds.), *La seguridad en la sociedad del riesgo. Un debate abierto.*, op.cit., págs. 329-351.

permitir un debate sobre su valoración, tolerancia y control, parece cumplir con la condición básica de tener presente la participación ciudadana.”<sup>963</sup>

Debido a que en la sociedad del riesgo el gobierno se dirige a reconducir y administrar los riesgos definidos como concretos, para convocar adhesiones a la fidelidad del sistema.<sup>964</sup> La búsqueda de la seguridad bajo estas coordenadas histórico-sociales es reconducida a una demanda de control de los riesgos concretos, asegurando su presencia en la mentalidad institucional y colectiva. A cambio de una democracia material sólo se nos ofrece una ensoñación: controlar lo que no son más que los riesgos producidos por el mismo sistema, a través de un discurso técnico que gestiona la construcción una subjetividad obediente.<sup>965</sup>

La ruptura con el paradigma organizador anterior, produce que la orientación jurídico penal aparezca como única herramienta eficaz<sup>966</sup> de todas las instancias de interacción, produciendo el vaciamiento del espacio público. La pérdida de confianza crea una gran cuota de incertidumbre, donde el riesgo y la catástrofe son reducidos a grupos que atentan contra los espacios “de seguridad” privatizados de las nuevas segmentaciones postfordistas.<sup>967</sup>

---

<sup>963</sup> Domínguez Figueiredo, J.L., /Rodríguez Basanta, A., “Lógica actuarial, seguridad y sistema de justicia criminal”, op.cit., págs. 339-340; el destacado nos pertenece.

<sup>964</sup> De Giorgi, A., *El gobierno de...*, op.cit., pág. 47, donde pone de manifiesto que “El nuevo internamiento se configura más bien como intento de definir un espacio de contención, de trazar un perímetro material o inmaterial en torno a poblaciones que resultan “excedentes” con respecto a un sistema de producción vigente, tanto a nivel global como metropolitano.”

<sup>965</sup> Cfr. Domínguez Figueiredo, J.L., /Rodríguez Basanta, A., “Lógica actuarial, seguridad y sistema de justicia criminal”, op.cit., pág. 348.

<sup>966</sup> Podemos afirmar que la estrategia del Estado actual es de carácter más sofisticado que la que tuvo en el Estado de Bienestar, es así que tanto Foucault, Deleuze o Negri, hablan del cambio de paradigma que se produce: en el modelo fordista de producción se gestó la sociedad disciplinaria; en la actualidad las sociedades del capitalismo tardío se puede hablar de sociedad de control, en la cual el Estado se ve obligado a hacer economía de su poder de control, y ello irá a traducirse en el cambio de la forma y del estilo con que resguarda *el orden interior*. Foucault, M., *La verdad y las formas jurídicas*, op.cit., págs. 164-166, sugiere que para economización de su poder, el Estado creará zonas vulnerables en las que asumirá un rol ausente. Como segunda característica de esta economía de poder, Foucault apunta a zonas de tolerancia en las cuales los controles cotidianos habrán de relajarse, puesto que éstos asumen un carácter regulador. El tercer aspecto de este nuevo orden interior, que es condición previa de los anteriores, es el sistema de información general que no busca un control individual, sino “más bien la posibilidad de intervenir en cualquier momento justamente allí donde haya la creación de un peligro, allí donde aparezca algo absolutamente intolerable para el poder”. Estos rasgos del nuevo orden funcionan a su vez a través de la creación de un consenso que pasa por toda esa serie de controles, coersiones e incitaciones que realizan a través de los *mass media* que va a hacer que el orden social se autoengendre, perpetúe, autocontrole a través de su propios agentes.

<sup>967</sup> En este sentido, como afirma De Giorgi, A., *Tolerancia Cero...*, op.cit., págs. 46-47, se trata de establecer mecanismos de control que trazan los confines con la “clase trabajadora”, “tarea en absoluto simple en una metrópolis productiva en la que la continua precarización del trabajo, su flexibilización creciente, la incertidumbre de conseguirlo y la constante superposición entre economía “legal” y economía sumergidas, informales o ilegales determina una progresiva sutura entre trabajo y desempleo, entre clases trabajadoras y clases peligrosas, hasta el punto de

En este contexto despolitizado, el estratagema “tolerancia cero” es algo indefinible, porque si bien podemos intuir que se trata de una retórica política, también, junto con De Giorgi, podemos decir que se trata de una tendencia subcultural o una filosofía popular, más que de una estrategia de política criminal.<sup>968</sup> Nos encontramos frente a una dinámica policial que redistribuye los espacios y las temporalidades. Busca legitimarse en dar solución a los problemas que afectan a la sociedad, y sabemos que el discurso se ha encargado de *concretarlos* en la gestión del riesgo de inseguridad frente a los excluidos. Se reinaugura una categoría discursiva en la que pueden ser anatematizados todos los problemas estructurales mediante la transformación en uno de carácter coyuntural, como la desviación, único problema gestionable cuando el Estado ha dejado de mediar entre el individuo y el mercado.<sup>969</sup>

El riesgo recorre la historia del discurso moderno y opera como dispositivo articulado por la gramática del *progreso* y la inclusión. Esta idea gira alrededor de una confianza indiscutida en el valor evolutivo de las transformaciones sociales, o en palabras de Rodríguez Martínez que “la incipiente modernidad no sólo *descubre el futuro*, no sólo se instala de cara a él con optimismo, sino que además empieza a distinguir distintos aspectos del mismo: fortuna, suerte, destino, previsión, cálculo, estrategia, inversión, azar”.<sup>970</sup> Por último subrayar que, aunque la noción de riesgo es típicamente moderna, los matices que adquiere en la *instancia final de la modernidad* lo reproducen como un concepto lo suficientemente desideologizado y conveniente para soslayar que, en realidad se trata de “el continuarse de lo que alguien empezase.”<sup>971</sup>

---

transformar en imposible la distinción entre unas y otras. Se trata, por lo tanto, de neutralizar la peligrosidad de estos grupos a través de técnicas de *prevención del riesgo* que cristalizan principalmente en formas de vigilancia, segregación urbana y contención carcelaria.

<sup>968</sup> Ibídem.

<sup>969</sup> Negri, A., /Hardt, M., *La fábrica de Dionisos*, op.cit., págs. 80-85, partiendo de conceptos marxianos, denominan esta *inmediación* como la *subsunción real de la sociedad en el Estado*.

<sup>970</sup> Rodríguez Martínez, J., “*El riesgo como utopía negativa: Notas para una reflexión*”, op. cit., pág.194.

<sup>971</sup> Haciendo referencia al título del artículo de Amadeu Recasens i Brunet, op. cit.



## CAPITULO 3. INMIGRACIÓN: GESTIÓN DE UN GRUPO DE RIESGO

### 3.1. Planteamiento

El presente capítulo lo dedicaremos al análisis de la figura del migrante irregular y de los mecanismos biopolíticos que despliega la soberanía postmoderna como forma de gobierno. En este sentido, para topografiar el nuevo paradigma de control hemos de considerar al migrante irregular como una subjetividad emergente que habla de la crisis de la sociedad salarial y de un derecho a la ciudadanía que no se acierta a pensar y practicar fuera del trabajo. Por lo tanto, tomaremos el estatus de irregularidad en cuanto nos permite cartografiar, en primer lugar, la construcción retórica de un espacio político europeo y, en segundo lugar, la gestión violenta de sus límites externos. En definitiva, este anclaje nos permite analizar tanto la crisis del Estado nación y de su reaparición como continente policial, como los trazados subjetivos del derecho flexible.

Para ello hemos de retomar la metodología propuesta por Mezzadra y Neilson que sostienen que el papel de las *fronteras* consiste en (re)diseñar los mercados de trabajo.<sup>972</sup> En consecuencia, el nuevo proletariado<sup>973</sup> conformado por trabajadores migrantes procedentes de los países más pobres es el ingrediente imprescindible para un mercado global en expansión. Ellos habrán de sufrir –de forma más rotunda que los demás trabajadores autóctonos– las políticas de desregularización y precarización laboral, y servirán como proyecto postmoderno de la estructura mínima del derecho flexible, es decir, marcarán las tendencias restrictivas del contenido de los derechos sociales.

Esta categoría de *no ciudadanos* tiene como finalidad producir el contenido de la ciudadanía postmoderna. Es por ello que entendemos necesario subrayar la importancia del papel que detenta el control de la inmigración y de cómo éste influye en la *normalidad* del Derecho penal y, por tanto, en qué medida el Derecho penal *normal* absorbe los análisis, juicios, perspectivas y planteamientos normativos del Derecho penal del control de la inmigración. Una de las consecuencias de los vínculos que se producen entre soberanía-frontera-mercado de trabajo consiste en la programación de una política de inmigración que sanciona leyes de extranjería que “irregularizan” con el objeto de expulsar a los migrantes de su condición de sujetos de derecho. Ellos son transformados en objeto de dispositivos de control cada vez más intensivos, debido a que como Rodríguez señala, “la falta de papeles se ha convertido en un régimen de control, fijación y coacción del trabajo mucho más eficaz que lo que a primera vista

---

<sup>972</sup> Mezzadra, S., Neilson, B., *Border as method, or the Multiplication of labor*, 2008, disponible en <http://eipcp.net/transversal/0608/mezzadraneilson/en>

<sup>973</sup> En el sentido dado al término por Hartdt, M., /Negri, A., *Imperio*, op.cit., págs. 63-64.

podiera parecer.”<sup>974</sup> Por tanto, los migrantes, la emergencia que sobre su presencia ha sido construida y las formas de control que van ejerciéndose, constituyen el paradigma de las nuevas estrategias de control.<sup>975</sup>

Actualmente, la función desregularizadora del Estado se traduce en la prioridad que se otorga a la irracionalidad de la competencia en el mercado, la libertad sin trabas que se concede al capital y las finanzas a expensas de todas las demás libertades, el desgarramiento de las redes de seguridad mantenidas por la sociedad y el desprecio de todas las consideraciones, salvo las económicas.<sup>976</sup>

En la órbita de la liberación cada vez más explícita de los deberes que competían al Estado nación, éstos abandonan el proyecto de la comunidad nacional como guardiana del derecho universal a una vida digna y se adhieren en su lugar a la promoción del mercado como garantía suficiente de una oportunidad universal de enriquecimiento, que profundiza aún más el sufrimiento de los nuevos pobres, añadiendo a la pobreza, por si no tuvieran bastante, la humillación y la negación de la libertad de consumo, ahora identificada con la humanidad.<sup>977</sup>

Si el capital necesita de Estados fortalecidos en su debilidad para asegurar su movilidad y para continuar desarrollándose sin restricciones, la regulación operativa eficaz es la gestión económica que satisface los requerimientos instantáneos del consumidor, y ya no de todos los hombres.<sup>978</sup> Consecuentemente, bajo los dictados de la temporalidad postmoderna, el papel

---

<sup>974</sup> Rodríguez, E., *El gobierno imposible...*, op.cit., pág. 26.

<sup>975</sup> En el mismo sentido, De Giorgi, A., *El gobierno de la excedencia...*, op.cit., *pássim*; los trabajos compendiados en Bergalli, R., (coord.) *Flujos migratorios y su (des)control...*, op.cit; Brandariz García, J.A., *Política criminal...*, op.cit., pág. 229, Portilla Contreras, G., “*La legislación...*”, op.cit., *pássim*; VV.AA., *Frontera Sur. Nuevas políticas de gestión y externalización del control de la inmigración en Europa*, Virus, Barcelona, 2008.

<sup>976</sup> El Estado se erigió como instrumento neutral para asegurar el libre juego de los intereses económicos de la clase dominante, y funcionalizó sus postulados al servicio de la burguesía, reconociendo la libertad y la igualdad, reducida al plano formal, sin encontrar correspondencia en el plano social y económico. El garantismo liberal burgués establece el Derecho positivo como el único existente, de allí que como afirman Lucas, V., /Lucas, M., *Manual de Derecho Político*, Vol. I, Madrid, 1987, pág. 270, “El garantismo jurídico es la técnica encaminada a convertir a la burguesía insatisfecha en ciudadanía satisfecha dentro de un ordenamiento jurídico-constitucional seguro: El Estado liberal de Derecho.”

<sup>977</sup> Cfr. Bauman, Z., *La sociedad individualizada*, op.cit., pág. 101. Este autor en su libro *Trabajo, consumismo y nuevos pobres*, (trad. Boschioli), Barcelona, Gedisa, 2000, págs. 139-140, afirma que “tanto en lo económico como en lo político, la comunidad de los consumidores postmodernos vive y prospera sin que el grueso de sus miembros esté obligado a cargar con la cruz de pesadas jornadas industriales. En la práctica, los pobres dejaron de ser su ejército de reserva, y las invocaciones de la ética del trabajo suenan cada vez más huecas y alejadas de la realidad. Los integrantes de la sociedad contemporánea son ante todo consumidores; sólo en forma parcial y secundaria son también productores. Para ajustarse a la norma social, para ser un miembro consumado de la sociedad, es preciso responder con velocidad y sabiduría a las tentaciones del mercado de consumo.”

<sup>978</sup> *Ibíd.*



del Estado actual se reduce a crear las condiciones de orden eficaces para que el capital continúe su distintiva forma de acumulación.<sup>979</sup>

En este contexto, la pobreza deja de ser tema de políticas sociales para devenir un asunto de criminalización.<sup>980</sup> Los pobres, como apunta Bauman, ya no son los marginados de la sociedad de consumo, son los enemigos declarados de la sociedad. Al criminalizar la pobreza se ayuda a desterrar a los pobres del mundo de las obligaciones morales; al convertirse en criminales –reales o posibles- los pobres dejan de ser un problema ético y nos liberan de la responsabilidad por el bienestar de los débiles, infortunados, sufrientes.<sup>981</sup>

En este contexto, analizar las mutaciones en los dispositivos de control nos acerca a observar también los nodos en los que la legitimidad de la intervención del Estado postmoderno comienzan a transformarse bajo la epistemología del riesgo. Esta última permite que la lógica actuarial active los dispositivos de control de los migrantes en forma de modulaciones y abandone las gramáticas disciplinarias.<sup>982</sup>

Como consecuencia, la soberanía imperial traza un *borde möbius*. Recortadas en esta figura post-euclídeana, las fronteras ya no son límites que dividen territorios, sino que crean espacios gestionados más abiertos o más cerrados de acuerdo con la velocidad que impone el mercado líquido. Los dispositivos de control de los flujos migratorios operan como *cámaras de descompresión*;<sup>983</sup> que cuentan con procesos de análisis de información que

---

<sup>979</sup> Negri, A., *La fábrica de porcelana...*, op.cit., *pássim*; Rodríguez, E., *El gobierno ...*, op.cit., págs. 123 ss.; Boltansky, L., /Chiapello, E., *El nuevo espíritu del capitalismo*, op.cit., págs. 79 ss.

<sup>980</sup> Entre otros, Negri, A., Hardt, M., *El trabajo de dionisos*, op.cit., pág. 95; De Giorgi, A., *El gobierno de la excedencia...*, op.cit., pág. 77, cuando afirma que “la gestión de la desocupación y la precariedad social parece haber emigrado desde el universo de las políticas sociales al de la política criminal”; Wacquant, L., *Las cárceles...*, op.cit., págs. 67 ss.; Anitua, I., “*La inmigración y los discursos de la seguridad*”, op.cit., pág. 143; Young, J., *The vertigo in late modernity...*, op.cit., págs. 27 ss.

<sup>981</sup> Bauman, Z., *Trabajo, consumismo...*, op.cit., pág. 125, señala que no es posible reprimir por completo el impulso moral; en consecuencia la expulsión del mundo de toda obligación moral nunca puede ser completa, aunque se silencie a las conciencias con el continuo bombardeo de informaciones sobre la depravación moral y las inclinaciones delictivas. En este mismo discurso se acusa al Estado de bienestar de fomentar la “dependencia de los pobres” y opera para desmontarlo. La responsabilidad es la primera víctima en esta guerra santa contra la dependencia, puesto que la dependencia del “otro” es sólo el reflejo de la responsabilidad propia, el punto de partida de cualquier relación moral y el supuesto en que basa toda acción moral. Al mismo tiempo que denigra la dependencia del otro como un pecado, la ética del trabajo, en su versión actual, ofrece un alivio a los escrúpulos morales de los ricos; del mismo, *Vida de consumo*, Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 2007; Young, J., *The vertigo in late modernity*, op.cit., págs. 45 ss.

<sup>982</sup> San Martín Segura, D., “*El riesgo como dispositivo de gobierno en la sociedad de control. Algunas notas sobre Frontex*”, en Brandariz García, J.A./ Fernández de Rota, A./González, R., *La globalización en crisis. Gubernamentalidad, control y política de movimiento*, Universidad Libre Experimental y Universidade Invisível, Málaga, 2009, págs. 51-68, en especial, 58-61.

<sup>983</sup> Mezzadra, S., Neilson, B., *Border as method, or the Multiplication of labor*, op.cit.

modulan las prácticas biopolíticas del control; para la operatividad de estos mecanismos se requiere la flexibilización del derecho moderno devenida de la atemporalidad de la excepción.<sup>984</sup>

En este sentido, la legitimidad del derecho flexible evidentemente tiene otras valencias y opera en planos distintos a aquella del Estado nación. A medida que se va tejiendo el discurso del riesgo, podemos observar un “ajuste” que tiene dos aspectos; el primero de ellos es material, del cual somos testigos cotidianamente, pero ligado a él apreciamos también un ajuste discursivo.<sup>985</sup> Este último, al mismo tiempo que retira de circulación otros discursos, instala en el centro como hegemónico y único el discurso económico, representando la realidad en un plano unidimensional. Ello nos priva de la posibilidad de construir otros causes que permitan y reproduzcan la creación de lazos sociales;<sup>986</sup> esta situación generará serias consecuencias en lo atinente a categorías epistemológicas, materiales y subjetivas como son la *seguridad, el orden y el control*.

En la medida en que el discurso impone un lazo únicamente económico, resta una mayor parte de la sociedad por fuera del mismo, excluida del lazo social, fuera de la *realidad* de la humanidad. Decidimos resaltar el ajuste sufrido por el discurso y también del lazo social porque es desde estos términos en los que habremos de hablar del cambio en el estatuto de la ley penal. Debido a que la política criminal, obviamente, no queda al margen de esta depauperización del contenido de los derechos humanos en virtud de la transformación sufrida por el Estado y sus instituciones, se convierte en política punitiva.<sup>987</sup> Asimismo, al hablar del estatuto de la ley penal actual estamos haciendo referencia a la producción de un nuevo contenido para el “universal”<sup>988</sup> que necesariamente se amalgama con *el nuevo orden*, dando lugar a sucesivas articulaciones entre los dispositivos de control y las concepciones de seguridad.<sup>989</sup>

Como consecuencia, el topograma postmoderno se diseña mediante la proliferación de los sistemas de vigilancia total, policías secretas, sistemas informáticos que gestionan crecientes cuotas de información sobre los ciudadanos.<sup>990</sup> Según explica Rivero Sánchez “el desequilibrio se produce gracias

---

<sup>984</sup> Véase *supra* 2.4.

<sup>985</sup> Lewkowicz, I., *Pensar sin Estado...*, op.cit., pág. 61, señala que mientras que la modalidad nacional remitía al diagrama de la reclusión, la actual instala la expulsión. La reclusión es un lugar y un discurso; la expulsión funda un afuera sin lugar.

<sup>986</sup> Problemática que será abordada en el capítulo 5.

<sup>987</sup> Baratta, A., “*Seguridad*”, op.cit., *pássim*.

<sup>988</sup> De Lucas, J., “*Nuevas estrategias de estigmatización. El Derecho frente a los inmigrantes*”, en Portilla Contreras, G., (coord.), *Mutaciones de Leviatán*, op.cit., págs. 213 ss.

<sup>989</sup> Véase *supra* 2.9.a.

<sup>990</sup> Lyon, D., *El ojo electrónico. El auge de la sociedad de vigilancia*, op.cit., *pássim*, en su primer capítulo efectúa una excelente correlación entre el derecho a la intimidad y la desbordante política del uso de los medios electrónicos como una de las principales dimensiones institucionales. “El conocimiento especializado fortalece el poder de toda institución moderna, y consideradas conjuntamente éstas parecen colonizar ámbitos cada vez más amplios de la denominada vida

a la perversión de la estructura de poder de la sociedad que se dice democrática. Perversión en virtud de la cual, el poder administrativo se desvincula del comunicativo.”<sup>991</sup>

Es por ello, y de acuerdo con lo que hemos analizado, el objetivo que traza los contornos de este capítulo está comprendido por la compleja hibridación de una racionalidad neoliberal y otra de corte (neo) conservador en lo atinente al perfil de las estrategias de control en la transición paradigmática de los procesos globales.<sup>992</sup>

No obstante, hemos de tener en cuenta que no se trata de cambios puros, sino de sucesiones espacio-temporales que se imbrican para dar lugar a topologías no del todo definidas, nítidas. La confluencia de distintos “modelos” para el despliegue del control nos lleva a analizar esta problemática desde un punto de vista móvil.

### 3.2. Los dispositivos de control de la inmigración irregular

Con el objeto de analizar los dispositivos diseñados en virtud de las necesidades de orden, seguridad y control invocadas por el Estado postmoderno, emprendemos el análisis de la relación entre economía y ejercicio de control social penal, *mediada* por la representación social de la misma.<sup>993</sup> En este sentido,

---

privada. Las categorías y clasificaciones impuestas, se trata del momento para ejecutar una tarea laboral, reclutar tropas o calcular riesgos sanitarios o de delincuencia, inducen, según Foucault, distinciones progresivamente marcadas entre la conducta aceptable y la inaceptable. Esto a su vez define al individuo humano “normal”, creando así lo que conocemos como orden social. De este modo se produce a las personas como sujetos, o más exactamente como objetos”, *ibídem*, pág. 22.

<sup>991</sup>Rivero Sánchez, J.M., *Episteme y Derecho...*, op.cit., pág. 201.

<sup>992</sup> Garland, D., *La cultura del control...*, op.cit., págs. 160 ss.

<sup>993</sup> Si bien el estudio particularizado de la influencia de los medios de comunicación en la “sensación subjetiva de inseguridad” y su consecutiva demanda hacia el poder público podría ser por sí mismo un tema de investigación, en vistas de la entidad del mismo, no obstante consideramos que podría resultar interesante efectuar algunas precisiones. De conformidad con lo expresado en el párrafo, los medios de comunicación presentan y así construyen la “realidad” de la conflictividad social de una manera sesgada y reducen así los elementos perturbadores de la *pax pública*. A través de su retórica queda reducido el núcleo de la inseguridad a los fenómenos de violencia urbana o pequeña delincuencia. Los términos en los cuales estos agentes, en la era global, construyen “ideologías” atinentes a este tipo de criminalidad cuentan con las siguientes características: en primer lugar, una tendencia a plantear las cuestiones de forma dicotómica, la configuración de binomios del tipo bueno –malo; amigo-enemigo; así se erigen estereotipos simplificados y de fácil consumo que identifican como delincuencia sólo a una parte mínima del universo de dañosidad social, presentada asimismo con grandes cuotas de “sensibilismo y dramatismo” como retórica que vende más; ello, en la era de la información, esto es, la “información” se presenta simplificada, rápidamente, en “flash informativo”, creando así estados de alarma social provocada por determinados estereotipos criminales. Obviamente los medios de comunicación, en esta tarea de producir el discurso del miedo a la delincuencia callejera y de los sujetos marginados, no se encuentran solos. En la actualidad se da una interrelación entre ellos, las agencias de criminalización secundaria que

la creciente demanda de penalidad de rasgos vindicativos interviene como combustible para el movimiento de los ciclos punitivos; en segundo lugar, rearticula los elementos de la relación, los tiempos y los espacios. En tercer lugar, la moral imperial, organizará un “universal” que aliente los devenires del control de la sociedad postindustrial. Como pone de manifiesto De Giorgi, “El clima moral propagado por la sociedad puede ser considerado como el término de mediación entre dinámicas de la economía y prácticas de control.”<sup>994</sup>

Frente a ello, en este capítulo indagaremos respecto de las formas que asumen las estrategias de control de la inmigración irregular, ya que encontramos que en éstas confluyen, 1) las líneas de ejecución de la criminología actuarial junto con las posturas neo conservadoras cuyo transfondo retórico puede ser denominado como “populismo punitivo”,<sup>995</sup> todo ello impregnado por la tendencia de la sociedad global a la 2) confusión entre lo militar y lo policial que se plasma en la *cultura de la excepción*. En esta transición, la medida que tiene “la forma jurídica” para normar lo real adquiere los rasgos de la excepción y de la flexibilización de las garantías que hacían a la legitimidad de las acciones del Estado. Entre estos movimientos 3) el Derecho deviene flexible, un contorno *möbius* que organiza y desterritorializa, simultáneamente, los espacios de inclusión/exclusión del imperio,<sup>996</sup> inaugurando una compleja e híbrida “universalidad” postfordista.<sup>997</sup>

En este sentido, han sido objeto de tratamiento las características de cada una de estas tres vertientes que confluyen en lo que hemos dado en llamar “el (nuevo) estatuto de la ley penal” en los capítulos anteriores; aquí nos proponemos el análisis de la figura del migrante sin papeles y las estrategias de control de la “ilegalidad” bajo la gestión de la movilidad subordinado a las fluctuaciones del mercado de trabajo.<sup>998</sup>

---

actúan en la calle, junto con demás actores sociales que fomentan la creación de fobotipos. Véase Barata, F., “*Los mass media y el pensamiento criminológico*”, en Bergalli, R., *Sistema social y problemas penales*”, op.cit., pág. 504 ss.; Silva Sánchez, J.M., *La expansión del Derecho penal*, op.cit., págs. 37 ss.; Brandariz García, J.A., “*Itinerarios de evolución del sistema penal*”, op.cit., pág. 38; Baucells Lladós, J., Peres-Neto, L., “*Discurso televisivo sobre el crimen: los programas especializados en sucesos*”, en García Arán, M./ Botella Corral, J., *Malas noticias...*, op.cit., págs. 109 ss.; en la misma obra, Rebollo Vargas, R., “*Oleadas informativas y respuesta político-criminal (a propósito de los robos en residencias)*”, op.cit., págs. 72 ss; asimismo véanse *supra* 2.9.b; 2.9.c.

<sup>994</sup> De Giorgi, A., *El gobierno de la excedencia...*, op.cit., pág. 84.

<sup>995</sup> Larrauri Pijoan, E., “*Populismo punitivo y penas alternativas a la prisión*”, en Bacigalupo, S., /Cancio Meliá, M., (coords.), *Derecho penal y política transnacional...*, op.cit., págs. 296 ss.

<sup>996</sup> En el mismo sentido, De Giorgi, A., *El gobierno de la excedencia...*, pág. 89, “*el nuevo territorio del capital global es el Imperio, el “espacio liso” a través del cual circulan, sujetos a regímenes de control debidamente diferenciados, flujos de dinero, de fuerza de trabajo y de información*”; el subrayado es agregado.

<sup>997</sup> *Ibidem*, págs. 120, 132.

<sup>998</sup> Faraldo Cabana, P./Brandariz García, J.A., *Introducción. Postfordismo y nueva economía política de la pena*, en De Giorgi, A., *El gobierno de la excedencia...*, op.cit., págs. 33 y 34.

Como consecuencia de lo anterior, el sistema penal, en la medida en que incorpora mecanismos de aseguramiento cognitivo, tiende a neutralizar fácticamente el fenómeno delictivo y se “administrativiza.”<sup>999</sup> En virtud de ello, se enfrenta con crecientes problemas de legitimidad debido a que la legislación penal avanza, en la sociedad del riesgo, por el camino autoritario de la gestión con criterios de legitimación exógenos y que no concurren con los principios de garantía liberales.<sup>1000/1001</sup>

A partir del momento en que el Estado asume la gestión y el control de los intereses comunes, mediante la administración y la sanción, el sistema penal experimenta sucesivas transformaciones.<sup>1002</sup> Luego de la Segunda Guerra Mundial fue reclamada la intervención del Estado en la esfera social, lo que dió lugar en las legislaciones penales europeas –siguiendo el modelo alemán<sup>1003</sup>- a una tendencia a la incriminación de conductas que se caracterizaban porque en la *conciencia de los particulares son concebidas como neutrales*, al no existir, desde el punto de vista ético-valorativo, una clara conciencia de su antijuridicidad.

Así surge, en contraposición con el Derecho penal nuclear, el Derecho penal administrativo en el cual lo que se constituye como el objeto de la sanción es la violación de reglamentaciones administrativas que tienen trascendencia en el ámbito económico. El Derecho penal accesorio tiene como contenido delitos que, con independencia de que se ubiquen en el Código o en leyes especiales, van referidos a un sector de actividad en el que generalmente existe ya un previo control por parte del ámbito administrativo.<sup>1004</sup>

---

<sup>999</sup> Cfr. Silva Sánchez, J.M., *La expansión...* op. cit., pág. 142; véase *infra* 3.2.

<sup>1000</sup> Por todos, Zúñiga Rodríguez, L., *Política Criminal*, op.cit., págs. 257 ss., Maqueda Abreu, M.L., *“Políticas de seguridad y Estado de Derecho”*, op.cit., pág. 1297.

<sup>1001</sup> Navarro Cardoso, F., *“El Derecho penal del riesgo y la idea de seguridad...”*, op.cit., pág. 1328; Zaffaroni, E.R., /Alagia, A., /Slokar, A., *Derecho Penal*, op.cit., págs. 16; 155; 320; 375.

<sup>1002</sup> Mir Puig, en *“Función y límites de la intervención estatal”*, Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada, núm. 12, 1987, págs. 243 ss., destaca que “el peligro es doble. Por una parte, un Estado intervencionista puede caer en la tentación de utilizar el Derecho penal como apoyo de una política de gobierno determinada. Es éste el riesgo más intolerable, que tiende a la maximalización de la eficacia del poder público. Por otra parte, el Estado social puede confundir la necesidad de favorecer determinados intereses colectivos, *difundidos* entre amplias capas de la población, con la conveniencia de una intervención penal para prevenir su ataque. La bondad de una acción de gobierno para la colectividad no justifica *sin más*, que busque el apoyo en un arma tan lesiva como el Derecho penal.”

<sup>1003</sup> Corcoy Bidasolo, M., *“Límites objetivos y subjetivos a la intervención penal en el control de riesgos”* en *Política criminal en Europa*, Mir Puig, S., Corcoy Bidasolo, M., (dirs.), Gómez Martín, V., (coord.), Ed. Atelier, Barcelona, 2004, pág. 27, donde analiza la evolución descrita por las actividades estatales, señalando que, desde fines del siglo XIX hasta el primer cuarto del siglo XX, en la legislación penal alemana se ha ido desarrollando una extensa legislación penal accesorio de regulación de crecientes ámbitos de actividad.

<sup>1004</sup> Véase en este punto, entre otros, Schünemman, B., *Temas actuales y permanentes del Derecho penal después del milenio*, (trad. Silva Sánchez), Tecnos, Madrid, 2002, en especial *“El refinamiento de la dogmática jurídico penal. ¿Callejón sin salida en Europa? Brillo y miseria de la ciencia jurídico penal*

En este contexto, se ha planteado la cuestión de si la diferencia entre el Derecho penal nuclear y el accesorio es cualitativa o cuantitativa. Sin embargo, ésta no depende tan sólo de cuestiones que versan sobre la naturaleza sistemático-jurídica, sino que tienen asiento en decisiones político-criminales y fundamentalmente en la temporalidad de la soberanía y el espacio de la forma Estado. De allí que lo relevante sea comprender que se desenvuelve en un determinado contexto histórico, imbuido de una ideología determinada, configurándose la política criminal consecuente con ella.<sup>1005</sup> Sin embargo, es dable destacar que el Derecho penal accesorio es cuestionado en la medida en que se discute la legitimidad de la intervención penal en esos ámbitos.<sup>1006</sup>

En este sentido, cierta parte de la doctrina<sup>1007</sup> concibe que el Derecho penal nuclear –*kernstrafrecht*– encuentra fundamento en la protección de bienes jurídicos individuales mediante la confección de tipos penales de lesión. Por su parte, el Derecho penal accesorio – *nebenstrafrecht*– se orienta a la protección de bienes jurídicos supraindividuales, utilizando como técnica la tipificación de delitos de peligro y el constante recurso a leyes penales en blanco. Es por ello que este ámbito es objeto de críticas en lo referente a la legitimación de la protección de los bienes jurídicos colectivos,<sup>1008</sup> en cuanto afectan a los principios del Derecho penal nuclear.<sup>1009</sup>

Sin embargo, la división establecida por la doctrina deja de lado la decisión política de la asignación de cada una de las actividades que pretende ser regulada y la epistemología del riesgo que las acompaña. Aunque con talante crítico se construyen sistematicidades y nuevas categorías dogmáticas, queda

---

*alemana*”, op.cit., págs.11-24; “Las reglas de la técnica en Derecho penal”, op.cit., págs.153-185; “Sobre la dogmática y la política criminal del Derecho penal del medio ambiente”, op.cit., págs. 185-223.

<sup>1005</sup> Zaffaroni, E.R., /Alagia, A., /Slokar, A., “Derecho penal. Parte general”, op.cit., págs. 487 ss.

<sup>1006</sup> Silva Sánchez, J. M., *La expansión...*, op.cit. pág. 15; Gracia Martín, L., *Prolegómenos para la lucha...*, op.cit., págs. 48 ss.

<sup>1007</sup> No sólo, pero principalmente provenientes de la Escuela de Frankfurt.

<sup>1008</sup> En relación a los delitos de peligro, entre otros, Méndez Rodríguez, C., *Los delitos de peligro y sus técnicas de tipificación*, Servicio de Publicaciones de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1993; Corcoy Bidasolo, M., “Delitos de peligro y protección de bienes jurídico penales supraindividuales”, Tirant lo blanch, Valencia, 1999; de la misma “Límites objetivos y subjetivos a la intervención penal en el control de riesgos”, en Mir Puig, S., /Corcoy Bidasolo, M., (dirs.), Gómez Martín, V., (coord.) *Política criminal y reforma penal*, BdF, Buenos Aires, 2007, págs. 36 ss.; Soto Navarro, S., *La protección penal de los bienes jurídicos colectivos en la sociedad moderna*, Comares, Granada, 2003; Mendoza Buergo, B., *Límites dogmáticos y político criminales de los delitos de peligro abstracto*, Comares, Granada, 2001.

<sup>1009</sup> Este punto hemos de desarrollarlo al momento de analizar las derivas del *derecho penal del enemigo* en el próximo capítulo. Véase entre otros, Gómez Martín, V., “Cultura del control, sociedad del riesgo y política criminal”, en Mir Puig, S., /Corcoy Bidasolo, M., ... *Política criminal y reforma penal...*, op.cit., págs. 71 ss., en la misma obra, Mir Puig, S., /Alcácer Guirao, R., “Cambio de orientación en la política criminal española: últimas reformas del Código Penal”, op.cit., págs. 121 ss.; Gracia Martín, L., *Prolegómenos...*, op.cit., *pássim*; Silva Sánchez, J.M., *La expansión...*, op.cit., *pássim*; Diez Ripollés, J.L., *La política criminal en la encrucijada...*, op.cit., págs. 56 ss.

soslayada, bajo la retórica tecnocrática de la sociedad del riesgo, la decisión política fundamental respecto del trazado de la soberanía y la legitimidad. En tanto que el Estado ha asumido la función de aseguramiento (en términos de eficacia, la mayoría de las veces en el plano simbólico) a través de la regulación de amplios sectores, la legitimación de la función política tiende a quedar relegada a la gestión de los riesgos que pudieran afectar al sistema, es decir “la política no se orienta a la realización de fines prácticos, sino a la resolución de cuestiones técnicas.”<sup>1010</sup>

En este sentido, no debemos perder de vista que este modelo de Estado hace pasar desapercibidas cuestiones políticas disfrazadas de cuestiones técnicas, sin embargo, este déficit de legitimación ha quedado encubierto en la democracia formal limitada exclusivamente a la participación electoral.<sup>1011</sup>

De esta forma, las políticas criminales *glocales* asumen la gestión de los fenómenos *globales* y, dan lugar al surgimiento de un poder punitivo *flexible e intensivo*. El estatuto intensamente flexible del Derecho hace referencia tanto a la cantidad como a la calidad de las prohibiciones y penas por él previstas; asimismo, desde un plano valorativo, *la flexibilidad e intensidad* se utilizan como términos críticos frente a una decisión estatal de ampliar los ámbitos sociales abarcados por la potencia punitiva.<sup>1012</sup>

En este sentido, el carácter *flexible* del Derecho penal se expresa en un constante deterioro de la rigidez que oponen las garantías constitucionales al ejercicio de la potencia punitiva estatal. El Derecho penal de la globalización se caracterizará por ir disminuyendo el rigor de los principios y garantías del paradigma liberal a través de la incorporación de tipos penales abiertos, de peligro abstracto, produciendo la “flexibilización de las reglas de imputación”<sup>1013</sup> así como también de las garantías procesales,<sup>1014</sup> lo que se hará evidente sobretodo en el plano formal cuando la promulgación de leyes penales se hace efectiva frente a la amenaza representada por la criminalidad.<sup>1015</sup> No obstante, como ha sucedido en cada rearticulación de la potencia punitiva a lo largo de la historia, se trata más bien de una traducción de los conflictos a los que, en principio, el Derecho penal estaría llamado a atender. En este ámbito, se trata una

---

<sup>1010</sup> Habermas, J., *Ciencia y técnica como ideología*, op. cit., pág. 84.

<sup>1011</sup> Nino, C.S., *La constitución de la democracia*, Primera Reimpresión, Gedisa, Barcelona, 2003, págs. 19 ss. y 251-254.

<sup>1012</sup> Cfr. Navarro Dolmestch, R., “Reconfiguración del sistema de fuentes del Derecho penal y amenaza de crisis del principio de legalidad: La incorporación del Derecho internacional convencional y el fenómeno de la globalización”, en Faraldo Cabana, P. (dir), Brandariz García, J.A./Puente Alba, L.M., (coords.), *Nuevos retos del Derecho penal en la era de la globalización*, op.cit., págs. 161-162.

<sup>1013</sup> Cfr. Silva Sánchez, J.M., *La expansión del Derecho penal*, op.cit., pág. 81.

<sup>1014</sup> Este tema será desarrollado *in extenso* en el próximo capítulo cuando tengamos oportunidad de analizar el *derecho penal del enemigo*.

<sup>1015</sup> Para un exhaustivo análisis sobre la relación entre criminalidad e inmigración, véase Monclús Masó, M., *La gestión penal de la inmigración. El recurso al sistema penal para el control de los flujos migratorios*, Del Puerto, Buenos Aires, 2008, págs. 257-343.

vez más de una reinterpretación de la “amenaza” construida y, por ello, neutralizable como un problema de eficaz gestión de un “grupo de riesgo”<sup>1016</sup> que amplía los espacios de arbitrariedad y selectividad tan caros al poder punitivo.

La crítica doctrinal que sostiene que el sistema penal cuando regula los riesgos difusos deviene crecientemente simbólico, radica en el hecho de que ha ido asumiendo funciones que no le corresponden, pero sobre todo, pretensiones que no es capaz de cumplir. Asimismo, argumentan que el recurso penal fracasa cuando se le asignan funciones de control de complejos sistemas sociales, como los derivados del sistema de mercado global, cuando la tutela propuesta es sólo simbólica<sup>1017</sup>

Asimismo, la doctrina sostiene que el Derecho penal sería utilizado de manera simbólica, lo que bien podría tranquilizar a los votantes por un breve lapso, pero a la larga haría colapsar el sistema, puesto que el carácter simbólico se manifiesta en transmitir a la sociedad un sentimiento de seguridad y confianza en el actuar de las instituciones a partir de las nuevas segmentaciones producidas por el control social de los *riesgos concretos*.

Concomitantemente, el propio sistema, al caracterizar los riesgos como difusos, se exonera de la efectividad del control; en este sentido el riesgo opera de forma diversa a como lo hace con los de carácter concreto. Para los primeros, por su propia naturaleza, las regulaciones serán simbólicas *stricto sensu* ya que aquí el riesgo opera como legitimante de los procesos neoliberales. La epistemología del riesgo en estos casos construye un discurso de incertidumbre e incapacidad de previsión; en cambio, para los de carácter concreto, el *simbolismo* se expresa en la construcción del *peligroso* y su exclusión, ya que el actuar gubernamental persigue una doble finalidad: de estabilidad social –pues la confianza institucional es una forma de integración social que confirma la estabilidad del sistema- y de apartamiento social del delincuente, que de esta manera pasa a ser portador de una respuesta de carácter simbólico que se construye a su costa.<sup>1018</sup>

Frente a la intensa expansión del estatuto de la ley penal se configuran discursos críticos de distinto talante. Sin embargo, entendemos que el discurso de la *descriminalización* no es suficientemente crítico, debido a que no está en condiciones de mostrar cuáles de las conductas son susceptibles de ser criminalizadas y cuáles no. Otro discurso que tiende a encontrar respuesta a estos interrogantes es el del Derecho penal democrático. Este discurso deberá efectuar un intento de definición del concepto de democracia del que parta, a fin de que el carácter democrático no quede vacío y con ello permita ser legitimador de cualquier sistema penal.<sup>1019</sup>

---

<sup>1016</sup> Baratta, A., “Seguridad”, op.cit., pág. 9.

<sup>1017</sup> El carácter simbólico del derecho penal constituye una variable que atraviesa el presente trabajo. Trabajaremos con este concepto, en especial, en los capítulos 4 y 6.

<sup>1018</sup> Zúñiga Rodríguez, L., *Política Criminal*, op.cit., pág. 256 ss.

<sup>1019</sup> Véase *infra* el Capítulo 5.



El gran problema, advertido ya por Ferrajoli,<sup>1020</sup> es que los Estados actuales, frecuentemente se autodenominan como democráticos y en nombre de la defensa de la democracia se preocupan por repartir, de manera inequitativa, una dosis de dolor extraída del aparato de represión jurídico penal. Porque en el contexto de la globalización se cambia sustancialmente de perspectiva en el tratamiento de los efectos del sistema socioeconómico sobre los sectores menos favorecidos, ya que el modelo asistencial se “ve sustituido por una aproximación que pone en primer término el paradigma del control.”<sup>1021</sup>

Las observaciones anteriores acercan la conclusión de que un correcto planteamiento del problema debe abogar por la implementación de un Estado de Derecho, social y democrático, por la implantación de su lógica, como única fuente válida para otorgar legitimidad a sus normas.<sup>1022</sup>

Por su parte, la teoría democrática de los Derechos fundamentales otorga sentido a estos derechos en virtud de la función político-democrática que deben desempeñar; así, como pone de manifiesto Angela Figueruelo, éstos deberán “permitir la participación del pueblo soberano en el proceso democrático de formación de la voluntad política así como su participación en los asuntos políticos. De ello se desprende que a estas categorías de Derechos pertenecen el Derecho de sufragio activo y pasivo, la protección del pluralismo, la constitucionalización de los partidos políticos, el Derecho de asociación y las demás formas de participación pública. En estos Derechos la libertad no es un fin en sí misma sino que se trata de una libertad orientada hacia el proceso político-democrático.”<sup>1023</sup> Porque pese a todas sus ambiciones universalistas, la consecuencia práctica de esa apelación a los Derechos humanos y de las reivindicaciones en aras a su reconocimiento supone establecer frentes de batalla para volver a trazar las líneas divisorias a lo largo de las cuales se desatarán conflictos siempre nuevos.<sup>1024</sup>

---

<sup>1020</sup> Ferrajoli, L., *Derechos y garantías. La ley del más débil*, (pres. y trad. Perfecto Andrés Ibáñez), Trotta, Madrid, 1999.

<sup>1021</sup> Cfr. Brandariz García, J.A., “Itinerarios de evolución del sistema penal...”, op.cit., pág. 17.

<sup>1022</sup> Baratta, A., “Seguridad”, op.cit., pág. 21; Pérez Cepeda, I., *La seguridad como fundamento...*, op.cit., pág. 353.

<sup>1023</sup> Figueruelo, A., Texto readaptado de la Conferencia Inaugural del II Curso de Formación Continua sobre “Derecho Hispanoamericano para Traductores de Naciones Unidas”, pronunciada en la Universidad de Salamanca, el 11 de noviembre de 2002, texto mecanografiado.

<sup>1024</sup> Bauman, Z., *Comunidad...*, op. cit., pág. 91, pone de manifiesto que “está en la naturaleza de los Derechos humanos el hecho de que aunque se hayan formulado para ser disfrutados de forma individual, sea preciso luchar por ellos y conquistarlos de forma colectiva, y sólo puedan otorgarse de forma colectiva, esta cuestión necesita convertirse en una cuestión de juego en el planteamiento colectivo de las reivindicaciones.” Baratta, A., “Seguridad”, op.cit., pág. 16, afirma: “sólo el proceso democrático (y no la administrativización tecnocrática de la desigualdad y de los riesgos) puede permitir el proyecto de una política de seguridad entendida como política de derechos, porque sólo esto es, al mismo tiempo, un proyecto de seguridad de la ciudadana y un proyecto de ciudad, de comunicación política, de sociedad.”

Esta fuente de legitimidad se encuentra íntimamente relacionada con el ejercicio del poder comunicativo, y a partir de allí, conectada directamente con los discursos de formación de la opinión y toma de decisiones colectivas. Sólo de esta forma se pueden denunciar los fraudes de etiquetas de un programa punitivo que se autoproclama democrático cuando no lo es. Para el análisis, resulta decisivo comprender que en la raíz de las transformaciones postfordistas encontramos una superposición entre producción y comunicación, entre acción instrumental y acción comunicativa.<sup>1025</sup>

### 3.2.a. Less Eligibility

Con el objeto de comenzar a diseñar el contenido de la democracia del que partimos para contener el intento de homogeneizar la multitud por parte de la potencia punitiva, este epígrafe tendrá por objeto estudiar qué resta de las mediaciones efectuadas por la política en el Estado postmoderno en el marco de la lógica del riesgo. Abandonado el proyecto inclusivo de la modernidad, la criminalidad es contemplada a través del cristal de la falacia determinista, en tanto concebida como de imposible reducción y, en este sentido, los objetivos para su control serán determinables en función de una asignación de recursos estatales escasos, lo cual produce que las estrategias de control se concentren en grupos considerados de riesgo.<sup>1026</sup>

En consecuencia, un nuevo dispositivo de legitimación político-simbólica se constituye a partir del tratamiento de una *emergencia*. Se trata de una máquina de producción simbólica que inaugura tecnologías de control y de gestión del riesgo, para su *distribución* y desplazamiento. La gramática de control exclusiva construyen *realidad* al determinar los presupuestos sociales de una expansión de la criminalidad inmigrante.<sup>1027</sup>

En consecuencia, en tiempos de Derecho flexible, retomamos el dispositivo que explica la interrelación de las dinámicas de los ciclos productivos y sus correspondientes ciclos punitivos: *less eligibility*. Con esta expresión se hace referencia al principio según el cual en períodos caracterizados por un agravamiento de la crisis económica para amplios segmentos de la población, la estabilidad del sistema es asegurada a través de un endurecimiento de las políticas de control social.<sup>1028</sup>

---

<sup>1025</sup> Marazzi, C., *El sitio de los calcetines. El giro lingüístico de la economía y sus efectos sobre la política*, Akal, Madrid, 2003, págs. 56 ss. Retomaremos y ampliaremos la afirmación en el capítulo siguiente.

<sup>1026</sup> Véase *supra* 2.8; 2.9; 2.9.a.

<sup>1027</sup> De Giorgi, A., *El gobierno de la excedencia...*, op.cit., págs. 116-117; Monclús Masó, M., *La gestión penal de la inmigración*, op.cit., en especial, págs. 298-320.

<sup>1028</sup> Rusche, G., /Kirchheimer, O., *Pena y estructura social*, op.cit., págs. 128-130.

Esto implica que el sistema de control social opera como un estabilizador de los desequilibrios sufridos por el sistema económico y productivo. La construcción del discurso sobre el control social como *economía política del castigo*<sup>1029</sup> permite interpretar las dinámicas de reacción institucional frente a la “desviación” a la luz de las diversas articulaciones de factores económicos. Sin embargo, “un análisis de signo puramente materialista, aparece como insuficiente al excluir del horizonte de proyección una serie de variables ulteriores que interactúan con las de carácter económico.”<sup>1030</sup>

Para salvar aquella insuficiencia, es necesario integrar al análisis la interacción entre los sentimientos públicos de inseguridad y la intervención represiva frente a los inmigrantes; ya que forman parte del proceso de gestión de las fronteras inclusión/exclusión del nuevo contrato social encargado al sistema de control penal.<sup>1031</sup> Una clase peligrosa –producto de una subjetividad de control y exclusión de la marginalidad por el riesgo que ésta representa– se materializa así, en los datos sobre la población carcelaria, denuncias y arrestos de inmigrantes, debido a su “visibilidad”, mucho más cuando se trata de inmigrantes africanos, musulmanes o latinoamericanos.<sup>1032</sup>

En este sentido, la adopción de estrategias preventivas de control y gestión de los flujos migratorios, percibidos como una potencial fuente de riesgos, predeterminan las condiciones estructurales con base en las cuales el riesgo

---

<sup>1029</sup> De Giorgi, A., *El gobierno de la excedencia....*, op.cit., pág. 110, se apoya asimismo en esta construcción Brandariz García, J.A., *Política criminal....*, op.cit., *pássim*, el mismo junto a Faraldo Cabana *Introducción a De Giorgi, A., El gobierno*, op.cit., págs. 13-34.

<sup>1030</sup> Negri, A., *Más allá de los límites de la sociedad de control*, (trad. Faraldo Cabana), Prólogo a De Giorgi, *El Gobierno de la excedencia...op.cit.*, págs. 37-38.

<sup>1031</sup> Cfr. De Giorgi, A. *El gobierno de la excedencia....*, op.cit., pág. 53.

<sup>1032</sup> Wagman, D., “*Estadística, delito e inmigrantes*”, op.cit. pág. 3, cuando sostiene que uno de los mitos más extendidos y arraigados en nuestra sociedad, y con consecuencias más destructivas para las personas que migran, es considerar a éstas responsables de un porcentaje desproporcionado de los delitos que se cometen. Los estereotipos que buscan criminalizar a las personas inmigrantes son, y han sido, una constante en todas las sociedades receptoras, y suponen un importante factor de distorsión en las percepciones y debates sobre los problemas que surgen a raíz de los distintos movimientos demográficos migratorios. Estos estereotipos nunca han tenido mucha relación con la realidad, pero sí una enorme importancia en el desarrollo de las políticas, actitudes y relaciones sociales en todas las sociedades que se han enfrentado a esta problemática. Asimismo véase Daunis Rodríguez, A., “*La gestación de la xenofobia: mitos y (pre) juicios de la inmigración*”, en Sanz Mulas, N., (coord.) *Dos décadas de reformas penales. 20 Congreso Universitario de alumnos de Derecho Penal*, Comares, Granada, 2008, págs. 125-126; Rodríguez, E., “*España: zero tollerance*”, op.cit., pág. 112; Fernández Bessa, C., /Ortuño Aix, J.M., /Manavella Suárez, A., “*Los efectos de la cultura de emergencia en la criminalización de los inmigrantes*”, en Puente Aba, L.M., (dir.), Zapico Barbeito, M., /Rodríguez Moro, L., *Criminalidad organizada, terrorismo...*, op.cit., págs. 236; Monclús Masó, M., *La gestión penal de la inmigración*, op.cit., págs. 298 ss., en función del análisis de las estadísticas producidas por la Dirección General de Instituciones Penitenciarias del Ministerio del Interior observa la sobrerrepresentación, dentro del grupo de extranjeros, de argelinos, nigerianos y marroquíes y para el caso latinoamericano, de los venezolanos, *ibídem*, pág. 308, 343-344.

potencial deviene concreto. Todo ello permite que esta categoría de sujetos y el control que sobre ellos se programe actúen de catalizadores de los sentimientos de inseguridad,<sup>1033</sup> al tiempo que trazan los contornos de legitimidad que se corresponden con la flexibilidad del derecho correspondiente al “universal” postmoderno.

En este sentido, señala De Giorgi que cuando la atención se focaliza en las dinámicas simbólicas que se construyen en torno del control, “emerge la importancia de los sistemas de comunicación social del castigo y de la desviación, es decir, de aquel conjunto de códigos básicamente comunicativos que se extienden como intermediarios entre la experiencia objetiva del ciclo económico y la experiencia subjetiva del control social.”<sup>1034</sup>

En este contexto no es de extrañar que el discurso sea atravesado también por clasificaciones de tipo moral que arrojan la edificación de un mal que hay que erradicar definitivamente, ya que éste es la causa de todo lo que ya no funciona. Sin embargo, habrá que explorar otras variables al momento de plantear la problemática de la demanda social de seguridad, en virtud de poder descubrir las dinámicas a través de las que se entrelazan y articulan las funciones instrumentales y simbólicas del control.

De Giorgi define las *funciones instrumentales del control* como aquellas finalidades materiales que se pueden atribuir a un sistema punitivo en un contexto histórico y socialmente definido; los objetivos útiles que se atribuyen a la pena. También se trata de aquellos objetivos cuya persecución predefine los criterios organizativos y de gestión de las estructuras e instituciones del control social. En cambio, en *las funciones simbólicas del castigo* y del sistema de control social, tomamos en consideración los universos políticos de discurso a través de los cuales determinadas prácticas punitivas son legitimadas *mediante una representación* que las sitúa como una superación positiva de otras prácticas, a fin de producir consenso social frente a las mismas.<sup>1035</sup>

En consecuencia, tratar de reflexionar sobre los efectos simbólicos permite deconstruir las dinámicas que dan lugar a la sucesiva estabilización de estas formas de castigar y sobre todo permite indagar acerca de las modalidades de interiorización social de la cuestión criminal que, a su vez, legitiman nuevas formas de castigo.<sup>1036</sup> En el presente parece más oportuno utilizar estrategias de neutralización que, elaboradas sobre bases actuariales, permitan identificar los grupos sociales más problemáticos a fin de incapacitarlos, hasta el punto de aislarlos en condiciones de “libertad” abandonando la retórica y la práctica de la

---

<sup>1033</sup> Entre otros, Brandariz García, J.A., *Política criminal.*, op.cit., pág. 126 ss.; Anitua, I., “*La inmigración y los discursos de la seguridad*”, op.cit., págs. 146 ss.; Baratta, A., *Seguridad*, op.cit., pássim.

<sup>1034</sup> De Giorgi, A., *Tolerancia Cero...*, op.cit., pág.135.

<sup>1035</sup> *Ibíd.*, pág. 136, el subrayado nos pertenece.

<sup>1036</sup> *Ibíd.*, pág. 137.

reinserción social.<sup>1037</sup> Pese a la aparente neutralidad tecnocrática de estas estrategias, como del resto de las formas de castigo que históricamente se han sucedido, también el control actuarial se extiende mediante un universo simbólico del cual obtiene su propia legitimación, mediante una generalizada interiorización que lo convierte en paradigma.<sup>1038</sup>

En consecuencia, en torno de las estrategias actuariales se diseña un universo discursivo que le es propio: aparecen términos como peligrosidad, grupo de riesgo y zonas de riesgo, generando la ruptura y disgregación de la interacción social.<sup>1039</sup> Esto se traduce en el cambio de discurso político; mientras que durante el Estado de bienestar los distintos problemas eran afrontados y relatados como referidos a una clase, género, sector etario, etc., hoy día los discursos se construyen sobre un individuo que tiene miedo y se siente inseguro frente a otro. En la gestión actuarial del control el plano instrumental y el simbólico tienden a superponerse como producto de la *inmediación* entre el nivel público de percepción y de construcción de la desviación y las estrategias institucionales.<sup>1040</sup>

En este plano, no parece que pueda ser escindida una legitimación pública del castigo de la actuación del control. El consenso social generado en el miedo se construye en torno de prácticas y discursos no dissociables de los operadores del sistema: *ya no existen mediaciones* entre castigo social e institucional.<sup>1041</sup>

Siguiendo la tesis de Melossi, De Giorgi sostiene que la activación de una dinámica lingüístico-motivacional de mediación entre ciclo económico y ciclo punitivo puede ser atribuida a las *élites de poder* que, a través del uso de los *mass media*, alimentan la construcción de un discurso. En este sentido, la producción de significaciones de carácter punitivo para tratar los problemas sociales vinculados a la crisis económica, favorece el consenso respecto de la autoridad encargada de la lucha contra el delito y *distray la atención del público de los factores estructurales que dominan la situación (riesgos difusos)*.

Así las cosas, se promueve la construcción de un riesgo concreto –el enemigo– sobre el que focalizar los sentimientos de inseguridad, que de otro

---

<sup>1037</sup> Retomaremos este punto cuando abordemos en los próximos epígrafes la política migratoria del Estado, en especial, lo referente al instituto de la expulsión del territorio, tanto en su vertiente administrativa como penal. Asimismo, véase *supra* 2.8; 2.9.

<sup>1038</sup> Esto es fruto de lo que hemos denominado las formas de producción simbólicas del imperio, véase *supra* 1.9.

<sup>1039</sup> De Giorgi, A., *Tolerancia Cero...*, op.cit., pág. 141; Dal Lago, A., *Non-persone*, op.cit., págs. 40 ss., 113 ss.

<sup>1040</sup> Marazzi, *El sitio de los calcetines...*, op.cit. págs. 73 ss., hace referencia a una pérdida de lógica en el sentido de los saberes y de la política. Asimismo puntualiza el retorno de un tono conservador en el discurso político que es utilizado como mecanismo para soslayar el vacío de sentido que se produce bajo el solapamiento de la racionalidad instrumental y comunicativa. Todo ello dificulta la configuración de un plano de mediación supraindividual de los conflictos sociales.

<sup>1041</sup> En el mismo sentido De Giorgi, A., *El gobierno de la excedencia...*, op.cit., pág. 141.

modo se encontrarían caóticamente dispuestos en la subjetividad y que podrían generar, a la postre, una forma muy peligrosa en lo atinente a la funcionalidad del sistema.<sup>1042</sup> Esta retórica anula la posibilidad de que sean discutidas las verdaderas causas, de carácter estructural que destruyen los lazos sociales, al momento que fabrica consensos a favor de un control punitivo de determinados grupos que generan inseguridad.<sup>1043</sup>

Todo ello conlleva que ya no sean las reivindicaciones de los distintos actores sociales el epicentro del consenso y de la democracia, sino que, la nueva subjetividad del consumidor, desde su individualización, actúa en el “ámbito público” sólo como demandante de control sobre los riesgos concretos, ya que el Estado postmoderno sólo puede proveer castigo, no seguridad.<sup>1044</sup>

### 3.2.b. Política criminal de la seguridad: la libertad “flexibilizada”

La libertad moral del individuo, que fue el postulado de la Escuela Clásica –síntesis de las ideas iluministas en el ámbito del Derecho penal, permitió no sólo la racionalización de alguno de los principios que se siguen estimando actualmente la base de cualquier Derecho penal garantista, como los de legalidad, ofensividad, *última ratio*, proporcionalidad, sino la propia posibilidad de construcción de un sistema jurídico-penal, a través de la elaboración de instituciones y categorías.<sup>1045</sup>

En este sentido, la rearticulación del poder soberano pretende la introducción de una nueva concepción de “humanidad”, que encuentra su legitimación en el miedo y la superstición.<sup>1046</sup> Consecuentemente, el Derecho se flexibiliza desplazándose, hasta dejar fuera de la ley a los *homo sacer*; no obstante, este desplazamiento en el espacio möbius no configura un afuera, sino que se trata de un espacio líquido que, desde sus anclajes modernos, será hiperinstitucionalizado para su control.

Aquellos son dos momentos concurrentes dentro del *espacio* de la soberanía imperial: se priva al individuo de su carácter de persona que, a su vez, deviene en una nueva subjetividad de control correspondiente con la noción de *universalidad* postmoderna, es decir, el desanclaje entre soberanía y legitimidad se colma con la declaración de la excepción, cuya finalidad reside en sentar las bases para el nuevo orden. Así las cosas, cobran preeminencia las funciones administrativas (de policía), y con ello va perdiendo terreno la función legislativa

---

<sup>1042</sup> Brandariz García, J.A., *Política criminal.....*, op.cit., págs. 77 ss., Marazzi, *El sitio de los calcetines.....*, op.cit., pág. 74.

<sup>1043</sup> Dal Lago, A., *Non-persone....*, op.cit., págs. 43; en especial el capítulo 2 “*La macchina della paura*”, págs. 63-104.

<sup>1044</sup> De Giorgi, A., *Tolerancia Cero....*, op.cit., pág. 156.

<sup>1045</sup> Por todos, Flávio Gomes, L., “*Norma penal, bien jurídico...*”, op.cit., pág. 297.

<sup>1046</sup> Butler, J., “*Violencia, duelo, política*”, en Butler, J., *Vida precaria.....*, op.cit., págs. 59 ss.; “*Detención indefinida*”, ibidem, págs. 87-91.

del Estado liberal y democrático,<sup>1047</sup> produciéndose sucesivamente la variación del estatuto de la ley, hacia la regulación administrativa, que casa mejor con la flexibilidad requerida para la rearticulación soberana.<sup>1048</sup>

El nuevo modelo de Estado apela, en miras a la prevención, a una regulación exhaustiva de las materias que son “síntoma de la inseguridad”. En estos términos, se demanda un control total por parte del Estado, y éste responde con la mayor severidad de todas las respuestas posibles: legislación penal sin mediaciones, esto es, un instrumento de control y sanción de las medidas de carácter meramente tecnocrático, que operan como un reforzamiento de las funciones de la Administración.<sup>1049</sup> En este sentido, el exceso de sentido producido por el desborde de la ley moderna da lugar a un Derecho penal simbólico, entendido como aquél que persigue fines distintos a la protección de bienes jurídicos, y se arroga el papel de custodio del establecimiento de la “frontera” entre quienes son funcionales o no al sistema.

Aquello implica que se erija como interrogante si el Derecho flexibilizado del Estado técnicoadministrativo puede contemplar los *conflictos sociales*. Ciertos autores entienden que para reaccionar a los peligros de la sociedad actual, así como para dar solución a las demandas crecientes de inseguridad, el Derecho penal debería flexibilizar sus presupuestos a fin de servir como instrumento de la política criminal, debido a que éstos aparecerían como límites que dificultarían la consecución de los objetivos político-criminales, calificándolos como una rémora

---

<sup>1047</sup> Serrano Piedecabras, J.R., “Consecuencias de la crisis del Estado social”, op.cit., pág. 929 ss., donde afirma que “el Parlamento ha dejado de ser el principal órgano decisorio, desplazándose esta función a otros dos ámbitos: la Administración, la cúpula dirigente de los grandes partidos de masas y las direcciones de las asociaciones patronales y sindicales. El predominio de la Administración en el Estado social, en la actualidad no sólo se mantiene, sino que en virtud de la crisis se erige el Ejecutivo como administrador, con la consiguiente pérdida de los lugares de debate público y democrático que eran representados por el Parlamento; ello debido “a que la mayor parte de las iniciativas en materia de leyes y de decisiones fundamentales son hoy tomadas por el Poder Ejecutivo”; Alonso Gallo, J., “Errores y sesgos cognitivos en la expansión del Derecho Penal”, en Díaz-Marotto Villarejo, J., (coord.), *Derecho y Justicia Penal en el siglo XXI...*, op.cit., págs. 32-34.

<sup>1048</sup> García de Enterría, E., “Justicia y seguridad jurídica en un mundo de leyes desbocadas”, capítulos IX, X y XI, op.cit, en los cuales efectúa un análisis sobre lo que él denomina “leyes ómnibus”, cuya expresión más típica hoy día son las Leyes de acompañamiento de la Ley anual de Presupuestos. Asimismo critica las leyes actuales como motorizadas e incontinentes, cuya constante variabilidad pone en cuestión los principios mismos de supremacía y su función de asegurar la certeza del Derecho y la predictibilidad razonable de las acciones de los ciudadanos. Véase asimismo Quintero Olivares, G., *Adónde va el derecho penal*, Civitas, Madrid, 2004, en especial págs. 167 ss.

<sup>1049</sup> Así como señala Mendoza Buergo, *El Derecho penal en la sociedad del riesgo*, op.cit., pág. 9, “de este modo, la demanda dirigida al legislador es clara, si no actúa es que tolera el delito; pero, además, responder a tal demanda mediante el medio de intervención más extremo a su alcance puede suponer para el Estado otros beneficios, ya que el empleo de normas penales es apropiado para desviar a medio plazo la necesidad de medidas estructurales de alto coste o de tipo económico o político.”

del pasado que obstaculizaría el logro de los intereses y el empleo de instrumentos de una política criminal eficaz.<sup>1050</sup>

Sin embargo, la dialéctica anterior se encuentra cimentada en el establecimiento de una relación entre los términos que no es correcta: la suma cero entre eficacia y garantías. La discusión necesariamente habrá de cuestionar las estructuras y los nodos en los que actualmente se reestructura el poder y sus formas de legitimidad. La pretensión de acotar los términos de la discusión conlleva la imposibilidad de la composición de otro discurso para la política criminal, porque la crítica se inserta en los mismos términos irreductibles que produce la gramática de la sociedad de control.

Por lo anterior, no puede seguir legislándose en materia penal con criterios de legitimación pertenecientes a la Administración, sin asistir a la pérdida de los principios que rigen la primera.<sup>1051</sup> Entendemos entonces que el análisis debe ampliarse para contemplar el cambio en las materias que son pasibles de ser tuteladas penalmente en el contexto de la lógica del discurso único neoliberal que propulsa políticas cuyo objeto es el control social formal de lo no funcional, a fin de generar “seguridad” a partir de la represión del disenso. Por el contrario, el discurso *racional* deberá deshacerse de la falacia determinista y tender a contemplar una seguridad basada en el desarrollo de una sociedad más justa, solidaria e igualitaria.<sup>1052</sup> Para alcanzar esta última, la función legislativa habrá

---

<sup>1050</sup> Véase Hassemer, W., /Muñoz Conde, F., *Responsabilidad por el producto en Derecho Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, pág. 122.

<sup>1051</sup> En este sentido se expresa Herzog, F., “Límites al control penal de los riesgos sociales”, en Anuario de Derecho penal y Ciencias Penales, 1993, pág. 321, cuando alude a que la dilatación del Derecho penal del peligro se debe a la “politización interna” – siguiendo la tesis propuesta por Naucke-, así como al *valor de cambio* político del Derecho penal –Stangl-. La primera supone afirmar que la interdependencia desde fines del siglo XIX que se da entre la política interna y legislación penal ha conllevado un “acaparamiento del Derecho penal por parte de la política interna”, esto implica un aprovechamiento por parte de la política de gestión, de manera que el Derecho penal se transforma en un instrumento de control de los lineamientos dispuestos por la política de un Estado social en crisis, poniendo en peligro el Derecho penal, entendido este como presupuesto liberal de control del *ius puniendi*. Respecto de que el Derecho penal se convierte en *valor de cambio*, esto genera que los debates respecto de la legislación penal no discurren acerca de la realidad del problema, sino que es tratado sobre la base de la dramatización operada tanto por los medios de comunicación como de los partidos políticos. Agrega que el caso de incorporación de regulaciones penales respecto de la materia medioambiental en Alemania, fue resultado de un proceso precipitado ante la presión por los desastres, y para restar argumentos electorales al Partido de los Verdes, incorporación que tiene las características de un impreciso proceso legislativo sin fundamento empírico resultado más bien de un “compromiso político que de un programa racional”. Haremos un análisis de esta afirmación al momento de analizar la relación entre las políticas migratorias del Estado español y la UE y las políticas punitivas. Véase *infra* 3.3.

<sup>1052</sup> Véase Díez Ripollés, J.L., “De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana”, op.cit., págs. 556 ss., respecto del solapamiento de lo que él considera dos fenómenos diferentes, o en sus palabras: “así, resulta fácil apreciar la frecuencia con que las posturas doctrinales favorables o contrarias a esa modernización del Derecho penal a través de su expansión a fenómenos propios de la llamada sociedad del riesgo, se reproducen a la hora de abordar las propuestas securitarias. A mi



necesariamente de contar con los criterios de legitimidad y legitimación propias de un Estado democrático.<sup>1053</sup>

Lo anterior expone la necesidad de determinar la racionalidad propia de la política criminal,<sup>1054</sup> en este sentido cabe determinar si existen criterios materiales de corrección a los que se halla sujeto el legislador a la hora de acercar programas político-criminales o si, por el contrario, la política criminal pertenece al ámbito de lo disponible, de modo que podría configurarse en términos absolutamente relativistas.<sup>1055</sup> Para responder al interrogante seguimos a Offe,<sup>1056</sup> quien distingue entre dos clases de racionalidad que, con caracteres contradictorios, rigen la actuación administrativa del Estado de Bienestar; una presidida por el principio de legalidad y la otra presidida por el principio de eficacia. Estas dos racionalidades sustentan dos tipos de razonamiento jurídico distintos, cuando no contrapuestos. Un modelo que habilita la subsunción, guiado por la racionalidad formal, cuyos valores de referencia son la seguridad y la previsibilidad, razonamiento que excluye la evaluación de las consecuencias, y el modelo racional de fines configurado por una racionalidad de carácter material. Esta contraposición suele resolverse apelando a la reducción del grado de precisión de las normas y dotando a la Administración de mayor discrecionalidad.<sup>1057</sup>

---

juicio, por el contrario, estamos ante dos corrientes de signo opuesto que abordan realidades sociales diferentes desde perspectivas ideológicas también distintas, y que merecen, en consecuencia, un juicio diferenciado.”

<sup>1053</sup> Ramón Ribas, E., “La respuesta del Derecho penal moderno al delito: del Derecho penal de doble vía ¿al Derecho penal de cinco vías?”, en Faraldo Cabana, P., (dir.), Puente Aba, L.M., /Brandariz García, J.A., (coords.), *Nuevos retos del Derecho penal en la era de la globalización*, op.cit. pág., 182, afirma que “el concepto de bien jurídico le viene dado, así, al legislador penal entre cuyos cometidos no figura, por tanto la creación de bienes jurídicos. No es el Derecho penal el que decide el nacimiento para la vida jurídica de un determinado bien. A él le corresponde una función mucho más modesta, pero no por ello menos importante: decidir si se ofrece y, en su caso, ofrecer tutela penal, un sistema de garantías, a valores con relevancia constitucional, esto es, a bienes jurídico-constitucionales que, desde entonces serán además, bienes jurídico-penales”.

<sup>1054</sup> Cfr. Zúñiga Rodríguez, L., *Política Criminal*, op. cit., págs. 114 ss., donde apela a la construcción de un dualismo metodológico, una combinación entre el pensamiento problema y el pensamiento sistema, deducción e inducción, comprensión a la vez objetiva y subjetiva del objeto, el cual es pluridimensional, de modo que sólo puede ser aprehendido de manera interdisciplinar.

<sup>1055</sup> Sobre este punto véase Silva Sánchez, J.M., “Reflexiones sobre las bases de la Política Criminal”, en AA.VV., *El nuevo Código Penal: Presupuestos y Fundamentos. Libro Homenaje al Prof. Dr. Don Ángel Torío López*, Comares, Granada, 1999, págs. 209-217; Mantovani, L.P., “Pensamientos sobre política criminal”, (trad. Guzmán Dalbora), en De Figueiredo, J., /Serrano, A., Politoff, S., /Zaffaroni, E.R., en *El penalista liberal...*, op.cit., págs. 909, 914.

<sup>1056</sup> Offe, C., “Criterios de racionalidad y problemas de funcionamiento político administrativo”, en Offe, C., *Partidos Políticos y nuevos movimientos sociales*, op.cit., págs. 54 ss.

<sup>1057</sup> Véase *supra* 2.4; 3.2; 3.4.

Ciertamente, la crisis del Estado social influye en la estructura y funciones del Derecho, transformándolo en un mecanismo de intervención,<sup>1058</sup> lo que conlleva necesariamente la asunción de nuevas funciones. Como hubimos apuntado desde el comienzo del trabajo, cuando las funciones del Estado están dispuestas a fin de hacer efectivas las directivas del capital, “ya no es el Parlamento el llamado a regular las relaciones sociales, sino la Administración –y sus expertos- los “más indicados” para regular y dar respuestas a las demandas, a corto y mediano plazo como hemos señalado.<sup>1059</sup> Esto origina la consecutiva pérdida de los lugares públicos de discusión propios de una sociedad democrática, impuesta por la preeminencia otorgada a la protección de las funciones dispuestas para gestión eficaz las mutaciones del sistema.

Lo esencial es destacar que el debate no puede plantearse de manera tal que se presente a la seguridad y la libertad como intereses mutuamente excluyentes, de forma que una política criminal que persiga garantizar la consecución del primer objetivo deberá hacerlo necesariamente a costa del segundo, del mismo modo que uno que pretenda garantizar la libertad de los individuos se verá obligado a sacrificar su seguridad.<sup>1060</sup>

En estos términos, es evidente que la política criminal no puede tener como objetivo la consecución del máximo nivel de eficacia a costa de la libertad de los ciudadanos,<sup>1061</sup> ya que entonces dejaría de ser democrática para convertirse en autoritaria. Con sentido esclarecedor expresa Alvarez García que “si queremos establecer límites al Derecho de castigar del Estado, éstos deberán ser proporcionados por el ordenamiento constitucional. Porque sólo el poder constituyente y su producto normativo típico que es la Constitución, pueden condicionar la actividad de un poder constituido como es el legislativo en aquellos ordenamientos, como el nuestro, en los que se adopte un concepto formal de ley. Es decir: si el Estado crea el ordenamiento y de lo que se trata es de fijar un límite –mediante el concepto de bien jurídico- al poder de castigar del

---

<sup>1058</sup> Véase Silva Sánchez, J.M., “Directivas de conducta o expectativas institucionalizadas?”, en AA.VV., *Modernas tendencias en la ciencia del Derecho penal y en la Criminología*, op.cit., en especial, págs. 568 ss.; Martínez-Buján Pérez, C., “Algunas reflexiones sobre la moderna teoría del Big Crunch en la selección de bienes jurídico-penales (especial referencia al ámbito económico)”, en Portilla Contreras, G., (coord.), *Mutaciones de Leviatán*, op.cit., págs. 262 ss.

<sup>1059</sup> González Agudelo, G., *Aproximación al principio de reserva de ley penal (legitimidad y legalidad)*, Jerez de la Frontera, 2000, ejemplar mecanografiado, pág. 645; Berardi, F., *La fábrica de infelicidad*, op.cit., págs. 36 ss.

<sup>1060</sup> Demetrio Crespo, E., “Acerca de la contraposición.....”, op.cit., *pássim*.

<sup>1061</sup> Demetrio Crespo, E., “Del Derecho penal liberal al Derecho penal del enemigo”, op.cit., pág. 1030, donde afirma que “la vía argumentativa de la eficacia y la seguridad, sin perjuicio de las consecuencias que de la misma se pueden extraer por vía negativa, está vedada en la esfera axiológica, pues, como es sabido, la validez no puede derivarse de la eficacia”; Díez Ripollés, J.L., *La racionalidad de las leyes penales*, Trotta, Madrid, 2003, págs. 100 ss.; del mismo “Exigencias sociales y política criminal”, en Díez Ripollés, J.L., *Política Criminal y Derecho penal –Estudios-*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, págs. 41 ss.; del mismo “El Derecho penal simbólico y los efectos de la pena”, op.cit., págs. 59 ss.; Brandariz García, J.A., *Política criminal...*, op.cit., págs. 147 ss.

Estado, éste no puede encontrarse en el propio ordenamiento producido por el legislador ordinario”,<sup>1062</sup> porque aquello habría de configurar una contradicción insalvable. Por lo tanto, el límite tiene que ser encontrado fuera de la potestad legislativa, ya que el límite impuesto por el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos dejaría de existir “si se deja en manos del legislador ordinario la determinación de qué es lo que se considera vital,”<sup>1063</sup> esto es, si se deja en sus manos la creación de los bienes jurídicos protegibles por el Derecho penal.<sup>1064</sup>

En consecuencia, la fluidez exige que aceptemos que la coyuntura actual produce la quiebra de los cánones modernos. Si el Estado despliega tecnologías de control basadas en cuestiones de eficacia dejando aletargada a la legitimidad, nosotros, como sociedad, deberemos reconfigurar los ámbitos de discusión política y participación, no a través del mantenimiento a ultranza de las instituciones conocidas -que, con la globalización se desdibujan-, ni manteniendo el papel de sujetos consumidores de legislaciones originadas en demandas hacia el Estado social en crisis, que satisface simbólicamente<sup>1065</sup> en términos de represión.

Estimamos que la tensión existente entre libertad y seguridad es consecuencia de un entendimiento hobbesiano del Estado, del pacto por el que cedemos potencia por miedo o superstición. Esta pretendida tensión se resuelve mediante la reconstrucción del espacio público, expresada en un compromiso del que se deduzca una ley penal que consiga *traducir todos* los intereses en juego, para la seguridad de los derechos.

---

<sup>1062</sup> Cfr. Álvarez García, F.J., *Introducción a la teoría jurídica del delito*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pág. 11.

<sup>1063</sup> *Ibidem*, pág. 12.

<sup>1064</sup> A mayor abundamiento véanse los artículos compendiados en la parte B “*Teoría del bien jurídico y Derecho Constitucional*”, en Hefendehl, R., (ed.), *La teoría del bien jurídico*, (ed.), op.cit., págs. 95-147; asimismo tendremos oportunidad de estudiar los efectos que producen la *flexibilización* del derecho y la integración sistémica que tiene encargada el sistema de control sobre la categoría de bien jurídico en el Capítulo 5.

<sup>1065</sup> Hassemer, W., “*Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos*”, (trad. Larrauri) en Pena y Estado, núm. 1, 1993, pág. 24 ss.; en este sentido también Silva Sánchez, *Aproximación...*, op.cit., págs. 305 ss.; del mismo, *La expansión del Derecho penal*, op.cit., págs. 77 ss.; Prittwitz, C., “*Sociedad del riesgo y Derecho penal*”, en De Figueiredo, J.,/ Serrano, A., /Politoff, S., /Zaffaroni, E.R., *El penalista liberal...*, op.cit., págs. 159 ss.; Feijóo Sánchez, B., “*Sobre la administrativización del Derecho penal en la sociedad del riesgo*”, op.cit., pág. 145; Baratta, A., “*Funciones instrumentales y simbólicas del Derecho penal: una discusión en la perspectiva de la criminología crítica*”, en Pena y Estado, núm. 1, 1991; Bustos Ramirez, J., “*Necesidad de la pena, función simbólica y bien jurídico medio ambiente*”, en Pena y Estado, núm. 1, 1991, págs. 101 ss.; Diaz Pita, M.M, /Faraldo Cabana, P., “*La utilización simbólica del Derecho penal en las reformas del Código penal de 1995*”, en *Revista de Derecho y Proceso Penal*, 2002, págs. 119 ss.; Gracia Martín, L, *Prolegómenos...*, op.cit., *passim*; Terradillos Basoco, J.M., “*Función simbólica y objeto de protección del Derecho penal*”, en Pena y Estado, núm. 1, 1991, págs. 10 ss.

### 3.3. Migrantes: fenómeno global/riesgo glocal

En las tres últimas décadas, coincidiendo con una nueva fase de expansión del capitalismo, los desplazamientos de millones de personas se han convertido en un fenómeno global que viene determinado, entre otros factores, por el desarrollo desigual y la condena de poblaciones enteras a la pobreza. Sin embargo éste no es un fenómeno nuevo,<sup>1066</sup> ya que en la época moderna los desplazamientos libres o forzados de la población han sido una característica constante en el desarrollo del capitalismo.<sup>1067</sup>

No obstante, encontramos una diferencia de otras migraciones acaecidas en otros momentos históricos.<sup>1068</sup> El dato decisivo que caracteriza a la inmigración actual, es que ésta se produce en el contexto de los procesos globalizadores.<sup>1069</sup>

Como ponen de manifiesto Guillén y Vallés<sup>1070</sup> “la preocupación del mundo racional y ético ante una emigración en masa de pobres y hambrientos se debe justamente a la racionalidad del fenómeno, ya que es difícil negar el Derecho a los pobres a desplazarse allí donde hay riqueza”, de allí que el reto consista en “deshumanizar” a estos inmigrantes a fin de mantener la conciencia tranquila<sup>1071</sup>, a pesar de la evidencia rotunda que encuentra su *raison d'être* en la exclusión económica y marginalidad social. Los efectos del sistema neoliberal, previa declaración de “ilegalidad”, serán convertidos en la condición de posibilidad del sistema de control.

En el caso de España, a medida que va desarrollándose económicamente, ha pasado de ser un país de emigrantes a un país de inmigrantes, que legal o

---

<sup>1066</sup> Según Portes, A., /Borocz, J., “Inmigración contemporánea: perspectivas teóricas sobre sus determinantes modos de acceso”, en Alfos, núms. 91-92, 1992; Malgesini, G., *Cruzando fronteras. Migraciones en el sistema mundial*, Icaria, Barcelona, 1998.

<sup>1067</sup> Sassen, S., *Guest and aliens...*, op.cit. *pássim*. Se pueden citar como ejemplos el comercio de esclavos desde África hacia América, o la de los trabajadores europeos hacia Estados Unidos, Argentina, Canadá y otros lugares durante los siglos XIX y XX. Asimismo, véanse los trabajos de Moulrier Boutang, Y., *De la esclavitud al trabajo asalariado. Economía histórica del trabajo asalariado embridado*, (trad. Álvarez/Pérez/Sánchez), Akal, Madrid, 2006, págs. 473 s.; Castel, R., *La metamorfosis de la cuestión social. Una crónica del salariado*, (trad. Piatigorsky), Paidós, Buenos Aires, 1997, págs. 284 s.

<sup>1068</sup> Para un análisis histórico de los distintos movimientos migratorios, véase Sassen, S., *Guest and Aliens*, op.cit., *pássim*.

<sup>1069</sup> Entre otros, véanse Pérez Cepeda, A.I., *Globalización, tráfico internacional ilícito de personas y Derecho penal*, Comares, Granada, 2004; en especial págs., 2 ss.; Terradillos Basoco, J.M., “Sistema penal e inmigración”, op.cit., págs. 1464 ss.; Rodríguez Mesa, M.J., *Delitos contra los Derechos de los ciudadanos extranjeros*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, págs., 20 ss.; de la misma “El sistema penal ante el reto de la inmigración clandestina”, en Pérez Álvarez, F., (ed.), *Serta. In memoriam Alexandri Baratta*, op.cit., págs. 845-869; Mezzadra, S., *Derecho de fuga...*, op.cit., *pássim*; Bergalli, R., et.al., (coord.) *Flujos migratorios y su (des)control...*, op.cit., *pássim*.

<sup>1070</sup> Guillén, F. /Vallés, L., “Inmigrante e inseguridad: ¿Un problema de delincuencia o de victimización?”, en Da Agra, C., /Domínguez, L., /García Amado, J.A., /Hebberecht, P., /Recasens, A., (eds.), *La seguridad en la sociedad del riesgo. Un debate abierto*, op.cit., pág. 304.

<sup>1071</sup> Bauman, Z., “Trabajo, consumismo y nuevos pobres”, op. cit., pág. 116.

clandestinamente permanecen de forma más o menos continuada en su territorio.<sup>1072</sup> Además su posición geográfica coadyuva a que la situación adquiera características específicas: no sólo es receptor de extranjeros, es también el paso obligado de miles de ellos, cuya intención es llegar a otros Estados miembros de la Unión.<sup>1073</sup>

Las causas de la inmigración son muy variadas y generalmente se dan en texturas interrelacionadas y complejas;<sup>1074</sup> así el Fondo de las Naciones Unidas para la población cita, sin carácter taxativo ni limitador, las siguientes: búsqueda de una vida mejor para uno mismo y para su familia; disparidades de ingresos entre distintas regiones y dentro de una misma región; las políticas laborales y migratorias de los países de origen y destino; los conflictos políticos que impulsan la migración fronteriza; la degradación de medio ambiente, la pérdida de cultivos; el éxodo de profesionales y la migración de los jóvenes más educados para llenar las lagunas en la fuerza laboral de los países industrializados.<sup>1075</sup> Los migrantes que se dirigen al norte encuentran que los países de destino cuentan con ingentes dispositivos de control para gestionar la circulación: el control de las fronteras, la legislación restrictiva, el proteccionismo, el racismo y la xenofobia.<sup>1076</sup> En este contexto *el Derecho a emigrar*<sup>1077</sup> se convierte en una necesidad cuando, como señala De Lucas “se huye de una pseudovida sujeta a la miseria y al hambre, a la enfermedad y a la muerte de los niños, a la falta de libertad.”<sup>1078</sup>

Muchos son los autores que destacan la aparente paradoja que expresa que “mientras se liberalizan los movimientos de capitales (y, en menor medida, el

---

<sup>1072</sup> De conformidad con los datos a diciembre de 2008 los extranjeros con tarjeta de residencia ascienden a 4.473.499, lo que implica un aumento del 4,65% respecto al trimestre anterior. El incremento acumulado del último año asciende al 12,43%. Del total de migrantes el 53,90% son hombres, mientras que las mujeres alcanzan un total de 46,10%. De acuerdo con la configuración nacional de los flujos migratorios nos encontramos con que el 40,18% son de algún país de la UE, seguido por latinoamericanos que llegan al 30%, seguidos por 20,66% provenientes de África, el 6,5% de Asia y el 2,5% proveniente de países no comunitarios. El Información disponible en <http://extranjeros.mtas.es> (Secretaría de Estado de Inmigración y Extranjería).

<sup>1073</sup> Por todos, Rodríguez Mesa, M. J., *Delitos contra los Derechos de los ciudadanos extranjeros*, Introducción, op.cit., pág. 15.

<sup>1074</sup> Mezzadra, S., *Derecho de fuga*, op.cit., *pássim*; Portes, A., /Borocz, J., “*Contemporary immigrations: Theoretical perspectives on its determinants and modes of incorporation*”, en *International Migration Review*, Vol. 23, núm. 3, Special Silver Anniversary Issue: International Migration and Assessment for the 90 's, (Autumn, 1989), págs., 606-630.

<sup>1075</sup> Fuente: [www.unfpa.org](http://www.unfpa.org).

<sup>1076</sup> Daunis Rodríguez, A., “*La gestación de la xenofobia...*”, op.cit., en especial págs. 126-138, artículo en el cual el autor deconstruye los mitos respecto de los inmigrantes.

<sup>1077</sup> En el artículo 13.2 de la Declaración Universal de Derechos de la ONU puede encontrarse la génesis de este Derecho, dicho precepto dice: “*Toda persona tiene Derecho a salir de cualquier país, incluso del propio y a regresar a su propio país...*”

<sup>1078</sup> De Lucas, J., “*El marco jurídico de la inmigración*”, en *Jueces para la Democracia*, núm. 38, 2000, pág. 8.

comercio internacional) las condiciones legales y policiales relacionadas con la inmigración se endurecen extraordinariamente, impidiendo una circulación libre de los flujos.”<sup>1079</sup>

En efecto, los flujos migratorios de la era de la globalización son objeto de control y de gestión; esto implica que los dispositivos desplegados por las tecnologías de gobierno imperial no tienen por objeto impedir *tout court* el ingreso de los migrantes, sino la gestión de los flujos en función de la demanda de cubrir determinadas necesidades de sus mercados de trabajo <sup>1080</sup> y, de esta forma, la gestión estará enfocada a regular la velocidad con la que circulan los flujos. Para el caso de Europa se da además un factor añadido, porque si por una parte va camino de convertirse en tierra de inmigración, por otra los responsables políticos que gestionan las estructuras estatales heredadas del Estado social, no han previsto gran cosa al respecto.<sup>1081</sup>

### 3.3. a. La irregularidad construida

Siguiendo a Rusche y Kirchheimer, se podría entender de forma análoga el papel de la cárcel sobre el ejército de reserva del modelo capitalista naciente a la actual situación de los migrantes. Ello, como vimos, resulta determinante del masivo y creciente encarcelamiento de este *grupo* de riesgo para *mediar simbólicamente* la oferta institucional de seguridad como respuesta a los sentimientos de inseguridad.<sup>1082</sup>

Sin embargo, no hay que perder de vista que en la actualidad nos enfrentamos a un proceso de cambio en la percepción de la *alteridad* (*otherness*) y, con ello, de los criterios de atribución de responsabilidad como consecuencia de la rearticulación de la soberanía imperial. De este modo, a partir de la producción de una subjetividad amenazada permanentemente en la calle por una criminalidad urbana que crece sin límite -según el discurso enarbolado por los medios de comunicación-, conduce a que los políticos lleven hacia otros campos semánticos el discurso de la problemática social, para transformarla en la retórica de la seguridad ciudadana que habilitaría medidas cada vez más represivas.<sup>1083</sup>

---

<sup>1079</sup>Asensi Sabater, J., *Políticas de la Sospecha. Migraciones internacionales y principios constitucionales*, Tirant lo blanch, Valencia, 2004, pág. 12.

<sup>1080</sup> Mezzadra, S., *Derecho de fuga...*, op.cit., págs. 54 ss.; Mezzadra, S., /Nielson, B., “*Border as method...*”, op.cit.; De Giorgi, A., *El gobierno de la excedencia...*, op.cit., pág. 132.

<sup>1081</sup> Asensi Sabater, J., *Derecho de fuga...*, op. cit., pág. 27.

<sup>1082</sup> Mosconi, G., “*Inmigración, seguridad y cárcel en Italia*”, (trad. Bergalli), en Bergalli, R., /Ribera Beiras, I., (coords.), *Política criminal de la guerra*, op.cit., pág. 150; Wagman, D., “*Estadística...*”, op.cit., págs. 6-8; Wacquant, L., “*Penalización de la miseria y proyecto político neoliberal*”, op.cit., pág. 63.

<sup>1083</sup> Por todos, Brandariz Garcia, J.A., *Política criminal...*, op.cit. pág. 65 ss., con abundante bibliografía.

El tendencial abandono del sistema disciplinario-inclusivo y el pasaje hacia otras tecnologías de control, encuentra un ejemplo paradigmático en el control de los flujos migratorios. Los migrantes son producidos discursivamente como un grupo de riesgo, por lo tanto, son objeto de medidas penales y administrativas de control. En efecto, la medida de expulsión de los clandestinos, con independencia de que hayan cometido un delito o no, constituye hoy en día el mismo “lugar” que la cárcel. La expulsión *stricto sensu* o la expulsión de la sociedad a través del encierro tienen -en el paradigma de la globalización- el mismo efecto simbólico.<sup>1084</sup>

Los “extranjeros” se tornan el grupo privilegiado de control y de las técnicas del gobierno biopolítico; este colectivo se configura con base en una “ciudadanía” que pretende ser rearticulada cada vez más con bases nacionales. En este sentido, las estrategias de inclusión de “minorías” del contrato social anterior se encuentran en proceso de rearticulación; la declaración de “irregularidad” depende de las definiciones producidas, del modo en el cual son formuladas y, a su vez, son sancionadas las normas de la regularización, de los itinerarios necesarios para alcanzar la “legalidad” y, en particular, por la forma en que dichas normas son aplicadas.<sup>1085</sup>

En consecuencia, la irregularidad es el espacio de determinación subjetiva por medio de la cual se residen los contenidos de la ciudadanía de conformidad con los límites trazados por la razón político-simbólica. En busca de un “universal” que se corresponda con la lógica imperial, lo que produce o incentiva la irregularidad es el modo en el cual resulta definida la regularidad. Concomitantemente, el status de irregularidad será adjudicado de conformidad con la forma en la que se concreta la vigilancia y la forma en que son aplicadas las sanciones.<sup>1086</sup> La identificación de las conductas, mediante la vigilancia sistemática de ciertos grupos y de ciertas modalidades de comportamiento, así como también la forma en que se produce el relato sobre los hechos y los sujetos individualizados, la gestión y la implementación de los procedimientos administrativos, etc., forman parte de los mecanismos de gestión de los flujos migratorios.

En este sentido, la Unión Europea representa el verdadero centro de gravedad de la nueva orientación restrictiva que los países europeos están

---

<sup>1084</sup> De allí que la conservación del orden social impone el despliegue de una racionalidad de control capaz de desarticular los lazos sociales que en el pasado eran esenciales al modelo de producción fordista. Esto encuentra explicación en que aquellas prácticas escapan al control de la disciplina y, bajo la epistemología del riesgo, la gestión apela constantemente a la neutralidad, haciendo factible la deshumanización.

<sup>1085</sup> Mosconi, G., “Inmigración, seguridad y cárcel en Italia”, op. cit., pág. 144-169.

<sup>1086</sup> Fernández Bessa, C., /Ortuño Aix, J.M., /Manavella Suárez, A., “Los efectos de la cultura de emergencia en la criminalización de los inmigrantes”, en Puente Aba, L.M., (dir.), Zapico Barbeito, M., /Rodríguez Moro, L., *Criminalidad organizada, terrorismo...*, op.cit., *pássim*.

adoptando para hacer frente al fenómeno migratorio.<sup>1087</sup> Pero Schengen es también una forma particular de ejercicio del sistema de control, se trata de un control que opera a través de los flujos imperceptibles de la información, del fichaje en masa de sujetos, para el control de los movimientos de poblaciones enteras en éxodo, control de la relación cuerpo-territorio, población-territorio: gobernabilidad.<sup>1088</sup> Son las poblaciones y no los individuos las que son objeto de control. La gobernabilidad y el control biopolítico se institucionalizan en el “espacio” Schengen<sup>1089</sup> bajo dispositivos de gestión que reproducen los nuevos nodos en que se funden la forma de soberanía y la gobernabilidad imperiales.<sup>1090</sup>

El sistema de control se expresa mediante la adopción de una estrategia de prevención basada en la representación de los migrantes no ya como sujetos, sino como pertenecientes a un grupo de riesgo: los extranjeros. En este sentido, que la expulsión constituya la sanción por antonomasia de las estrategias de control sobre los migrantes de la Unión Europea habla a las claras de una práctica represiva dirigida a gestionar aquello que se considera riesgoso o es percibido como peligroso,<sup>1091</sup> fuera de lo “universal.”

Asimismo, Schengen diseña una normativa para contener una situación de presunta emergencia producida por la peligrosidad de la delincuencia de los migrantes; estos dispositivos operan como el principal agente de producción social de la desviación de toda una categoría de individuos. En este sentido, la adopción de una estrategia preventiva de contención y gestión de un fenómeno social percibido como potencial fuente de riesgo predetermina, de este modo, las

---

<sup>1087</sup> Pérez Cepeda, A.I., *La seguridad como fundamento...*, op.cit., págs. 246 ss.

<sup>1088</sup> Véase Foucault, M., “*On Governmentality*” (1978), *Ideology and Consciousness*, núm. 6 (Autumn 1979), págs. 8-10. Desde la mitad del siglo XVI, una serie de tratados sobre el “arte de gobernar” comienzan a aparecer. Ellos no fueron relacionados con las tradicionales preguntas acerca de la naturaleza del Estado, ni tampoco con el problema de cómo el príncipe podría ser el mejor para conservar el poder (aunque éstos tópicos no estuvieron enteramente ausentes). Su campo fue mucho más amplio. Éstos tratados hablaban directamente del “gobierno de la casa, almas, niños, una provincia, un convento, una orden religiosa, o una familia.” La reflexión política fue tácitamente ampliada para incluir al menos todas las formas de las actividades humanas, desde las más pequeñas sensaciones del alma, hasta las más grandes maniobras del ejército. Cada actividad en su propio campo específico, demandaba reflexión sobre cómo esto podría ser realizado de la mejor manera posible. “Lo mejor -afirma Foucault- significa *lo más económico*. El arte de gobernar está relacionado con cómo introducir la economía que es la correcta manera de administrar los individuos, dioses y riquezas en el interior de las familias, cómo introducir esta meticulosa atención de el padre hacia su familia, dentro de la administración del Estado.” Asimismo, véase Foucault, M., *Seguridad, territorio y población*, op.cit., págs. 107 ss., 139 ss.; retomando estas tesis foucaultianas, Agamben, G., *El reino y la gloria. Por una genealogía teológica de la economía y el gobierno*, Pre-textos, Madrid, 2009, en especial capítulo 8.

<sup>1089</sup> Dietrich, H., “*El mediterráneo como nuevo espacio de disuasión*” (trad. Marín/Hernández), en AA.VV., *Frontera Sur. Nuevas políticas de gestión y externalización del control de la inmigración en Europa*, Virus, Barcelona, 2008, págs. 40-47.

<sup>1090</sup> Mezzadra, S., /Nielson, B., “*Border as method...*”, op.cit.

<sup>1091</sup> De Giorgi, A., *El gobierno de la excedencia...*, op.cit., 35. Véase el tratamiento de la expulsión *infra* 3.4.



condiciones estructurales con base en las cuales ese riesgo se actualiza como “realidad” que, a su vez, genera (o más bien permite canalizar hacia determinados fenómenos a cambio de otros) sentimientos de inseguridad.<sup>1092</sup>

Estos sentimientos de inseguridad aislados de un contexto más amplio de precariedad social *difusa*, (riesgos ambientales, en el mercado de trabajo, en el mercado financiero, en las relaciones interpersonales, etc) del cual a menudo parecen emerger, producen nuevas exigencias de medidas penales frente a los sujetos percibidos como fuente inmediata y concreta de peligro y, de este modo, ofrecen nueva legitimación a las políticas de control social selectivas.

Es dable referirse a la situación actual como aquella en la que se da una interacción incontrolada entre la construcción social de la desviación y criminalidad de los migrantes y un sentimiento de inseguridad (debido también a la degradación urbana, la ineficacia de los servicios públicos, problemas económicos e incluso la promoción de adhesiones a los valores inmutables del occidente) que ha convertido al inmigrante en el fácil y cómodo chivo expiatorio, en el enemigo.<sup>1093</sup>

Una clase peligrosa –cuya peligrosidad, más que percibida realmente, aparece como objeto de una construcción social e institucional- se materializa así, de forma dramática, en los alarmantes datos de población carcelaria, denuncias y arrestos de migrantes.<sup>1094</sup> Respecto de ellos, en el año 2006 la población reclusa

---

<sup>1092</sup> Pérez Cepeda, A.I., *La seguridad...*, op.cit., págs. 437 ss.

<sup>1093</sup> De Giorgi, *Tolerancia cero...* pág., 108 ss; Portilla Contreras, G., “*La configuración del homo sacer...*”, op.cit., pág. 1413; Brandariz García, J.A., *Política criminal...*, op.cit., págs. 168 s.

<sup>1094</sup> Las tasas de criminalidad de los inmigrantes en España, se enfrentan a serios problemas metodológicos. Los datos son insuficientes y poco matizados: los valores se sitúan entre tres o cuatro veces por encima de los correspondientes a la población nacional según se incluya o no la población extranjera transeúnte. Sin embargo, en los últimos años las detenciones por infracciones penales presenta un perfil no muy distinto de los nacionales. En este sentido es preciso distinguir las violaciones a la ley de extranjería a la comisión de delitos o faltas. No obstante, y como consecuencia del modelo de estado actual, la cárcel como pena por antonomasia frente al extranjero desde hace una década se acrecienta constantemente, junto con el dispositivo *excedentario* del artículo 89 CP que dispone la expulsión. Para estudios anteriores sobre población penitenciaria extranjera, véase García España, “*Análisis cuantitativo de la delincuencia de inmigrantes*”, Boletín Criminológico, núm. 49, septiembre-octubre 2000; García España, E., /Pérez Jiménez, F., “*Evolución de la delincuencia en España y Andalucía: Análisis e interpretación de las estadísticas oficiales*”, Informe ODA 2004, Fundación El Monte, Instituto Andaluz Interuniversitario de Criminología, Málaga, 2004, págs. 61, 146-147; Díez Ripollés, J.L., *La política criminal en la...*, op.cit., págs. 21 ss.; Monclús Masó, M., *La gestión penal de la inmigración...*, op.cit., págs. 261 ss., la autora no considera idóneas las estadísticas para medir los índices de criminalidad, sino tan sólo como instrumento para medir la actividad de las instancias del sistema penal y sus agencias. Pero al analizarlas, hay que tener en cuenta que tanto el género como la edad son elementos que producen una mayor vulnerabilidad. En este sentido, se puede observar que en todas las fases de criminalización hay una sobrerrepresentación del número de extranjeros respecto a los niveles de residencia en la sociedad, lo que se comprueba al relacionar el índice de detenciones –sobre todo como advertimos frente a las estadísticas que no distinguen entre el carácter penal o administrativo de las detenciones-, o condenas. Como señala la investigación de Monclús Masó,

aumentó en 2967 presos, de los cuales el 68,32% eran extranjeros, produciéndose un incremento del 4,86%. Por su parte al año siguiente, la población mostró un incremento de 3079 presos, de los que el 75,80% son extranjeros y vuelve a aumentar en un casi 5%.<sup>1095</sup> La relación que se establece entre inmigración y criminalidad se cristaliza en un fenómeno más general como es el aumento de la población reclusa. En este sentido, se registró un crecimiento del 61.1% para el periodo 2000-2006 debido a los extranjeros.<sup>1096</sup>

Por su parte, las cifras de comienzos de 2008 arrojan que el porcentaje de reclusos extranjeros en las prisiones españolas es el 34'64%.<sup>1097</sup> Los niveles de encarcelamiento de inmigrantes en la Unión Europea aumentan y, en algunos estados supera el 30%, una cifra muy superior a su peso demográfico general.<sup>1098</sup>

---

M., *La gestión penal de la inmigración...*, op.cit., pág. 343, en la estancia policial, los extranjeros tienen 4,5 veces más posibilidades de ser detenidos que los españoles, en la judicial la posibilidad de ser condenados es de 3,4 veces mayor y en la instancia penitenciaria los extranjeros son encarcelados 4,3 veces más que los españoles.

<sup>1095</sup> La evolución porcentual de la población penitenciaria de acuerdo a su origen nacional en el año 2000 presentaba para el caso de los españoles un 82,1%, mientras que para 2004 había descendido un diez por ciento, 72,89. En 2007 el porcentaje de inmigrantes es de 34,24%. Entre los centros penitenciarios cuyos porcentajes de población reclusa extranjera son mayores se encuentran: La Moraleja-Dueñas (Palencia) con el 76,59%; Topas (Salamanca) que de 640 inmigrantes en 2004, hoy tiene 1162, conformando un 68,15% de un total de 1762 presos. Del grupo de extranjeros sólo 12 proceden de países de la comunidad. Para más datos véase el informe de Acaip disponible en [www.acaip.info/acaip/informes.html](http://www.acaip.info/acaip/informes.html).

<sup>1096</sup> De conformidad con los datos del Ministerio del Interior, 2007, págs. 344 ss. No obstante, estos datos tienen que ser evaluados teniendo en cuenta que las cifras sobre las que se trabaja no son concretas, debido al carácter "irregular" de los migrantes que viven en España en relación con aquella cifra de extranjeros residentes. Aun así, se señala que en España durante el periodo 1996-2006 la población penitenciaria autóctona creció el 25,2%, mientras que la extranjera lo hizo el 184,2%. A fines de 2006, el 26,8% (5527) eran marroquíes, el 10,9% (2243) colombianos, el 7,2% (1488) rumanos, y el 6'4% (1311) argelinos. De acuerdo con Monclús Masó, M., "*La discriminación de los inmigrantes en el sistema penal español*", en Bergalli, R., (coord.), *Flujos migratorios...*, op.cit., pág. 187, la sobrerrepresentación de marroquíes y colombianos debe ponerse en relación con dos hechos delictivos: la inmigración irregular y la inserción en los eslabones más débiles del mercado ilegal de drogas. La autora destaca que a medida que pasen los años el carácter de extranjero del recluso va a ir perdiendo peso como variable de análisis, los migrantes de segunda generación, por ejemplo. Asimismo el análisis de los datos en García España, E., "*Extranjeros presos y reinserción: un reto del siglo XXI*" en Cerezo Domínguez, A.I., /García España, E., (coords.), *La prisión en España. Una perspectiva criminológica*, Comares, Granada, 2007, págs. 114 ss.; Fernández Bessa, C., /Ortuño Aix, J.M., /Manavella Suárez, A., "*Los efectos de la cultura de emergencia en la criminalización de los inmigrantes*", op.cit., págs. 229 ss.

<sup>1097</sup> Este dato está publicado en las estadísticas oficiales de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias, disponible en [http://www.mir.es/INSTPEN/INSTPENI/Gestion/Estadisticas\\_mensuales/2008/03/](http://www.mir.es/INSTPEN/INSTPENI/Gestion/Estadisticas_mensuales/2008/03/).

<sup>1098</sup> Silveira Gorski, H.C., "*Inmigración y Derecho: la institucionalización de un sistema dual de ciudadanía*", en Bergalli, R. (coord.) *Sistema penal y problemas sociales*, op.cit., págs. 539 ss. En el caso de España, según censo de 2005, los extranjeros representan el 9% de la población residente, sumando un total de 4.6 millones de personas. Las estadísticas penitenciarias, si bien no coinciden en virtud de las diversas fuentes pueden valorarse los siguientes datos: en 2004 el

Sobre este punto, Aebi señala que este dato debe ser, no obstante, matizado frente a la concurrencia de diversos factores. En primer lugar señala la ausencia en el volúmen general de la población de la cifra correspondiente a los migrantes irregulares; en segundo lugar, en estos datos no se discriminan aquellas infracciones relativas al ámbito administrativo; en último término, pone de relieve que es necesario tener en consideración aquellos extranjeros que no pretenden establecerse en el país.<sup>1099</sup>

El escenario descrito por los datos presentados demuestra la esquizofrenia con que se estructura el discurso del control y la política simbólica frente a los flujos migratorios y, revela la búsqueda del *universal postmoderno* que opera como la capacidad de establecer una nueva rearticulación de los “espacios” entre clases trabajadoras y clases peligrosas.<sup>1100</sup> Las profundas transformaciones del modelo *welfarista* contribuyen a agravar las condiciones de privación económica que golpean a sectores cada vez más amplios de la sociedad. Estas condiciones que se concentran espacialmente (guetización) reproducen una *underclass* a la cual se le niega un acceso legítimo a los recursos económicos y sociales disponibles y se convierte en objeto de una construcción social basada en la peligrosidad, en la amenaza para la seguridad ciudadana.<sup>1101</sup>

---

porcentaje de reclusos extranjeros en prisiones españolas si situaba entre el 25-28%, lo que triplica su peso demográfico; el 57% del incremento de la población en el período 1999-2004 corresponde a reclusos extranjeros; en 2002, el porcentaje de reclusos en prisión preventiva de nacionalidad extranjera era del 44%. Véanse, Gallizo, M., “Los retos del sistema penitenciario en el siglo XXI”, en *El País*, 22 de septiembre de 2005; Serrano Maíllo, A., “Estadísticas judiciales”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, núm. 12, 2003; Soto Navarro, S., “La influencia de los medios...”, op.cit., pág. 40 acerca el dato de que en 2002 el 46% de los presos preventivos eran extranjeros, lo cual, según la autora influye en la petición del gobierno a la Fiscalía General del Estado para que reclamase prisión provisional siempre en los presuntos infractores tuviesen la condición de migrantes irregulares. Según el diario *El País* de 16 de junio de 2006, el porcentaje de presos preventivos extranjeros es del 40%; Wacquant, L., “Penalización de la miseria y proyecto político neoliberal”, op.cit., págs. 62 ss. Para datos más recientes véanse, [www.acaip.info/acaip/informes.html](http://www.acaip.info/acaip/informes.html) ; [www.malaga.acoge.org/2003/set03/pris.htm](http://www.malaga.acoge.org/2003/set03/pris.htm); Re, L., *Cárcel y globalización. El “boom” penitenciario en los Estados Unidos y en Europa*”, (trad. Chierico), Ad-hoc, Buenos Aires, 2008, págs. 228 ss.

<sup>1099</sup> Aebi, M.F., *Temas de Criminología*, Dykinson, Madrid, 2008, págs. 52 ss. En el mismo sentido, Terradillos Basoco, J., “La criminalidad de los migrantes. Aproximación criminológica”, en *Revista Galega de Seguridade Pública*, núm. 8, 2006, págs. 126 ss.; esta apreciación la realiza también Monclús Masó, M., *La gestión penal de la inmigración*, op.cit., pág. 265, 268 sostiene que es conveniente advertir que de conformidad con el paso de los años las cifras de extranjeros pueden perder relevancia a fin de verificar la existencia o no de una sobre-criminalización de determinados colectivos. Conforme tengamos una generación de hijos de migrantes que tengan nacionalidad española, el criterio de la nacionalidad no será suficiente para analizar los efectos que el sistema penal produce en diversos grupos poblacionales. Será necesario, que tanto las instancias oficiales como los investigadores, empiecen a generar información recurriendo al criterio clasificatorio de los grupos o minorías étnica como ocurre en EEUU o Gran Bretaña.

<sup>1100</sup> Véase Palidda, S., “Devianza y criminalità tra gli immigranti: ipotesi per una ricerca sociologica” en *Revista Inchiesta*, núm. 103, 1994; Mezzadra, S., *Derecho de fuga.....*, op.cit., págs. 99-101.

<sup>1101</sup> Re, L., *Cárcel y globalización...*, op.cit., págs. 228 ss.; Palidda, S., *Polizia postmoderna. Etnografia del nuovo controllo sociale*, Interzone, Milano, 2000, págs. 120 ss.; Tyler, T.R., “*Governing amid diversity:*

Todo ello sirve de aval para la adopción de estrategias de control y vigilancia de determinadas áreas metropolitanas, generando consenso político mediante la configuración de un espacio social cada vez más recortado y limitado entre excluidos e incluidos.<sup>1102</sup> Los inmigrantes son tratados como un “grupo de riesgo” a partir de la “estigmatización”<sup>1103</sup> que de ellos se hace, asociándolos con la delincuencia y el terrorismo, idea que se ve reforzada por la información de las estadísticas que legitiman los medios de comunicación.<sup>1104</sup> Se los asocia con el peligro, la delincuencia, la violencia y la molestia, “y donde se sospecha peligro, no tarda en surgir el temor: *la clase marginada está formada esencialmente, por personas que destacan, sobre todo, por ser temidas.*”<sup>1105</sup>

El cambio de paradigma criminológico analizado<sup>1106</sup> produce que la constante llegada de migrantes a España, sumada a los persistentes requerimientos por parte de la Comunidad Europea promueva la revisión de gran parte de la normativa sobre extranjería e inmigración.<sup>1107</sup> Las medidas y las

---

*the effect of fair decision-making procedures on the legitimacy of government*”, en Vogel, M.E., *Crime, inequality and the state*, Routledge, London, 2007, págs. 74 ss., en la misma obra Feeley, M.M./Simon, J., *The new penology: notes on the emerging strategy of corrections and its implications*, op.cit., págs. 181 ss.

<sup>1102</sup> Melossi, D., *Inmigración e inseguridad: una introducción*, en Panóptico, núm. 3, 2002, pág. 162; Garland, D., *La cultura del control*, op.cit., págs. 228 ss; del mismo *Overcoming the crisis in critical criminology: toward a grounded labeling theory*, en Vogel, M.E., *Crime, inequality...*, op.cit., págs. 408-409.

<sup>1103</sup> Antón Prieto, J.I., *Inmigración y delito en el imaginario colectivo. Alternativas a una relación perversa*, en XII Curso Extraordinario. *Cuestiones Actuales de Criminología, Inmigración, integración, convivencia*, Universidad de Salamanca, Salamanca, 2005, pág. 16 ss. Este autor evalúa los resultados obtenidos en un trabajo de campo respecto de la problemática de la inmigración en la Comunidad Autónoma de Castilla y León, donde es dable destacar que de un total de 802 entrevistados un 30.9% desea un tipo de inmigración de personas que no vengan acompañadas por sus familias y que se regresen, mientras que un 34.8% prefiere que vengan con sus familiares y puedan asentarse. Lo anterior no es óbice para que en este aspecto el 92.8 % conteste afirmativamente cuando se le pregunta si debe existir libertad para trabajar y vivir en otro país, ibídem, pág. 23.

<sup>1104</sup> Wagman, D., *Estadística...*, op.cit., pág. 8; Brandariz García, J.A., *Política criminal...*, op.cit., págs. 66 ss.; De Giorgi, A., *Tolerancia Cero...*, op.cit., pág. 19; Rodríguez, E., *España: zero tolerance*, op.cit., pág. 112; Monclús Masó, M., *La “gestión” penal de la inmigración: otra excepción al Estado de derecho*, en Panóptico, núm. 3, 2002, de la misma *La discriminación de los inmigrantes en el sistema penal español*, en Bergalli, R., (coord.) , *Flujos migratorios y su (des)control...*, op.cit., y *La gestión penal de la inmigración*, op.cit., págs. 332 ss.; Ríos Martín, J.C., *La cárcel: descripción de una realidad*, en Panóptico, núm. 2, 2001; Fernández Bessa, C., /Ortuño Aix, J.M., /Manavella Suárez, A., *Los efectos de la cultura de emergencia en la criminalización de los inmigrantes*, op.cit., págs. 236 ss.; Anitua, I., *La inmigración y los discursos...*, op.cit., pág.144.

<sup>1105</sup> Bauman, Z., *Trabajo, consumismo y nuevos pobres*, op.cit., pag. 104, el subrayado no pertenece al original.

<sup>1106</sup> Véase supra punto 2.7.

<sup>1107</sup> González Vega, J.A., *¿Pero realmente existe una política europea de inmigración? Dificultades y retos para su implementación*, en Eikasia. Revista de Filosofía, año II, 10, mayo 2007, disponible en <http://www.revistadefilosofia.org>, págs. 11 ss.

reformas, inspiradas en la “necesidad de la integración social de los extranjeros”, muestra claras razones de control de los mismos para que el movimiento se lleve a cabo conforme con los intereses que en cada momento se establezca.<sup>1108</sup>

En este contexto el temor hobbesiano juega un rol fundamental: acrecienta la prevención y la desconfianza por encima de la realidad percibida. En la sociedad del riesgo, “resulta poco convincente exhortar a la cooperación y la solidaridad cuando tal invocación se realiza desde el peligro que el otro significa para la seguridad del conjunto; la consecuencia, no es la unión del frente común (de todos, pues como señalan los estudios de victimización son los inmigrantes las principales víctimas), sino el aislamiento y la desconfianza.”<sup>1109</sup>

El desarrollo de sentimientos de seguridad y de inseguridad en una persona depende de su posición económica, social, cultural, ideológica y política.<sup>1110</sup> En el estadio actual del proceso globalizador la población se divide en una parte competitiva (40%), una parte amenazada con la marginalidad (30%) y otra (30%) marginada.<sup>1111</sup> Dibujando el contorno de estas cifras, en la crisis del Estado de bienestar, influida por la ideología neoliberal, el Estado interviene menos en la economía, privatiza los gastos sociales y ya no puede seguir garantizando seguridad integral mínima a los ciudadanos. En este marco, para una parte considerable de la población, el Estado-nación debe legitimarse garantizando la seguridad respecto a la criminalidad y en consecuencia, está obligado a llevar a cabo un control del crimen en beneficio de la parte competitiva de la población.<sup>1112/1113</sup>

---

<sup>1108</sup> Según lo pone de manifiesto Rodríguez Mesa, “*Los delitos contra los ciudadanos extranjeros*”, op.cit., pág. 15 ss., “a pesar de que la ONU ha advertido a Europa de la necesidad de acoger a 44.000.000 de inmigrantes para mantener el crecimiento y garantizar sus pensiones, se detecta un endurecimiento de las políticas comunitarias de inmigración, basadas exclusivamente en el necesario control de los flujos migratorios.”

<sup>1109</sup> Véase Antón Prieto, J. I., “*Inmigración y delito en el imaginario colectivo. Alternativas a una relación perversa*”, op. cit., pág. 7.

<sup>1110</sup> Brandariz García, J.A., “*Seguridad ciudadana, sociedad del riesgo y retos inabordables de la política criminal*”, en Revista Galega de Seguridade Pública, número 9, 2007, págs. 44 ss.

<sup>1111</sup> Hebberecht, P. “*Sociedad de riesgos y política de seguridad*” en Da Agra, C., /Domínguez, L., /García Amado, J.A., /Hebberecht, P., /Recasens, A., (eds.), *La seguridad en la sociedad del riesgo. Un debate abierto*, op.cit., pág. 359.

<sup>1112</sup> Ver los datos estadísticos aportados por García España, E., “*Extranjeros y cárceles españolas*”, en *XII Curso Extraordinario...*, op.cit., págs. 69-75; de la misma “*Extranjería, delincuencia y legislación penitenciaria*”, en Revista de Derecho migratorio y extranjería, núm. 4, 2003; “*Los extranjeros en cárceles españolas*”, en Laurenzo Copello, P., *Inmigración y Derecho penal*, op.cit., págs. 184 ss., Anton Prieto, J.I., “*Inmigración y delito en el imaginario colectivo. Alternativas a una relación perversa*”, en Pérez Alvarez, F., (ed.) *Serta. In Memoriam...*, op.cit., págs. 252 ss.; Monclús Masó, M., *La gestión penal de la inmigración...*, op.cit., págs. 331 s.

<sup>1113</sup> Silva Sánchez, J.M., /I Saborit, D.F., /Robles Planas, R., /Pastor Muñoz, N., “*La ideología de la seguridad en la legislación penal española presente y futura*”, en Da Agra, C., / Domínguez, L., /García Amado, J.A., /Hebberecht, P., /Recasens, A., (eds.), *La seguridad en la sociedad del riesgo. Un debate abierto*, op.cit., pág. 128.

En la *lucha contra la inseguridad*, resulta fundamental la distorsión de la percepción subjetiva, ya que si bien aquella está focalizada en aspectos de la criminalidad cotidiana (pequeña delincuencia patrimonial, violencia callejera, distribución de drogas, etc.,) constituye un “enemigo menos formidable” que los migrantes.<sup>1114</sup> En este ámbito, los grupos de riesgo ofrecen, al menos simbólicamente, la garantía de la efectividad y la economía de los mecanismos de control. En función de ello, la criminalidad de los inmigrantes aparece sobrerrepresentada tanto por las estadísticas<sup>1115</sup> como por los medios de comunicación,<sup>1116</sup> debido en gran medida, a la *eficacia* en su persecución ofrecida por su “visibilidad.”<sup>1117</sup>

Los estereotipos sobre los que se reproduce la estrategia de control de los migrantes demuestran que las actuales políticas migratorias se sitúan a lo largo de un sistema de estrategias penales y no penales. Sin embargo, todas ellas están dirigidas a la contención represiva y al control preventivo de los flujos migratorios. Los aspectos represivos y selectivos de estas políticas activan sus dispositivos a partir del momento en que comienza el acto migratorio, consolidándose en el momento en que el migrante intenta estabilizarse en el nuevo territorio. En este contexto, el estatuto jurídico que se les asigna como grupo resulta relevante para la *producción de alteridad*.

---

<sup>1114</sup> De acuerdo con Wagman, D., “*Estadísticas...*”, op.cit., *pássim*, en este contexto, la utilización irresponsable o demagógica de los datos por parte del poder político puede llegar incluso a la pura falsificación de los mismos para sus propios fines. Y esto se puede decir tanto con respecto a los cuerpos de seguridad del Estado, como a la Administración, los representantes políticos, los medios de comunicación y la sociedad en general. Podría suceder que una de las mayores fuentes de inseguridad en la sociedad fuera no tanto la existencia de delito, sino la extendida alarma creada en torno a ella debido a la ignorancia o el interés. El fenómeno de la construcción de estereotipos criminalizadores de las personas inmigrantes es un tema muy complejo para tratar en profundidad aquí. Pero sí queremos explorar uno de sus aspectos: la utilización de datos supuestamente rigurosos y científicos para demostrar esta hipotética mayor tendencia criminal entre los inmigrantes. Se trata de analizar las afirmaciones y datos antes citados y, al mismo tiempo, dar algunas claves sobre cómo entender la relación entre el delito y las personas inmigrantes. Como iremos viendo, los datos son, en el mejor de los casos, de dudosa fiabilidad o están mal interpretados, cuando no resultan tendenciosos o manifiestamente falsos. Monclús Masó, M., *La gestión penal de la inmigración...*, op.cit., págs. 332 ss., también se hace eco de esta afirmación.

<sup>1115</sup> Roldán Barbero, H., “*Problemas metodológicos en la investigación de la delincuencia de los inmigrantes*”, en Fernández Le Gal, A., /García Cano, S., (dirs.) *Inmigración y Derechos de los extranjeros*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Córdoba, Córdoba, 2005, págs. 204 ss.

<sup>1116</sup> Fernández Teruelo, J.G., “*El proceso social de determinación de la normativa administrativa y penal en materia de inmigración*”, en Faraldo Cabana, (dir.), *Derecho penal de excepción...*, op.cit., págs. 227 ss.

<sup>1117</sup> De Giorgi, A., *Tolerancia Cero...*, op.cit., pág. 73; Rodríguez, E., *El gobierno...*, op.cit., págs. 121 y 130; Wagman, D., *Perfil racial en España: Investigaciones y recomendaciones*, disponible en [www.ecln.org/link.asp?linkid\\_530](http://www.ecln.org/link.asp?linkid_530); García España, E., “*Los extranjeros en cárceles españolas...*”, op.cit., pág. 186.

Bajo el paradigma de la gestión, la idea de riesgo introduce un factor nuevo que tiene un aspecto doble: en primer lugar, proporciona los instrumentos idóneos para la identificación-construcción del problema (la amenaza que suponen los migrantes); en segundo lugar, diseña el procedimiento para la optimización de la gestión de la información que los dispositivos aportan.<sup>1118</sup> De esta forma, la prevención se basa en la posibilidad de desplegar estrategias de control de la “ilegalidad” producida; todo este engranaje se activa en virtud del predominio de las funciones de control simbólicas en detrimento de aquellas instrumentales, mediante la selectividad inherente al sistema penal que atrapa la comisión de delitos en las calles de las ciudades haciendo que las infracciones cometidas por los inmigrantes sean más *visibles* por la ciudadanía.<sup>1119</sup> Esto conlleva a que la sociedad tenga la percepción que la “inseguridad *ciudadana*” tiene como protagonistas a los *extranjeros*.<sup>1120</sup>

---

<sup>1118</sup> San Martín Segura, D., “La excepción material...”, op.cit., pág. 252 ss.; del mismo *El riesgo como dispositivo de gobierno en la sociedad de control. Algunas notas sobre Frontex*, en Brandariz García, J.A., /Fernández de Rota, A., /González, R., *La globalización en crisis. Gubernamentalidad, control y política de movimiento*, Casa Invisible-Universidade Invisíbel, Málaga, 2009, pág.58.

<sup>1119</sup> En este sentido afirma Wagman, D., “Estadística...”, op.cit., pág. 9 que lo más problemático de la propagación de la idea de que los inmigrantes cometen más delitos es que se llega a convertir en una profecía que se autocumple. Al justificarse una mayor vigilancia por la mayor sospecha que recae sobre ellos, aumentan sus niveles de detención y encarcelamiento, lo que, a su vez, se presenta como una nueva prueba de su mayor nivel de criminalidad, que justifica, de nuevo, una mayor vigilancia. El círculo perfecto. En este sentido también se expresa Harcourt, B.E., “*Sulla svolta attuariale in criminologia*”, en Conflitti Globali, núm. 5, 2007, págs. 89 ss., cuando afirma que los métodos de *profiling* adoptados por la criminología actuarial producen un incremento desproporcionado en la población carcelaria de los grupos de riesgo que son objeto de control; Palidda, S., “La “*revolución policial*”, en Puente Aba, L.M., (dir.), Zapico Barbeito, M., /Rodríguez Moro, L., *Criminalidad organizada...*, op.cit., pág. 55; San Martín Segura, D., *El riesgo como dispositivo...*, op.cit., pág. 54-55.

<sup>1120</sup> Sin embargo, como pone de manifiesto García España, E., “*Extranjeros y cárceles españolas*”, en XII Curso Extraordinario. Cuestiones Actuales de Criminología, op.cit., pág. 69., aunque en el año 2003 los hechos conocidos por la policía descendieron, las detenciones de presuntos autores han aumentado. El motivo, según la autora, no se debería a un incremento de detenidos españoles y/o extranjeros por la presunta comisión de delitos o faltas, sino a un aumento en el número de extranjeros detenidos por una infracción administrativa a la ley de Extranjería. Por su parte, Antón Prieto, “*Inmigración y delito en el imaginario colectivo...*”, op.cit., pág. 15, argumenta que las estadísticas del Ministerio del Interior indican bajadas generales de los distintos índices de delincuencia para los últimos años, lo que para diversos analistas significa que la inseguridad denotada por la ciudadanía y los mass media no se correspondería con “una ola de delincuencia” real que la sustente. Otra opinión que deslegitima la asociación entre inmigración y delito es la de Díez Ripollés, J.L., “*El aumento de la criminalidad y la izquierda*”, El País, 9-5-2002, donde señala que tal asociación es justamente lo contrario a lo que sucede, ya que “*hay menor criminalidad entre los inmigrantes regularizados que entre los nacionales. Eso no ha de extrañar: el inmigrante lo que quiere es trabajar, y si consigue un trabajo, conocedor de los recelos que suscita, prefiere llamar la atención lo menos posible. Sólo si no tiene de qué trabajar se busca la vida como puede. Nada nuevo, la marginación social siempre ha conllevado delincuencia. Lo nuevo es la enorme bolsa de inmigrantes irregulares sin trabajo.* En el mismo sentido Daunis Rodríguez, A., “*La gestación de la xenofobia...*”, op.cit., págs., 123 ss.

Así las cosas, la gestión *glocal* del Estado actual propone la estrategia que consiste en la aplicación de una política de segregación represiva y punitiva de las poblaciones de riesgo (jóvenes delincuentes, migrantes irregulares) de talante autoritario, moralmente conservador; una política de seguridad que intenta legitimarse a pesar de un creciente descrédito político como producto del paroxismo que sufre el significado de la democracia y la solidaridad en la economía neoliberal. Se aprecia, de este modo, una tendencia a la configuración de políticas cada vez más represivas basadas en la explotación de las inseguridades y los miedos de los ciudadanos, por parte de quienes se constituyen en generadores de opinión, de políticas y de prácticas en el ámbito local.<sup>1121</sup> En el ámbito del diseño de políticas de control social emerge el riesgo actuarial, cuyo funcionamiento opera a partir de conocimientos acumulados de tipo estadístico sobre el comportamiento de determinado tipo de sujeto –*profiling*–, que permiten diagramar e individualizar la prevención y represión. Sin embargo, hay que matizar esta afirmación de acuerdo a lo que sostiene San Martín Segura porque “no obstante, y aun cuando esas técnicas de *profiling* sean un aspecto fundamental del control actuarial, éste abarca prácticas que exceden esa funcionalidad específica de discriminación e individualización de niveles de peligrosidad. Con el objetivo de una mejor comprensión de las implicaciones de las nuevas lógicas de control, es conveniente hablar de control actuarial en el sentido más amplio de aplicación en este terreno de una idea de normatividad que trasciende la específica conducta individual, y que trata de comprender la realidad de control, no en referencia al sujeto, sino a grupos de individuos y sus conductas agregadas”.<sup>1122</sup>

### 3.3. b. Los mecanismos de gestión

Con el fin de custodiar el trazado simbólico de los límites de inclusión y exclusión del nuevo contrato neoliberal, el poder propone sendos mecanismos de control de los conflictos que sobrevendrán gracias al devenir flexible del Derecho. Esta premisa habilita que, en los apartados que siguen, analicemos los mecanismos dispuestos por el Estado para la gestión del control. En este ámbito, el riesgo postmoderno abre una profunda grieta entre las formas de la disciplina y las de la biopolítica, es decir, se conserva el andamiaje biopolítico de un poder

---

<sup>1121</sup> Véase Bernuz Benítez, M.J., “La percepción de los jóvenes antisociales como grupo de riesgo social” en Da Agra, C., /Domínguez, L., /García Amado, J.A., /Hebberecht, P., /Recasens, A., (eds.), *La seguridad en la sociedad del riesgo. Un debate abierto...*, op.cit., págs. 261- 277; Da Agra, C., /Castro, J., “¿Los extranjeros son un grupo de riesgo? Investigación en prisiones portuguesas, *ibidem*, págs. 279-301. Recasens i Brunet, A., “Globalización, riesgo y seguridad: el continuose de lo que alguien empezose”, op.cit., pág. 369 ss.; Miranda, M.J., “El control policial de los inmigrantes en España”, en Dores, P.A., (org.), *Prisoas na Europa. Um debate que apenas começa*, Celta, Oeiras, 2003, págs. 183 ss.

<sup>1122</sup> San Martín Segura, D., *El riesgo como dispositivo...*, op.cit., pág. 54.



entendido como regulador de las poblaciones productivas, como control de los flujos de la fuerza de trabajo global en un espacio transformado en imperial, pero se abandona, en parte, aquella “anatomía política del cuerpo” de la que hablara Foucault.<sup>1123</sup>

Lo anterior se evidencia también si analizamos el concepto de frontera. Éste ha devenido desterritorializado. La soberanía imperial dispersa los controles selectivos y, un buen ejemplo de ello, es el proceso de unificación europea.<sup>1124</sup> La Unión Europea ha externalizado gran parte de la gestión de sus fronteras hacia otros países, estableciendo determinados procedimientos de control de visados fuera de su territorio, o derivando el control de documentos no sólo a funcionarios sino también a las compañías de transporte.<sup>1125</sup> Asimismo esta desterritorialización llega hasta la frontera del país de origen del trayecto migratorio, congeniando procedimientos preventivos que más que hacer impermeables las fronteras pretenden una definición de la identidad entre los mismos migrantes.<sup>1126</sup>

Las políticas diseñadas en aras de consolidar el espacio de “libertad, seguridad y justicia”<sup>1127</sup> dentro de sus fronteras, abordar el problema de la inmigración ilegal mediante un “enfoque global”<sup>1128</sup> o, sin más, “luchar contra la

---

<sup>1123</sup> Véase *supra* punto 1.2.

<sup>1124</sup> Espai per a la Desobediència a les Fronteres, “La vida en la frontera”, en *Frontera Sur...*, op.cit., pág. 208, afirma que “la frontera hoy es, fundamentalmente un complejo dispositivo biopolítico que determina quién es ciudadano y quién no, a qué precio, en qué condiciones y por cuánto tiempo. Un dispositivo que despliega una multiplicidad de controles que hace que la propia frontera sea, más que un lugar, una experiencia vivida de manera absolutamente diferente dependiendo del sentido en que se intenta cruzar, del motivo por el que se quiera cruzar, de si se tienen papeles o no, y de una infinidad de variables que tienen que ver con las relaciones de clase, de raza, de género, etc. A la vez, en su porosidad (el control nunca puede ser total), la frontera genera a su alrededor espacios marcados por la violencia y la incertidumbre, pero también por las estrategias de fuga y las redes transfronterizas que las hacen posible.”

<sup>1125</sup> Dietrich, H., “El mediterráneo como nuevo espacio de disuasión”, op.cit., págs. 17 ss.; Cuttitta P., “Los acuerdos de cooperación y el nuevo régimen fronterizo euroafricano”, (trad. Sewell), en AA.VV. *Frontera Sur...*, op.cit., págs. 91 ss.

<sup>1126</sup> Zaletel, P., “Competing for the highly skilled migrants: Implications for the EU Common Approach on Temporary Economic Migration”, *European Law Journal*, vol. 12, 2006, págs. 615 ss.; González Vega, J.A., *¿Política europea.....*”, op.cit., pág. 3.

<sup>1127</sup> Éste podría ser considerado uno de los objetivos de la Unión Europea, que conforme el denominado Tercer Pilar de la construcción de la UE, desde el Tratado de Amsterdam (1997-1999) que se ha consolidado a través del programa plurianual de Tampere (1999-2004) y el Programa de la Haya de consolidación de la libertad, la seguridad y la justicia en la Unión Europea (2004-2009).

<sup>1128</sup> Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo relativa a una política común de inmigración ilegal COM (2001) 672 final (no publicado en el boletín oficial); Objetivo perteneciente a las conclusiones de la Presidencia del Consejo Europeo de Bruselas de 15 y 16 de diciembre de 2005, a las cuales se anexó el documento “Enfoque global de la emigración: actuaciones prioritarias centradas en África y el Mediterráneo”. Véase Dietrich, H., “El Mediterráneo.....”, op.cit., págs. 52-53; Romero, E., “El Plan Africa, la política migratoria española de “nueva generación” y la guerra contra los pobres”, en AA.VV., *Frontera Sur*, op.cit., págs. 163 ss.; en la

inmigración ilegal de nacionales de terceros países”<sup>1129</sup> están organizadas en función de la externalización y privatización de los controles migratorios y, para ello, crean numerosos organismos de vigilancia de las fronteras, además de *corpus* de normas que legitiman estas prácticas.

En este contexto, el Estado español, por su ubicación geo-política, queda determinado como el lugar privilegiado para el establecimiento de este tipo de instrumentos de control de la inmigración ilegal. El sucesivo proceso de *armonización* de las legislaciones locales, en aras de la creación de una única frontera exterior, ha sido hilvanado últimamente con la gramática de la seguridad y el control frente al terrorismo transnacional.<sup>1130</sup>

En el capítulo anterior hemos puesto de manifiesto la trascendencia que han tenido los atentados del 11 S, el 11 M o el 7 J, y cómo las políticas de seguridad propuestas por la rearticulación de la soberanía imperial se desarrollan en el contexto de la gestión del riesgo. Estas reterritorializaciones implican hibridaciones complejas que no permiten ya la distinción entre un interior y exterior del espacio soberano. El espacio *möbius* es la consecuencia del desplazamiento de la soberanía que busca legitimación en la vulnerabilidad que aqueja a “los ciudadanos” frente al terrorismo y a un enemigo omnipresente, frente al cual puede diagramar eficaces políticas de control.<sup>1131</sup>

Imbuida en el desarrollo de las políticas de prevención *necesarias* para el combate del terrorismo, la sospecha se convierte en el recipiente idóneo para contener las respuestas adecuadas frente a la amenaza de una determinada nacionalidad, religión, etc. que encarna fundamentalmente la figura del migrante, en especial, aquellos provenientes de países islámicos.<sup>1132</sup>

En consecuencia, no es de extrañar que el control de la inmigración ilegal se haya convertido en una prioridad de las políticas de seguridad para combatir el terrorismo.<sup>1133</sup> La invocada necesidad de control pretende encontrar asidero en que el terrorismo puede verse favorecido, promovido y facilitado por la existencia de comunidades de migrantes y flujos migratorios incontrolados.<sup>1134</sup>

---

misma obra Fernández Bessa, C., *El Estado español como punta de lanza del control y exclusión de la migración europea*, ibídem, pág. 137.

<sup>1129</sup> Este objetivo se destaca en COM (2006) 402 final, sobre las prioridades políticas en la lucha contra la inmigración ilegal de los nacionales de terceros países.

<sup>1130</sup> Fernández Bessa, C., “*El Estado español como punta de lanza del control...*”, op.cit., págs. 137 ss.

<sup>1131</sup> Palidda, S., “*La “revolución policial”*”, op.cit., págs. 50 ss.

<sup>1132</sup> Bigo, D., Carrera, S., Guild, E., Walker, R., *Mid-Term report on the results o the CHALLENGE project*, 2006, disponible en [www.libertysecurity.org/article1357.html](http://www.libertysecurity.org/article1357.html)

<sup>1133</sup> Beck, U., “*Living in the world risk society*”, A Hobhouse Memorial Public Lecture, 2006, Londres, disponible en [www.Libertysecurity.org/IMG/pdf\\_Beck-2006.pdf](http://www.Libertysecurity.org/IMG/pdf_Beck-2006.pdf)

<sup>1134</sup> Véase Documentos de Seguridad y Defensa, “*El control de los flujos migratorios hacia España: situación actual y propuestas de actuación*”, Centro de Estudios de la Defensa Nacional, núm. 6, 2007, disponible en <http://www.ceseden.es> ; Zaletel, P., “*Competing for the highly skilled migrants: Implications for the EU Common...*”, op.cit., págs. 624.

Bajo la gramática de la sospecha, los Estados miembros han ido sancionando y desarrollando legislaciones que contienen medidas y procedimientos que implican el reforzamiento del intercambio de información, la cooperación entre expertos, la utilización de tecnologías de vigilancia y control que, se han ido cristalizando en medidas de excepción. Éstas terminan adquiriendo carácter normal, denotando así cómo los procesos de rearticulación soberana inauguran el carácter flexible del Derecho.

Como señaláramos, los procesos descritos se desarrollan en el marco discursivo de la inseguridad, ámbito en el cual logran converger la inmigración y el terrorismo, mediante la apelación a la puesta en riesgo de la soberanía, la identidad, la seguridad nacional. Todo ello forma parte de la retórica que acompaña el proceso de construcción de la Unión Europea. Desde 1985, cuando se firman los Acuerdos de Schengen, el tema del control de las fronteras exteriores ha sido permanentemente relacionado con la protección de la seguridad interior y la protección de la Comunidad Europea de las amenazas exteriores. Sin embargo, el marco conceptual de la amenaza ya no recae en otros Estados, sino que es representada en la figura del migrante.<sup>1135</sup>

Todo ello hace que mientras los procesos migratorios se construyen sobre el miedo y su carácter amenazante, puede prescindirse de la necesidad de dar explicaciones respecto de las irregularidades que se precipitan sobre los instrumentos y procedimientos establecidos que vulneran los derechos humanos de los migrantes.<sup>1136</sup> Esto se produce no sólo porque los migrantes encarnan una vida desnuda (*homo sacer*) como consencuencia de que el poder soberano crea una instancia *paralegal*, sino también y más determinante porque estamos frente a una vida *hiperregulada* bajo la gramática pretendidamente desideologizada de la gestión; una *ley* discrecional y arbitraria, un *poder administrativo* que ostenta la potestad de legislar sobre materias que competen a otros poderes. La ilegitimidad de la ley deja de operar de parámetro de actuación bajo las coordenadas de la excepción permanente, porque como afirma Butler “tenemos que considerar el

---

<sup>1135</sup> Martín Pérez de Nanclares, J., “La inmigración y el asilo en la Unión Europea: Presente y futuro”, en Remiro Brotóns, A., /Martínez Capdevila, C., (eds.), Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, (monográfico sobre “Movimientos migratorios y Derecho”), vol. 7, 2003, pág. 93.

<sup>1136</sup> Rifkin, J., *El sueño europeo. Cómo la visión europea del futuro está eclipsando el sueño americano*, (trad. Vilà Vernis/Fernández Auz/Eguibar), Paidós, Barcelona, 2004, págs. 327-328 y 330. En todo caso, no se trata de meras elucubraciones, pues tal como informa un recentísimo estudio la percepción del fenómeno migratorio por la opinión pública europea, es en términos globales crecientemente negativa oscilando entre el 50% que se muestra reticente ante la inmigración y el 25% que rechaza frontalmente la idea de una sociedad multicultural, pasando por un 40% que niega el reconocimiento de derechos y libertades (*civil rights*) a los inmigrantes; véase Bureau of European Public Advisers (BEPA), *European Commission, Migration and Public Perception*, 4 de octubre de 2006, págs. 114; disponible en [http://ec.europa.eu/justice\\_home/doc\\_centre/immigration/studies/docs/BEPA\\_migration\\_2006\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/justice_home/doc_centre/immigration/studies/docs/BEPA_migration_2006_en.pdf)

acto de suspensión de la ley como un performativo que hace surgir una configuración contemporánea de la soberanía o más precisamente, como un acto que reanima una soberanía espectral dentro del campo de la gobernabilidad.”<sup>1137</sup>

De este modo, el contexto en el cual las políticas migratorias de la UE se incertan, esto es, de la lucha antiterrorista, la lucha contra el tráfico de drogas y la criminalidad organizada transmite una idea bastante clara del enfoque desde el cual se abordan los flujos migratorios. En el contexto de la ciudadanía excluyente,<sup>1138</sup> son diagramados los procedimientos relativos a la expulsión de los migrantes irregulares, comprendidos en diversos documentos de la UE. En este sentido, la Directiva 2001/40/CE del Consejo, de 28 de mayo de 2001, relativa al reconocimiento mutuo de las decisiones en materia de expulsión de nacionales de terceros países;<sup>1139</sup> la Comunicación de 7 de mayo de 2002 titulada «Hacia una gestión integrada de las fronteras exteriores de los Estados miembros de la Unión Europea», la Comisión preconizaba la creación de un «Órgano común de expertos de fronteras exteriores» encargado de la gestión de la cooperación operativa en las fronteras exteriores de los Estados miembros;<sup>1140</sup> la Directiva 2003/110/CE del Consejo sobre la asistencia en casos de tránsito a efectos de repatriación o alejamiento por vía aérea;<sup>1141</sup> así como las Decisiones del Consejo 2004/191/CE, de 23 de febrero de 2004, por la que se establecen los criterios y modalidades prácticas para la compensación de los desequilibrios financieros resultantes de la aplicación de la Directiva 2001/40/CE relativa al reconocimiento mutuo de las decisiones en materia de expulsión de los nacionales de terceros países<sup>1142</sup> y 2004/573/CE de 29 de abril de 2004, relativa a la organización de vuelos conjuntos para la expulsión desde el territorio de dos o más Estados miembros de nacionales de terceros países sobre los que hayan

---

<sup>1137</sup> Butler, J., “*Detención...*”, op.cit., págs. 91-92.

<sup>1138</sup> En este sentido, expresa Monclús Masó, M., *La gestión penal de la inmigración...*, op.cit., pág. 367-368 que “la creación de una ciudadanía europea supone una redefinición de las identidades políticas de los ciudadanos de los Estados miembros, cuya contrapartida es la exclusión del “otro”. Es decir, el Proyecto de Constitución Europea primero y el Tratado de Lisboa después, culminan la creación de una nueva identidad política.”

<sup>1139</sup> DOCE núm L 149, 2 de junio de 2001.

<sup>1140</sup> El plan para la gestión de las fronteras exteriores de los Estados miembros de la Unión Europea, aprobado por el Consejo el 13 de junio de 2002, ratificó la creación de un Órgano común de expertos de fronteras exteriores a efectos de la gestión integrada de las fronteras exteriores, Órgano que sin embargo presentaba ciertas limitaciones estructurales respecto a la coordinación de la cooperación operativa. Finalmente, Frontex se creó el 1 de mayo de 2005 (Reglamento (CE) núm. 2007/2004 del Consejo) con el objetivo de gestionar y coordinar las actividades operativas entre los Estados miembros. El Consejo de Justicia y Asuntos de Interior decidió establecer la sede de la Agencia en Varsovia.

<sup>1141</sup> DOCE núm. L 321, 6 de diciembre de 2003.

<sup>1142</sup> DOCE núm. L 60, 27 de febrero de 2004.

recaído resoluciones de expulsión.<sup>1143</sup> Sin duda, un instrumento claro de la externalización de los controles son las denominadas Políticas Europeas de Vecindad que imponen la gestión de las migraciones como condición determinante para la adopción de acuerdos comerciales con la UE, lo cual implica la responsabilización a terceros países del control y gestión de los migrantes.<sup>1144</sup>

En septiembre de 2005, se realiza la propuesta de Directiva relativa a procedimientos y normas comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países que se encuentren ilegalmente en su territorio (COM. 2005/391) que dispone que el plazo de espera para los casos de expulsión pueda tener un plazo máximo de 6 meses. Asimismo dispone que estas medidas deberán ser dictadas por autoridades judiciales y que sólo serán procedentes cuando haya riesgo de fuga y no sea posible la aplicación de una medida menos lesiva, garantiza el recurso judicial, con efectos suspensivos de las órdenes de expulsión. En su art. 9 sienta el plazo máximo de prohibición de regreso en 5 años, si bien podría ser modificable en virtud de las circunstancias del caso concreto, pudiendo no aplicarse también.<sup>1145</sup>

---

<sup>1143</sup> DOCE núm. L 261, 6 de agosto de 2004. Que establece la cooperación de los Estados miembro para llevar a cabo eficazmente las repatriaciones. Esta medida fue aplicada por primera vez el 9 de marzo de 2005, con un vuelo organizado por Bélgica en colaboración con Luxemburgo y Holanda en el marco de un procedimiento de expulsión de solicitantes de asilo rechazados. Véase Espai per a la Desobediència a les Fronteres, *“La vida en la frontera”*, op.cit., pág. 224. Por su parte, España y Francia tienen firmado un acuerdo de estas características. Asimismo, como cristalización de estas políticas conjuntas de repatriación, se firmó el Tratado relativo a la profundización de la cooperación transfronteriza, en materia de lucha contra el terrorismo, la delincuencia transfronteriza y la inmigración ilegal, en Prüm el 27 de mayo de 2005 entre los siguientes países: Alemania, España, Francia, Luxemburgo, Países Bajos y Austria, luego adhirió al mismo, Italia.

<sup>1144</sup> Dietrich, H., *“El Mediterráneo...”*, op.cit., págs. 33 ss. Por su parte Cuttitta, P., *“Los acuerdos de cooperación”*, op.cit., págs. 102 ss., señala que desde 2004, el inicio de estas políticas y con “el objetivo de evitar la aparición de nuevas líneas divisorias entre la UE ampliada y nuestros vecinos, y de consolidar la estabilidad y la seguridad de bienes para todos” se complementa con el ya iniciado “Proceso de Barcelona” adoptada en la Conferencia Euromediterránea, 27-28 de noviembre de 1995. La Política Europea de Vecindad ofrece incentivos adicionales y oportunidades a los países participantes que son: Argelia, Armenia, Azerbaiyán, Bielorrusia, Egipto, Georgia, Israel, Jordania, Líbano, Libia, Moldavia, Marruecos, la Autoridad Palestina, Siria, Túnez y Ucrania. Esta externalización del control se desenvuelve mediante acuerdos para llevar a cabo una gestión conjunta del control de la inmigración, así como compromisos para fomentar la inmigración legal y promover el reforzamiento de la vigilancia de las fronteras con países vecinos con la ayuda de la UE, y la firma de acuerdos con la UE.

<sup>1145</sup> La Directiva, que establece un plazo de dos años para la incorporación a la legislación de cada estado, fue finalmente aprobada en el procedimiento de codecisión entre Parlamento y Consejo europeos en junio de 2008; fue consecuencia de un largo proceso en el que se manifestó la preocupación de la UE por armonizar las normativas sobre expulsión e internamiento de los migrantes irregulares, que se inició con un libro verde de la comisión en abril de 2002. La normativa no resulta aplicable a Reino Unido, Irlanda y Dinamarca, pero sí a los demás estados miembros de la UE y, en parte, a los estados asociados a Schengen (Noruega, Islandia, Suiza y

Esta directiva fue finalmente aprobada en junio de 2008, y no resulta aplicable a los procedimientos de expulsión penal. Define qué deberá entenderse por “retorno” señalando que puede realizarse al país de origen, a uno de tránsito o a un país que el sujeto eleija y que lo acepte (arts. 3 y 6).<sup>1146</sup>

En cuanto a garantías procesales se dispone que las decisiones que dicten los retornos y las prohibiciones de regreso deberán cumplir con las formalidades siguientes: deben ser comunicadas por escrito, deben estar fundamentadas y hacer constar los recursos disponibles contra ella (art. 11); asimismo se dispone la revisión por un órgano habilitado, la asistencia jurídica gratuita, sometida los límites que dispone la directiva de asilo (art. 12).

La detención puede ser decretada tanto por un órgano administrativo como por uno judicial, no obstante sólo pueden ser detenidos para preparar el proceso de retorno o cuando haya riesgo de no poder continuar con el procedimiento (art.14). En caso de que sea decretada por un organismo administrativo, debe estar sometida a algún modo de revisión judicial. Si cesan de existir las condiciones para el retorno, la persona debe ser liberada de inmediato; en otro caso la detención se mantendrá, por un periodo límite de 6 meses, salvo cuando la ley nacional permita un periodo adicional de un año, cuando el procedimiento de retorno pueda ser más largo, como consecuencia de la falta de cooperación del sujeto, o de los retrasos en la obtención de información. El art. 15 dispone las condiciones de la detención, señalando que en los casos en que se realice en centros penitenciarios, debe estar sometida a separación entre los reclusos.

---

Liechtenstein). La falta de disposición de los ministerios de interior de los estados miembros para establecer estándares mínimo en el procedimiento de expulsión ha determinado una negociación particularmente lenta y difícil de la propuesta de directiva.

<sup>1146</sup> El art. 6 (3) permite regularizar la estancia de migrantes irregulares, por “razones caritativas, humanitarias u otras”. El art. 6.a, regula el retorno voluntario, bajo el principio de que una decisión de retorno debe permitir el retorno voluntario por un periodo fijado entre 7 y 30 días; no obstante, ese plazo puede extenderse en casos individuales, vinculados a lazos familiares o sociales, o la singular duración de la estancia; en cambio, el periodo de retorno voluntario puede negarse, o fijarse en menos de 7 días en casos de riesgo de sustracción a la acción administrativa o por razones de orden o seguridad públicas. El art. 7 habilita para retornar coactivamente a una persona tras la conclusión del plazo de retorno voluntario, o si este plazo no se ha establecido. No obstante, las medidas coactivas han de usarse como última ratio, ser proporcionales, y compatibles con los derechos humanos, la dignidad y la integridad de las personas, de modo que los estados miembros han de establecer un sistema efectivo de monitoreo del retorno forzado. El art. 9 establece la prohibición de retorno, que es obligatoria en los casos en que una decisión de retorno haya sido establecida sin periodo de retorno voluntario, o cuando la obligación de retorno no fue cumplida. En otro caso, la prohibición de regreso es opcional. La duración de la prohibición ha de establecerse en atención a las circunstancias individuales del caso, y no debe exceder de cinco años, salvo en casos de amenaza grave para la seguridad nacional o el orden público. Los estados miembros pueden renunciar a imponer una prohibición de regreso, o suspenderla o revocarla, en casos individuales y por razones humanitarias. Esas prohibiciones de regreso se incluirán en el sistema SIS II cuando esté habilitado para ello.

Con todo, la política migratoria europea tiene por objetivo lograr una gestión integrada de las fronteras exteriores de la UE y dotarse de una policía de fronteras común. No obstante, actualmente este objetivo se limita a las tareas de coordinación y asistencia, mientras que las medidas de vigilancia y control continúan, en mayor parte, bajo la responsabilidad de los Estados cuyos territorios se encuentran en la frontera del Mediterráneo; no obstante, los demás Estados deberán aplicar el Código de Fronteras Schengen.<sup>1147</sup> Los instrumentos a través de los cuales se pretende controlar las fronteras exteriores de la UE son equipos de vigilancia y operativos marítimos, terrestres y aéreos, integrados por policías de distintos países y coordinados a través de Frontex, patrullando las costas de países africanos – Senegal, Mauritania, Marruecos, Libia- o terrestres – Bielorrusia, Ucrania, Turquía.<sup>1148</sup>

Las fronteras meridionales, a pesar de que cuantitativamente el número de flujos migratorios que llegan por estas vías sean irrelevantes respecto del total de migrantes irregulares que se encuentran en la UE, son objeto de exhaustivos controles mediante dispositivos sofisticados. Podemos señalar dos vertientes a partir de las cuales se articulan las políticas de control. En primer lugar, se propende al refuerzo de la vigilancia y la adopción de medidas operativas en las fronteras marítimas exteriores para *luchar* eficazmente contra la llegada de migrantes. En segundo lugar, en el marco del “enfoque global” propuesto por las

---

<sup>1147</sup> La gestión integrada de las fronteras surge del Programa de la Haya. Los días 15 y 16 de diciembre de 2005 la Presidencia del Consejo Europeo de Bruselas en sus conclusiones, concretamente en su anexo “Enfoque global de la migración: medidas prioritarias centradas en África y el Mediterráneo”; establece actuaciones que van desde el fortalecimiento de la cooperación entre los Estados miembros hasta el incremento del diálogo y la cooperación con los terceros países del área. El “enfoque global” cambia de perspectiva respecto de su anterior foco de atención como era la política exterior y la cooperación con terceros países para concentrar sus esfuerzos en la *prevención* de la llegada de flujos migratorios. El carácter preventivo de la gestión de las migraciones opera mediante el traslado de la responsabilidad del control a los países de origen y tránsito para evitar la emigración desde sus costas. A cambio se ofrecen convenientes cupos para la migración legal y/o inversiones para el desarrollo que, en gran medida, estarán destinados al desarrollo de las fuerzas de seguridad y los controles fronterizos.

<sup>1148</sup> En cuanto a la externalización de las fronteras podemos hacer referencia al Sistema de Información de Schengen (SIS), que puede definirse como el sistema de búsqueda común más importante de las instancias policiales y de protección de fronteras; sus funciones versan sobre la gestión de la información que se encuentra en bancos de datos de los países Schengen que garantizan el trabajo coordinado entre los distintos miembros. Estos bancos de información almacenan datos tanto de personas como de objetos. La cantidad de datos de búsqueda en el SIS ha ido creciendo de forma exponencial, si en 1996 el sistema contaba sólo con 3.8 millones de conjuntos de datos, en 1997 ya eran 5.6 millones y de 8.8 millones en 1998. El gobierno alemán constata que para octubre de 2006 ascendían a más de 16 millones. La mayor parte del almacenamiento de datos está dedicado a la lucha contra la inmigración ilegal. A mayor abundamiento véase Indymedia, “*El cerebro panóptico de la Fortaleza Europa*”, en AA.VV. *Frontera Sur...*, op.cit., págs. 126 ss., Cuttita, P., “*Los acuerdos de “cooperación”*”, op.cit., págs. 89 ss., Romero, E., “*El Plan África*”, op.cit., págs. 161 ss., Seifer, K., “*El blindaje frente a refugiados y demandantes de asilo*”, en AA.VV. *Frontera Sur*, op.cit., págs. 113 ss.

Políticas de Vecindad y del Acuerdo de Cotonú<sup>1149</sup> observamos el establecimiento de relaciones de cooperación con terceros países con el fin de afrontar las causas de la inmigración; sin embargo hay que decir que las funciones latentes de un enfoque como el de las políticas migratorias de la UE que tienen como prioridad la perspectiva del control y de la seguridad, van en detrimento de las demás iniciativas mencionadas por los acuerdos.<sup>1150</sup>

Las vinculaciones que se establecen en el marco de este tipo de políticas, esto es, las relaciones que se pautan entre las políticas de control de la inmigración y las políticas de cooperación al desarrollo, suponen la subordinación de las segundas al objetivo de las primeras.<sup>1151</sup> Una vez más comprobamos la primacía coyuntural del control y de la gestión eficaz frente a políticas estructurales de desarrollo de los derechos humanos. Como pone de manifiesto Peral, “El resultado podría ser un aumento de la ayuda a ciertos países basado no en la determinación de las necesidades de la población local – refugiados incluidos-, sino en su proclividad a absorber flujos migratorios que no son deseados por la Unión.”<sup>1152</sup>

Aunque los Estados miembros son responsables del control y la vigilancia de las fronteras exteriores, la Agencia Frontex facilitará la aplicación de las medidas comunitarias, actuales y futuras, relativas a la gestión de estas fronteras.<sup>1153</sup> En este contexto, se entiende por fronteras exteriores de los Estados

---

<sup>1149</sup> Acuerdo de Asociación entre los Estados de África, el Caribe y el Pacífico, y la Unión Europea y sus Miembros, en este sentido véase Del Valle Galvés, A., “España-marruecos: Una relación bilateral de alto potencial conflictivo, condicionada por la unión europea – panorama con propuestas”, en Revista Electrónica de Estudios Internacionales, 14, 2007, disponible en [www.reei.org/reei%2014/Del%20Valle\(reei14\).pdf](http://www.reei.org/reei%2014/Del%20Valle(reei14).pdf)

<sup>1150</sup> Spijkerboer, T., “The human Costs of Border Control”, European Journal of Migration and Law, 9, 2007; Peral, L., “Límites jurídicos al discurso político sobre el control de flujos migratorios: non refoulement, protección en la región de origen y cierre de fronteras europeas”, Revista Electrónica de Estudios Internacionales, 11, 2006, disponible en [http://www.reei.org/reei%2011/L.Peral\(reei11\).pdf](http://www.reei.org/reei%2011/L.Peral(reei11).pdf); asimismo *Balance de la lucha contra la inmigración ilegal 2007*, Ministerio del Interior español. Durante el año 2007 se ha creado la Dirección General de Relaciones Internacionales y Extranjería, y se han enviado agregados de Interior a Mauritania, Senegal, Mali, Guinea Bissau, Guinea Conarky y Cabo Verde.

<sup>1151</sup> Romero E., “El plan África”, op.cit., pág. 161 afirma que “A pesar de las apariencias, el discurso humanitario y el antiterrorista no pertenecen a planteamientos incompatibles entre sí, sino que forman parte de una misma estrategia recolonizadora. De hecho el gobierno español los sintetiza al establecer la relación entre terrorismo y pobreza: *La creciente difusión de ideologías extremistas, que tienen especial predicamento en sectores de la población sumidos en la pobreza, orece las condiciones para temer que diversas regiones de África –en particular Sahel y el Cuerno de África- puedan convertirse en zonas de refugio, apoyo logístico y entrenamiento tanto para grupos terroristas autóctonos como para grupos foráneos, y que la región se convierta asimismo en lugar de captación de nuevos reclutas.* (Plan África, p.21).”

<sup>1152</sup> Peral, L., “Límites jurídicos.....”, op.cit., pág. 20.

<sup>1153</sup> Martín Pérez de Nanclares, J., “El reto de la inmigración. Sobre la conveniencia de una política común europea al estilo de la prevista en la Constitución Europea”, *RGDE-Iustel*, núm. 11, octubre 2006.



miembros: las fronteras terrestres y marítimas de estos últimos, así como sus aeropuertos y puertos marítimos, a los cuales se aplican las disposiciones del Derecho comunitario relativas al cruce de personas por las fronteras exteriores. Así las cosas, las fronteras no se encuentran sólo en el borde de Europa, sino que constituyen su método interno de gobierno.<sup>1154</sup>

Para el caso del Estado español, los tipos de fronteras sobre las cuáles deberá gestionar el control de los flujos migratorios son: aéreas, terrestres y marítimas.<sup>1155</sup> Las autoridades encargadas para llevar a cabo estas funciones, de acuerdo con la LO 2/1986 de Cuerpos y Fuerzas de seguridad del Estado, son: Policía Nacional a quien corresponde el control de entrada y salida por los puestos fronterizos de puertos, aeropuertos y pasos fronterizos, la expedición de documentos, la persecución de las redes de inmigración ilegal y el resto de funciones policiales sobre extranjería, refugio, asilo e inmigración; la Guardia Civil responsable de las actividades de patrullaje y vigilancia de las costas,<sup>1156</sup> fronteras, puertos, aeropuertos y mar territorial para evitar cualquier tipo de tráfico ilícito, y en este ámbito, el control de la inmigración irregular.<sup>1157</sup>

En el párrafo anterior hemos descrito brevemente lo referente al control *interno* por parte de órganos españoles, sin embargo, como parte del “enfoque global” apuntado por la política migratoria europea, en la zona situada en las aguas territoriales de los Estados vecinos se realizan patrullajes de vigilancia costera con base en acuerdos de cooperación policial que permiten la realización de operaciones conjuntas, la colaboración en la formación de las fuerzas de seguridad y/o el despliegue de oficiales de enlace.<sup>1158</sup>

---

<sup>1154</sup> Fernández Bessa, C., “*Los límites del control*”, en *Frontera Sur.....*, op.cit., pág. 11.

<sup>1155</sup> Las fronteras aéreas se establecen en 31 aeropuertos habilitados; las terrestres con los puestos fronterizos y el perímetro de Ceuta, Melilla, la Seu d’Urgell (frontera con Andorra) y la Línea de la Concepción (frontera con Gibraltar); para el caso de las fronteras marítimas con los 32 puestos habilitados y los más de 8.000 km. de costa. Véase Cortés Márquez, R., “*La gestión de las fronteras exteriores de la Unión Europea*”, Análisis del Instituto Universitario de Investigación sobre Seguridad Interior, febrero, 2006, págs. 50 ss., disponible en [www.uned.es/investigación/IUISI\\_publicaciones.htm](http://www.uned.es/investigación/IUISI_publicaciones.htm)

<sup>1156</sup> *Ibidem*, pag. 39 ss., La Guardia Civil desarrolla el control de la costa en tres áreas diferenciadas para lo cual ha recurrido a la instalación de sofisticados sistemas de vigilancia y control para la detección, identificación y seguimiento e interceptación de cualquier embarcación que se acerque a las costas españolas. Se trata del Sistema Integrado de Vigilancia Exterior (SIVE) que comenzó a funcionar en agosto de 2002. Véase asimismo, Fernández Bessa, C., “*El Estado Español....*”, op.cit., págs. 144 ss.

<sup>1157</sup> Las competencias se encuentran reguladas por el RD 1599/2004 de desarrollo de la estructura orgánica del Ministerio del Interior.

<sup>1158</sup> Estos funcionarios de acuerdo con el Reglamento (CE) núm. 377/2004 del Consejo, de 19 de febrero de 2004, son aquellos destinados en el extranjero por la autoridad competente para establecer y/o mantener contactos con las autoridades del país anfitrión a fin de contribuir a la prevención y al combate de la inmigración ilegal, a la repatriación de los inmigrantes ilegales y a la gestión de la migración legal.

Sin embargo, el exponente más visible de la política migratoria de la UE respecto del control de las fronteras es la Agencia Frontex, que se constituye como un actor muy importante a fin de consolidar la cooperación operativa en las fronteras exteriores, teniendo en cuenta que la responsabilidad del control y la vigilancia de éstas corresponde a los Estados miembros.<sup>1159</sup>

Según el Informe General de Frontex 2007<sup>1160</sup> este organismo promueve un modelo paneuropeo basado en un sistema de cuatro niveles para el control de acceso, que no sólo incluye controles de las fronteras, sino la introducción de otros instrumentos diferenciales. Su objetivo es mejorar la gestión integrada (vigilancia y control) de las fronteras exteriores de la Unión, y se erige sobre el control de una excedencia, es decir, “la necesidad de controlar una *movilidad en exceso* comprendida como problema securitario para el conjunto de la UE” sobre la base de una confusión –que opera como condición de posibilidad- entre las nociones de excedencia y peligrosidad.<sup>1161</sup>

El intercambio de información y la cooperación entre los Estados miembros, la inmigración y la repatriación conforman el primer nivel de este sistema. El segundo nivel está representado por el control de las fronteras, que incluye la vigilancia, comprobaciones e inspecciones fronterizas y análisis de riesgos, mientras que la cooperación con la guardia de fronteras, las autoridades aduaneras y las autoridades policiales en los países vecinos constituye el tercer nivel. El último nivel hace referencia a la cooperación con terceros países, incluyendo actividades comunes.

Frontex promueve, además, la cooperación entre las autoridades responsables de la gestión de las fronteras. El control biopolítico consiste en recopilar y analizar los resultados clave, describiendo la escala y las tendencias de la inmigración ilegal a través de las *fronteras exteriores*, sobre la base de la información facilitada por los Estados miembros de la UE, por los países asociados a Schengen y por otras fuentes institucionales y públicas;<sup>1162</sup> todos los datos obtenidos serán los elementos imprescindibles a la hora del cálculo de los riesgos y la programación de futuras políticas con base en la evaluación de la eficacia de las anteriores.

Por su parte, el informe subraya que los Estados miembros de la UE y los países asociados a Schengen han observado una tendencia a la baja de las

---

<sup>1159</sup> Comunicación de la Comisión “*Refuerzo de la gestión de las fronteras marítimas meridionales de la Unión Europea*”, (COM (2006) 733 final).

<sup>1160</sup> Documento disponible en [www.frontex.europa.eu/gfx/frontex/files/justyna/microsoft\\_word\\_.frontex-2008-001-00-00](http://www.frontex.europa.eu/gfx/frontex/files/justyna/microsoft_word_.frontex-2008-001-00-00)

<sup>1161</sup> San Martín Segura, D., *El riesgo como dispositivo de gobierno...*, op.cit., pág. 59.

<sup>1162</sup> Encontramos también la existencia de instrumentos tecnológicos especiales como detectores de CO2 y de latidos de corazón que pueden ser empleados, por ejemplo, para localizar a personas escondidas. Entre las tecnologías de vigilancia empleadas figuran igualmente nuevos procedimientos de control de documentos de identidad y de viaje, así como la instauración de un banco de datos informático centralizado para el almacenamiento de huellas dactilares (EURODAC, Reglamento 2725/2000 del Consejo Europeo).

entradas ilegales a través de las fronteras exteriores de la UE/Schengen. No obstante esta tendencia, han aumentado las detecciones y las detenciones en las fronteras exteriores de España y Grecia, principalmente en la frontera terrestre con Turquía.<sup>1163</sup>

En efecto, el control de la excedencia bajo un cariz securitario se organiza bajo la necesidad de gestionar eficazmente el pasaje de aquellas personas cuya movilidad es considerada un *efecto colateral* de un fenómeno estructural como el libre movimiento de bienes y personas dentro de la UE. En este sentido, el control de las fronteras opera como un área de selección, cuantificación y calificación de los deseados y quienes no lo son.<sup>1164</sup> De acuerdo con su reglamento<sup>1165</sup> las principales funciones de Frontex son:

- coordinar la cooperación operativa entre los Estados miembros en materia de gestión de las fronteras externas;
- asistir a los Estados miembros en la formación de los agentes nacionales de la guardia de fronteras y establecer normas comunes de formación;
- realizar análisis de riesgos;<sup>1166</sup>

---

<sup>1163</sup> Las principales secciones fronterizas en cuanto a detección, detención y denegación de entrada a inmigrantes ilegales son: la frontera terrestre entre Eslovaquia y Ucrania, entre Eslovenia y Croacia, entre Grecia y Albania, y entre Grecia y Turquía. Las fronteras exteriores Schengen de Austria; las ciudades de Ceuta y Melilla; las Islas Canarias; Sicilia y la isla de Lampedusa; las fronteras marítimas y aéreas del Reino Unido. La gran mayoría de los inmigrantes ilegales detectados en las fronteras marítimas meridionales de la UE eran nacionales de Marruecos (aprox. el 70 % de todas las detecciones en las fronteras marítimas de Italia), seguidos de nacionales de países subsaharianos (que llegan principalmente a las Islas Canarias), así como nacionales de Eritrea y de Egipto (que llegan principalmente a Italia y a Malta). Frontex ha registrado un incremento de entradas ilegales o denegaciones de entrada en las fronteras aéreas; los aeropuertos de París (Charles de Gaulle), Londres (Heathrow), Frankfurt, Amsterdam, Madrid y Milán siguen siendo los principales puntos de la inmigración ilegal por vía aérea. La mayoría de los inmigrantes detectados en las fronteras aéreas eran nacionales de países de Sudamérica y Centroamérica, de China o Nigeria.

<sup>1164</sup> San Martín Segura, D., *El riesgo como dispositivo de gobierno...*, op.cit., pág. 59.

<sup>1165</sup> Reglamento (CE) núm. 2007/2004 del Consejo (26/X/2004, DOCE L 349/25/XI/2004) que se vio complementado en julio de 2007 por el Reglamento del Consejo (CE) 863/2007, en el cual se recoge la puesta en marcha de los equipos de intervención rápida en las fronteras.

<sup>1166</sup> La vertiente tecnocrática que asume el control penal de la exclusión se expresa en el discurso de la agencia refiriendo por una parte, a la eficacia obtenida en función de los cálculos del riesgo; por otra parte, en la instensificación que periódicamente se hace de esta actividad, dotándola de mayores recursos materiales y humanos. En este sentido, de acuerdo con el informe citado "Para que Frontex pueda llevar a cabo su labor, los expertos en análisis de riesgos de los Estados miembros deben seguir ayudando a la Unidad de Análisis de Riesgos de Frontex. Por este motivo se creó la llamada Red Frontex de Análisis de Riesgos. En junio y diciembre de 2006 se celebraron dos reuniones de dicha red, estableciendo así contacto con la mayor parte de las unidades de análisis de los Estados miembros y de los países asociados a Schengen. En la reunión que tuvo lugar en diciembre de 2006 se aceptó el concepto de la red Frontex de análisis de riesgos como un foro para el intercambio de inteligencia. Utilizando la Red Frontex de Análisis de Riesgos como una de sus fuentes, a finales de 2006 Frontex había elaborado un análisis de riesgos integral que abarcaba todas las fronteras exteriores. Este análisis de riesgos integral también se tendrá en

- seguir de cerca la evolución de la investigación en materia de control y vigilancia de las fronteras exteriores;
- ayudar a los Estados miembros enfrentados a una situación que exija una asistencia operativa y técnica reforzada en sus fronteras exteriores.

El control de las fronteras se lleva a cabo a través de alguna de las siguientes estrategias: La Operación Nautilus se encarga de la vigilancia en el Mediterráneo central y establece un control en las aguas que separan Túnez y Libia del sur de Italia, y en ella participan Malta, España, Italia, Grecia, Francia y Alemania. La Operación Hermes, desplegada en aguas del Mediterráneo occidental (Cerdeña, Córcega y Baleares), ha detectado un aumento de la entrada de inmigrantes y, como comprende una parte del territorio español, el Gobierno ha mostrado gran interés en su desarrollo. La Operación Minerva estuvo dedicada a controlar el estrecho de Gibraltar para impedir la llegada de migrantes a las costas andaluzas; aquel funcionó durante el mes de agosto de 2007 y participaron unidades navales de España y Portugal, así como expertos y medios técnicos de otros ocho países de la UE.<sup>1167</sup>

Sin embargo, la más emblemática del dispositivo Frontex es la Operación Hera y hasta su puesta en marcha, en agosto de 2006 (vinculada a la “crisis de los cayucos”), España no había obtenido el apoyo de sus socios de la UE en esta materia. La Operación Hera ha sido un amplio operativo distribuido frente a las costas de Mauritania, Senegal y Cabo Verde.<sup>1168</sup>

---

consideración en la distribución anual de recursos del Fondo para las Fronteras Exteriores”. De acuerdo con el informe de 2008 de la Agencia, el análisis de riesgos fue la actividad principal durante este período. Esta actividad de Frontex depende del manejo óptimo de la información, para ello está en marcha un Proyecto Piloto *Frontex Intelligence Support Officers* (FISO), con oficinas en Madrid, Roma y Atenas para controlar las áreas fronterizas donde se registran los mayores problemas de control de migración irregular. En el mismo sentido se enfoca el *FRONBAC Project* cuyo objetivo es desarrollar habilidades de análisis de riesgo, *ibídem*, pág. 26.

Asimismo, invocando la eficacia de los cálculos actuariales, el informe de 2008 expresa que han sido detenidos en total 175000 migrantes irregulares en las fronteras exteriores de la UE. Representa un 20% más que para el año anterior. Para el caso de las fronteras marítimas el número de detecciones aumentó en casi un 70%, éxito que es adjudicado al desarrollo de las actividades de inteligencia coordinadas entre los Estados miembro de la UE, la creación de proyectos como el FISO o el FRONABAC, y al aumento de los recursos disponibles. El informe está disponible en

[http://www.frontex.europa.eu/gfx/frontex/files/justyna/annual\\_report\\_2008.pdf](http://www.frontex.europa.eu/gfx/frontex/files/justyna/annual_report_2008.pdf)

<sup>1167</sup> Véase *La situación de los refugiados en España. Informe 2008*, CEAR, Entimema, Madrid, 2008, págs. 44 ss.

<sup>1168</sup> En Mauritania, se realizan labores de vigilancia aérea con un avión luxemburgués contratado por el Gobierno español con base en Nouakchott, así como con un helicóptero de la Guardia Civil con base en Nuadibú. En el mar, operan patrulleras del instituto armado encargadas de controlar el tráfico por la zona de Cabo Blanco. En Senegal, el buque *Britania I* controla la frontera meridional junto con un barco italiano y una fragata portuguesa. La vigilancia aérea en esas aguas senegalesas la realizan dos aviones con base en Dakar, uno contratado por España y otro por Italia. En Cabo Verde, opera un remolcador de altura de la Sociedad Estatal de Salvamento Marítimo con base operativa en San Vicente, además de un avión del ejército del aire en Praia;

El 13 de diciembre el Parlamento Europeo aprobó el presupuesto para 2008, que duplica la financiación para el dispositivo Frontex previsto para 2007, de 35 a 70 millones de euros, mientras que la partida para la Operación Hera asciende de 8,5 a 12 millones de euros, ya que se dispone que a partir de febrero de 2008 la misión Frontex entre las islas Canarias y África tendrá carácter permanente.<sup>1169</sup> Según el Informe de 2008, el presupuesto de Frontex aumenta en un 68% y se destina el 62% a las operaciones de control marítimo.

Sin embargo, el incremento en las políticas de control de los flujos migratorios no da lugar, como cabría en un primer momento pensar, a la desacertada metáfora de la *fortaleza europea*. La gramática de la gestión se caracteriza por la regulación de los flujos que opera más sobre la *temporalidad* que sobre *el espacio*. Se trata del control de la velocidad, un *borde möbius* que ya no establece límites tajantes, sino que nos encontramos frente a un espacio sobre el que se despliegan técnicas de gobernabilidad que están in-fluidas por las demandas del mercado de trabajo postfordista y por el carácter simbólico de la eficacia.<sup>1170</sup>

---

ambos realizan labores de vigilancia costera entre este archipiélago y Senegal. La Operación HERA de Frontex, dirigida por la Policía Nacional española, cuenta también con unos diez expertos procedentes de Italia, Francia, Alemania y Portugal que trabajan en los CIE de Canarias para identificar a los migrantes y repatriarlos a sus países en el caso de que exista un acuerdo que lo permita.

<sup>1169</sup> Según declaraciones del Director Ejecutivo de Frontex, “mantener un barco y un avión patrullando cuesta 3.700 euros la hora” por lo que en principio no estaba prevista que continuara la vigilancia permanente. Sin embargo, desde la aprobación del presupuesto de la UE para Frontex cambiaron las previsiones. De este presupuesto se destinaron 12 millones de euros a la operación Hera 2008 con medios españoles, portugueses e italianos. Asimismo la UE ha contribuido con 87 millones de euros para sufragar el resto de las operaciones llevadas a cabo en materia de inmigración con África, esto es, la disposición de patrullajes conjuntos con Marruecos, Mauritania, Senegal, vuelos de repatriación y demás tareas encargadas a Frontex. Véase *La situación de los refugiados en España*, op.cit., págs. 47 ss; Fernández Bessa, C., “El Estado Español...”, op.cit., págs. 153 ss. A pesar de estos esfuerzos, como recuerdan Triandafyllidou, A., /Maroukis, T., “The Case of the Greek Islands: The Challenge of Migration at the EU’s Southeastern Sea Borders”, en *Documentos CIDOB*, 17, *Migraciones*, 2008, disponible en [http://www.cidob.org/es/publicaciones/documentos\\_cidob/migraciones/num\\_17\\_immigration\\_flows\\_and\\_the\\_management\\_of\\_the\\_eu\\_s\\_southern\\_maritim\\_borders](http://www.cidob.org/es/publicaciones/documentos_cidob/migraciones/num_17_immigration_flows_and_the_management_of_the_eu_s_southern_maritim_borders); los ingresos irregulares por las fronteras marítimas de la UE son notablemente insignificantes, si se tiene en cuenta que alcanzaron su máximo en 2006, con 45000 interceptaciones, mientras que en 2004 los países de la UE recibieron un total de 2,6 millones de migrantes.

<sup>1170</sup> En este sentido, de acuerdo con el Informe General de Frontex de 2007, han entrado ilegalmente a España un total de 27919 migrantes, a quien sólo supera Grecia con un total de 73194. Para el caso español se registra una suma de 4080 migrantes irregulares detectados en fronteras terrestres, ningún resultado positivo para el caso de sus fronteras aéreas y, en cuanto a sus costas se han registrado un total de 11751. Evidentemente de estos datos surge el carácter simbólico de la construcción de la alteridad para la economía del control. Teniendo en cuenta que sólo aproximadamente el 10% de la inmigración irregular proviene del mar, es decir, del continente africano, y que la mayoría se produce por las vías aéreas por donde llegan en general ciudadanos latinoamericanos -en el año 2007 no hubo casos registrados de entrada por esta clase

La gestión de la velocidad de los flujos se comprueba asimismo en la dimensión humanitaria. En este ámbito se producen hibridaciones de las que resultan los Acuerdos Marco de Cooperación Migratoria y Readmisión, también denominados acuerdos de *segunda generación*. La novedad de estos acuerdos reside en dotar a las repatriaciones de *beneficios* para los países receptores. Mediante la firma de estos acuerdos se conviene el aumento de las ayudas al desarrollo como forma de acentar el arraigo de las poblaciones y la gestión de contratos en el mercado laboral español para que el acceso sea controlado y, por tanto, legal. Sin embargo, más allá de las apelaciones al carácter humanitario de los Acuerdos, de lo que se trata es de garantizar la aceptación de las repatriaciones o asegurar que los Estados de donde proviene la inmigración controlen la salida de sus nacionales y también de los migrantes extranjeros que estén en su territorio, vgr. Marruecos, de conformidad con los cupos y cuotas que indica, en este caso España bajo directrices de la UE. Así vemos como se produce una externalización de las fronteras de la UE hacia África, que a cambio de la ayuda al desarrollo y la condonación de la deuda externa de sus países obligará a configurarse como fieles servidores y ejecutores de la política migratoria de Europa.

Las directrices consistentes en la subordinación de la ayuda a la cooperación a la realización de actividades de control quedan palmariamente expuestas en el “Procedimiento y garantías para la readmisión de personas” que, de forma detallada, instruye respecto de los cauces por los cuales deberá discurrir la readmisión, medidas para el reforzamiento del control de los pasos fronterizos, el apoyo y la asistencia técnica que la presencia española brindará en los países que sean parte de los acuerdos.<sup>1171</sup>

Así las cosas, la gestión de los flujos migratorios instrumentalizada bajo la declaración de “ilegalidad” de ciertos sujetos produce la flexibilización del derecho que, subordinado a los intereses que requiera el mercado de trabajo, comienza una escalada ascendente de precarización. De esto se trata la gestión del control de la excedencia postfodista más allá de las retóricas proclamaciones por una *migración ordenada y legal*. Efectivamente, la construcción de un estatus

---

de frontera-, podemos decir que surge del análisis de estos datos la clara orientación del control de los flujos hacia cierto grupo de migrantes, aquellos con los que resulta más eficaz y operativa la creación de alteridad. En el informe del año 2008, el número de inmigrantes irregulares detenidos en España fue de 16200, reduciéndose en un 26% para el caso de arribos a las Islas Canarias y en un 23% en Península y Baleares. Asimismo, respecto de las detenciones de migrantes irregulares ya en el territorio, se ha producido un incremento respecto de 2007, alcanzando la suma de 77000 migrantes.

<sup>1171</sup> En los tres últimos años el gobierno español ha desarrollado un intenso despliegue diplomático que ha tenido por objeto la firma de acuerdos en materia de cooperación, de política migratoria, todo ello apuntado por la lucha contra el crimen organizado. Estos acuerdos de “segunda generación” se han firmado con Gambia, Guinea Conarky, Cabo verde y Senegal, a pesar de que el gobierno afirme que se han suscrito más de una decena. A mayor abundamiento, véase Romero, E., “*El plan.....*”, op.cit., págs. 168-169 ss.

inferior reproduce *trabajadores* que alimentan la economía sumergida aún cuando la contratación se produzca inicialmente de forma *legal*. El objetivo de la declaración de *seres humanos ilegales* reside en la precarización de los derechos, es decir, la creación de un mercado de trabajo competitivo donde habita la *excedencia postfordista*.<sup>1172</sup>

### 3.3.b.1. Los centros de detención de inmigrantes

No obstante los dispositivos cada vez más sofisticados que despliega la UE para el control de las fronteras, el *enfoque global* para el control de los flujos de migrantes opera como mecanismo de selección y de gestión de los mismos, lo que hace que las fronteras no sean impermeables, sino que éstas operen como espacios biopolíticos flexibles y porosos que habilitan la rearticulación de los límites del contrato social y de la “ciudadanía.” Por su parte, este enfoque para resultar eficaz, precisa de la configuración de un sujeto “ilegal” quien deberá aceptar condiciones de extrema precariedad laboral. Los migrantes tienen ocupaciones inestables, prácticamente sin cobertura ni protección, con jornadas laborales mucho más extensas y salarios menores con relación a los autóctonos.<sup>1173</sup> Todo ello empece el acceso a condiciones de vida digna, que los estigmatiza aún más.<sup>1174</sup> Sin embargo, es claro que la UE no va a cerrar sus fronteras ya que las políticas migratorias están planeadas en términos de gestión y supeditadas al mercado de trabajo.

---

<sup>1172</sup> Se puede ver el resultado de estas políticas en el caso paradigmático del mercado de la fresa de Huelva en *¡Qué hace esta fresa en tu mesa! La situación de l\*s trabajador\*s de la fresa en Huelva*, Atrapasueños Editorial, Sevilla, 2006.

<sup>1173</sup> Según el Informe Anual de SOS Racismo (2002), un 70% de los inmigrantes tiene un trabajo precario, en AA.VV, S.O.S. Racismo: Informe Anual 2002 Sobre el Racismo en el Estado español, Barcelona, Icaria, 2002, págs., 89-94. Sassen, S., *Una sociología de la globalización*, op.cit., págs. 181; 184-187; concluye que “los movimientos migratorios de trabajadores están insertos en una dinámica de desigualdad que continúa constituyendo a algunas regiones en exportadoras y a otras en importadoras de mano de obra, aunque algunos países pueden cambiar de categoría, como en los casos de Irlanda e Italia”, *ibídem*, pág.188.

<sup>1174</sup> De Giorgi, A., *El gobierno de la excedencia...*, op.cit., págs. 46-47, califica de “condenados de la metrópolis” a aquellas categorías de sujetos en los cuales se produce la sutura entre trabajo y desempleo, entre clases trabajadoras y peligrosas hasta el punto de transformar en indistinguibles unas de otras. La precariedad laboral, su flexibilización, la superposición entre economía legal y sumergida es el transfondo de una ciudad que reticula y rearticula sus espacios de control, en sus propios términos, “El nuevo internamiento se configura más bien como intento de definir un espacio de contención, de trazar un perímetro material o inmaterial en torno a poblaciones que resultan “excedentes” con respecto a un sistema de producción vigente, tanto a nivel global como a nivel metropolitano”, *ibídem*, pág. 47. Aquí se establece una profunda grieta entre las formas de la disciplina y las de la biopolítica, se conserva el andamiaje biopolítico de un poder entendido como regulador de las poblaciones productivas, como control de los flujos de la fuerza de trabajo global en un espacio transformado en imperial.

En este sentido, las leyes de extranjería españolas, desde 1985, no han hecho más que fomentar la vulnerabilidad de los migrantes mediante la construcción de la “irregularidad.”<sup>1175</sup> La subordinación de la inmigración a las necesidades productivas reduce al migrante a la condición de trabajador precario y para ello el Estado deberá dotarse previamente de eficaces instrumentos de control y gestión.<sup>1176</sup>

En esta línea, las leyes de extranjería prevén los instrumentos idóneos para el aumento del control, vgr. la detención policial en cualquier momento, el reconocimiento diferenciado de derechos de acuerdo con la situación administrativa, la posibilidad de privación de libertad en un Centro de internamiento (CIE) sin necesidad de sentencia judicial, o la expulsión. Todos estos dispositivos de control habilitan una mayor arbitrariedad en los procesos de criminalización secundaria,<sup>1177</sup> tanto por el carácter irregular de su estancia como por sus formas de supervivencia inmersas en la economía informal.

Dentro de la lógica desplegada por la Unión Europea para la orientación de la política en materia de inmigración encontramos otra instancia de exclusión a través de la repatriación de extranjeros irregulares. A pesar del “blindaje” de la frontera europea, cada año miles de personas migrantes y refugiadas son detenidas y encarceladas en centros administrativos de retención e internamiento para luego ser expulsadas de la UE. Según datos de la Comisión Europea, en el año 2004 en la UE se dictaron 650.000 órdenes de expulsión, de las cuales se convirtieron en expulsiones forzozas 164.000 y 48.000 personas salieron de forma voluntaria del territorio de la UE. Asimismo, España, entre los años 2000 y 2007, repatrió a 628.076 personas extranjeras.<sup>1178</sup>

---

<sup>1175</sup> Silveira Gorski, H.C., “Los centros de internamientos para extranjeros y el futuro del Estado de Derecho”, en Revista Mientras Tanto, núm. 83, 2002, pág. 93.

<sup>1176</sup> Sassen, S., *Una sociología de la globalización*, op.cit., pág. 191, donde afirma que “la exportación organizada de mano de obra, ya sea legal o no, se ve facilitada por la infraestructura técnica y organizativa de la economía global, es decir por la formación de mercados globales, por el fortalecimiento de las redes transnacionales y translocales y por el desarrollo de métodos de comunicación tecnológicos que escapan sin dificultad a los medios convencionales de vigilancia.”

<sup>1177</sup> El criterio para que un inmigrante sea sometido a un control policial está basado en estereotipos étnicos o raciales; lo anterior se manifiesta en los controles de identidad desproporcionados y arbitrarios y el incremento de los patrullajes en los barrios donde conviven minorías étnicas. No obstante el carácter discriminatorio de los criterios, éstos han sido convalidados por el Tribunal Constitucional en STC 13/2001, de 29 de enero. Véanse Wagman, D., *Perfil racial en España: Investigaciones y recomendaciones*, Grupo de Estudios y Alternativas 21, Open Society/Justice Initiative, 2006, disponible en [www.ecn.org/link.asp?linkid\\_530](http://www.ecn.org/link.asp?linkid_530) ; Fernández Bessa, C., “El Estado español como punta de lanza del control”, op.cit., págs. 157 ss.

<sup>1178</sup> España en el año 2006 repatrió a 52.814 extranjeros, de los cuales, 19.332 fueron retornados, 4616 readmitidos, 7214 expulsados y 21652 devueltos; y en el año 2007 repatrió a 55.938 extranjeros: 24355 retornados, 6248 readmitidos, 9467 expulsiones y 15868 devoluciones (fuente: Ministerio del Interior, Balance 2008). Véase Lorente Pérez de Eulate, D., *Frontera Sur: más de diez años de violación de los Derechos humanos*, SOS Racismo, disponible en [www.sosracismomadrid.es/descargas/art-culo-frontera-sur-diego-lorente/download.html](http://www.sosracismomadrid.es/descargas/art-culo-frontera-sur-diego-lorente/download.html)



Como instrumento para asegurar los distintos tipos de “repatriación” es decir, denegación de entrada y retorno, devolución y expulsión, la LOEx dispone la privación de libertad en centros de internamiento.<sup>1179</sup> En el “espacio” Schengen ya son alrededor de 220 centros abiertos y cerrados, que bajo diferentes nombres se construyen en aeropuertos, puertos, ciudades, islas, zonas fronterizas, etc., para identificar, tramitar solicitudes de asilo, recibir, organizar los retornos, las devoluciones y las expulsiones. Los centros cerrados están destinados a los migrantes que tratan de entrar de forma irregular en el territorio, a los que están en situación irregular en un país y a los demandantes de asilo a quienes se deniega la solicitud.<sup>1180</sup> Los centros abiertos están previstos para los solicitantes de protección internacional.<sup>1181</sup>

La política migratoria del control de las fronteras, por su carácter poroso, permite la extensión de las mismas para aquellos que aparentemente han logrado traspasarlas. Sin embargo, el espacio *möbius* del control se caracteriza por la expansión del control configurando un espacio de arbitrariedad sobre los migrantes *irregulares* - no ciudadanos-. En este sentido, la amenaza de la expulsión, medida exclusiva de esta categoría de sujetos, transita un espacio en permanente expansión, donde las re combinaciones del control del riesgo establecen nuevas exclusiones y favorecen las arbitrariedades bajo criterios de eficacia y oportunidad. En virtud de que las políticas migratorias se establecen en función de las necesidades del mercado de trabajo, la irregularidad se ha convertido, a partir de la epistemología del riesgo, en algo extremadamente funcional.<sup>1182</sup>

---

<sup>1179</sup> La LOEx (arts. 60.1; 62) prevé una serie de situaciones en las cuales la policía puede detener – por un máximo de 72 horas- a los extranjeros que pretendan entrar o permanecer con carácter irregular en territorio español, incumplan alguna obligación legal o sean responsables de un incumplimiento de la LOEx. Asimismo se establecen supuestos en los cuales la autoridad judicial podrá autorizar el internamiento de extranjeros, cuando no sea posible su retorno, su devolución o expulsión en el plazo estipulado como máximo para la detención policial.

<sup>1180</sup> En 2007 España sólo concedió 204 peticiones de asilo de las 7.662 solicitudes que recibió. De conformidad con lo expresado por Díaz de Aguilar (Presidente de CEAR). Los datos recogidos en el informe de la CEAR presentado en junio de 2008 señalan que Colombia, con 2.597 solicitudes, es el país con más solicitantes. Le sigue Irak con 1.598, Nigeria con 680 y Costa de Marfil con 335; alcanzando una cifra total de 2.365 más que en el año anterior; informe disponible en <http://www.cear.es/upload/Informe%20Cear%202008.pdf>, en especial, págs. 13-88.

<sup>1181</sup> El *Observatori de Sistema Penal i els Drets Humans* de la Universitat de Barcelona, en su *Primer Informe sobre los procedimientos administrativos de detención, internamiento y expulsión de extranjeros en Cataluña*, pudo constatar que estos procedimientos generan un alto grado de indefensión y atenta contra los más básicos Derechos humanos. En el mismo se analiza el papel que desempeñan tres de los principales actores implicados en los procedimientos de detención, internamiento y expulsión de extranjeros: los jueces de instrucción, los abogados, especialmente del Turno de oficio de extranjería, y los funcionarios de la Dirección General de Policía; informe disponible en [www.ub.es/ospdh](http://www.ub.es/ospdh)

<sup>1182</sup> Brandariz García, J.A., /Fernández Bessa, C., “*The construction of migrants as a risk category: Philosophy, functions and repercussions for the Spanish penal system*”, ponencia presentada en el

La regulación legal de los centros de internamiento se contempla en el art. 60 L.O. 4/2000, donde se establece sintéticamente que no tienen carácter penitenciario, que han de contar con asistencia social, jurídica, cultural y sanitaria, y que en ellos los migrantes sólo pueden ser privados de la libertad ambulatoria. No obstante la mención expresa que hace la ley de la garantía judicial en estos casos, el control que puede ejercer el juez es realmente muy limitado, debido a que no puede decidir más que el internamiento subordinado a una decisión administrativa de expulsión.

Es interesante poner de relieve, siguiendo a Monclús Masó, que el art. 60 LOEx habla de “lugares de internamiento”, mientras que el art. 62 LOEx refiere a los centros de internamiento. Lo anterior suscita dudas acerca de si la ley de extranjería contempla dos tipos de internamiento: aquél que se prescribe para el extranjero objeto de un expediente de expulsión –privado de libertad en los CIES, y aquél del extranjero objeto de retorno que se realiza en lugares de internamiento que, en general, se trata de las instalaciones aeroportuarias.<sup>1183</sup>

La regulación legal se complementa con los arts. 62-62 sexies L.O. 4/2000, que establecen el régimen jurídico general de los centros de internamiento, así como con los arts. 153-155 del Reglamento de la Ley de Extranjería (RD 2393/2004).

Asimismo, el *topograma möbius* de control se comprueba en las prerrogativas “legales”: los migrantes están constantemente expuestos a la arbitrariedad, debido al aumento de riesgo de criminalización,<sup>1184</sup> a las

---

International Workshop on Criminalization, self-criminalization and victimization of inmigrants in Europe, 13-15 de marzo 2008, Génova.

<sup>1183</sup> Monclús Masó, M., *La gestión penal de la inmigración...*, op.cit., págs. 459-460. En ambos casos, cuando el extranjero es puesto a disposición judicial, el juez puede autorizar la permanencia de la persona en las instalaciones aeroportuarias en caso de la denegación de la entrada. En el caso de devolución, cuando ésta no pueda ejecutarse dentro de las 72 horas, el art. 58.5 LOEx dispone que “se solicitará a la autoridad judicial la medida del internamiento prevista para los expedientes de expulsión”. Esta norma habilita a los jueces a que autoricen la detención en un centro de internamiento que vayan a ser objeto de devolución en dos supuestos: de acuerdo al inciso a) del art. 58.2 LOEx, es decir, frente a los quebrantamientos de la prohibición de entrada habiendo sido expulsados, y en el supuesto del apartado b) *in fine*, esto es, pretender entrar ilegalmente. La actual redacción corresponde con la reforma operada por la LO 14/2003 de 24 de noviembre, amplía los casos de internamiento, ya que con anterioridad el artículo que comentamos sólo preveía la detención en el centro para los casos del inciso a. Frente a la declaración de inconstitucionalidad decretada por el Tribunal Supremo con fecha 23 de marzo de 2003 que anuló varios preceptos del Reglamento de Extranjería de 2001, entre ellos, el art. 127.2.c que extendía la aplicación del internamiento a ambos casos de devolución, decretando una privación de libertad vía reglamentaria. La reforma da acogida al criterio de la sentencia extendiendo los supuestos de internamiento.

<sup>1184</sup> Los estereotipos con los que funciona la actividad policial se manifiesta además en los permanentes controles de identidad, el aumento del patrullaje y las detenciones en barrios con gran presencia de este colectivo. Sin embargo este *modus operandi* ha sido convalidado por el Tribunal Constitucional en su sentencia 13/2001 de 29 de enero de 2001. Asimismo su “visibilidad” se expresa en su inmersión en los espacios de la economía informal, en este sentido,

detenciones policiales, a la privación de libertad en los centros de detención, a la expulsión. Existen *nueve* CIE (Centro de Internamiento de Extranjeros) en España, pero el número de inmigrantes internados en ellos es una información reservada.<sup>1185</sup> Estos centros dependen del Ministerio del Interior y cumplen la función de acoger a los extranjeros sin documentos —por un *plazo máximo de 40 días*— mientras esperan que su proceso de deportación se resuelva.

En diciembre de 2007 se presentó un informe financiado por el Parlamento Europeo<sup>1186</sup> que denuncia, entre otras situaciones, que los CIE españoles "se parecen demasiado a cárceles, donde los internos están prácticamente confinados en sus celdas, con *malas condiciones de salubridad* y poco personal médico". Los malos tratos también son mencionados en el estudio: "Los internos han denunciado numerosos *actos violentos* perpetrados por el personal de seguridad". El texto subraya, además, la "actitud irrespetuosa y humillante" hacia los inmigrantes.

En lo que respecta al informe, el Ministerio del Interior subrayó que se trataba de un estudio hecho por una consultora particular —aunque encargado y financiado por el Parlamento Europeo— y que aún no había sido aprobado por los 27. Asimismo, destacó que en plena *crisis de los cayucos*, en 2006, delegados de la Comisión de Libertades Civiles, Justicia e Interior estuvieron visitando los centros de España y señalaron muchas cosas positivas en su informe este sí, votado y aprobado por el Parlamento.<sup>1187</sup>

---

son criminalizados penalmente por la comisión de delitos contra la propiedad intelectual, por la venta ambulante, o por dedicarse al trabajo sexual, etc. Véase Wagman, D., *Perfil racial en España: Investigaciones y recomendaciones*, op.cit.; Fernández Bessa, C., "El Estado Español...", op.cit., págs. 156 ss.

<sup>1185</sup> Calavita, K., "A reserve army of delinquents. The criminalization and economic punishment of immigrants in Spain", en *Punishment & Society*, vol. 5, núm. 4, 2003, pág. 408; Rahola, F., *Zone definitivamente temporanee*, Ombre corte, Verona, 2003, 61 ss.; "La forma campo. Per una genealogia dei luoghi di transito e di internamento del presente", en *Conflitti Globali*, núm. 4, 2006.

<sup>1186</sup> European Parliament Committee on Civil liberties. Justice and home affairs, 2007, señala en relación con los centros de internamiento españoles que observan condiciones de detención innecesariamente severas, semejantes a las de las prisiones, que las condiciones higiénicas e infraestructurales son deplorables, que se verifican incidentes violentos protagonizados por el personal de seguridad, y que los servicios médicos son sumamente precarios, junto a otras consideraciones relativas a grupos especialmente vulnerables de detenidos. El informe subraya que a la violencia perpetrada por el personal de seguridad han de sumarse casos de suicidios. Este documento recomienda a la Administración española que relaje las desproporcionadas condiciones de detención, que ponga en marcha alternativas a la detención, cuando menos para personas vulnerables, que mejore las condiciones higiénicas y físicas de los centros, y que permita la entrada de organizaciones civiles en los mismos, además de otras consideraciones relativas a grupos de detenidos particularmente vulnerables; disponible en <http://www.statewatch.org/news/2007/may/ep-libe-us-visit.pdf>

<sup>1187</sup> La Comisión de Libertades Civiles y Justicia del Parlamento Europeo realizó en 2006 visitas de inspección a los centros de internamiento de los diversos estados de la UE. Las conclusiones de dichas visitas, que en el caso español no fueron desfavorables, pusieron de manifiesto la gravísima situación de los establecimientos de detención de Malta; Informe de la Delegación de

Sin embargo, hay otros informes que pondrían en cuestión lo anterior. En este sentido, para el período 2006-2007 Amnistía Internacional <sup>1188</sup> realizó distintas misiones para investigar las condiciones de acogida de los inmigrantes en estos centros. A las denuncias de las demás organizaciones, Amnistía suma una más: los problemas para reconocer las personas en situaciones de vulnerabilidad. "Hay muchas dificultades para identificar a personas cuya devolución a su país de origen supone un riesgo para su integridad y necesiten protección internacional, por ejemplo."

El informe, al igual que el de la CEAR, llama la atención sobre las rutas migratorias que en aquel momento parecieron cambiar,<sup>1189</sup> pues durante el año 2006 llegaron a las Islas Canarias más de 31.245 solicitantes de asilo y migrantes indocumentados de África Occidental. Las autoridades del gobierno autónomo hicieron uso de centros de recepción improvisados para alojarlos, y el hacinamiento extremo agravó las malas condiciones de los centros ya existentes. Entre estas personas llegaron varios centenares de menores no acompañados, con lo que se sobrepasó con creces la capacidad de acogida de menores de la región y se vieron amenazados sus derechos fundamentales.

La violación de los derechos de este colectivo se perpetúa debido a que la ley de extranjería impide que los migrantes puedan regularizar su situación administrativa, hecho que los deja en condiciones precarias y expuestos a todo tipo de abusos en su vida cotidiana; los coloca en una situación de "ilegalidad administrativa" donde, de todos modos, conservan algunos de sus derechos como personas –p.e., en el ordenamiento jurídico español el extranjero irregular empadronado en un municipio tiene derecho a la asistencia sanitaria (art. 12.1 LOEx).

Como señala Silveira Gorski, en toda esta política se gestan procesos de exclusión "administrativo-legal". Esto sucede en España cuando "los extranjeros irregulares no pueden ser expulsados o devueltos, generalmente por no tener un convenio de readmisión con el país de origen, y que, además, tienen una orden de expulsión inejecutada. Debido a que no pueden estar más tiempo internados quedan en libertad en el territorio español en una situación de irregularidad administrativa."<sup>1190</sup>

---

la Comisión LIBE sobre la visita a Tenerife y Fuerteventura (ES) disponible en [www.europarl.europa.eu/meetdocs/2004\\_2009/documents/pv/623/623483/623483es.pdf](http://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2004_2009/documents/pv/623/623483/623483es.pdf); asimismo, véase el diario *El País* de 25/VI/2006, que señala que la detención de migrantes irregulares era indefinida en ese país hasta 2005, y desde entonces se ha fijado en un límite máximo de 18 meses

<sup>1188</sup> Disponible en [www.amnesty.org](http://www.amnesty.org)

<sup>1189</sup> Este cambio en las rutas producido por el aumento y la intensidad del control de la excedencia tendrán repercusiones gravísimas respecto de las condiciones de viaje de los migrantes y también de la actividad de los traficantes. Este extremo será tratado en el último capítulo cuando analicemos el artículo 318 bis CP.

<sup>1190</sup> En esta situación en el quinquenio 2000-2005 se encontraron 122.000 inmigrantes. Véase el informe de Amnistía Internacional España, 2007 disponible en [www.es.amnesty.org](http://www.es.amnesty.org).

### 3.4. La expulsión. Segregación selectiva

De conformidad con lo analizado, las políticas de extranjería más que poner fin a los flujos irregulares, pretende gestionarlos, ya que están preordenadas a facilitar el empleo masivo de fuerza de trabajo migrante en condiciones de extrema flexibilidad y explotación, de acuerdo con el régimen de producción postfordista.<sup>1191</sup> Medidas como el internamiento y la expulsión persiguen funciones *neo disciplinarias* y están orientadas al sometimiento de los dictados del *workfare* que produce las segmentaciones del mercado de trabajo.<sup>1192</sup>

Bajo estas coordenadas, la reforma LO 11/2003 cuya rúbrica expresa “*la integración social de los extranjeros*” introduce elementos para la configuración de la imagen del migrante que excede el de la alteridad, para constituirse como una variable de ilegalidad permanente, de la cual derivarán las nuevas segmentaciones subjetivas del reconocimiento de los derechos.<sup>1193</sup> Es por ello que habremos de estudiar la expulsión prevista por el artículo 89 CP<sup>1194</sup> y aquella prescrita en el ámbito administrativo, como paradigma de las tendencias que exhibe el control de la excedencia.<sup>1195</sup>

Aquél se despliega en la regulación de la expulsión en el ordenamiento español, en dos textos legales aplicables a supuestos distintos: por un lado, la regulación del Código Penal en torno a la expulsión como sustitutivo de la pena privativa de libertad o de las medidas de seguridad (arts. 89 y 108 CP) y por otro, la expulsión establecida por la Ley de extranjería (arts. 57 y 58 LOEx).

El segundo supuesto, se encuentra regulado por el Título III de la LOEx, relativo a las infracciones en materia de extranjería. Configuran supuestos de expulsión:

1º) Extranjero que comete una infracción muy grave<sup>1196</sup> o alguna de las consideradas graves.<sup>1197</sup> De entre todas las infracciones que pueden dar lugar a la

---

<sup>1191</sup> De Giorgi, A. *El gobierno de la excedencia...*, op.cit. págs., 121 ss.

<sup>1192</sup> Rodríguez, E., *El gobierno imposible...*, op.cit., págs., 118-122.

<sup>1193</sup> Como pone de manifiesto De la Rosa Cortina, M.A., “*La expulsión de los extranjeros no residentes legalmente condenados por delito. Aspectos sustantivos y procesales*” disponible en [www.cej.justicia.es/pdf/publicaciones/fiscales/FISCAL58.pdf](http://www.cej.justicia.es/pdf/publicaciones/fiscales/FISCAL58.pdf) ; Al poco tiempo de la vigencia de la nueva redacción dada al art. 89 CP por Ley Orgánica 11/2003, 29 septiembre, ya se presentaron dos proyectos posteriores de reforma.

<sup>1194</sup> La expulsión de los extranjeros fue introducida al Código Penal en 1995, mientras que en el ámbito administrativo se encontraba regulada en los artículos 21.1, 26.1 de la LO 7/1985 “*sobre Derechos y libertades de los extranjeros en España*”.

<sup>1195</sup> En este epígrafe habremos de tratar el supuesto de la expulsión del territorio, no obstante citar aquí el retorno y la devolución como otras modalidades previstas en la legislación. A mayor abundamiento véase Daunis Rodríguez, A., *Sistema sancionador e inmigración. Especial consideración al delito de tráfico ilegal de personas*, Tesis Doctoral, Salamanca, 2008, Ejemplar mecanografiado, págs. 344-351.

<sup>1196</sup> Éstas se encuentran previstas por el art. 54 LOEx.

<sup>1197</sup> Previstas en los apartados a, b, c, d, y f del art. 53 LOEx.

expulsión merece ser destacada la infracción grave consistente en encontrarse irregularmente en España (art. 53.a)

2º) Extranjero que haya sido condenado, dentro o fuera de España, por una conducta dolosa que constituya un delito sancionado con una pena privativa de libertad superior a 1 año, salvo que los antecedentes penales hubieran sido cancelados.

3º) Extranjero procesado o inculcado en un procedimiento judicial por delito o falta para el que se prevea una pena privativa de libertad inferior a 6 años o una pena de distinta naturaleza y conste este hecho acreditado en el expediente administrativo de expulsión.<sup>1198</sup>

4º) Extranjero, residente o no, que haya sido condenado por conductas tipificadas como delitos en los artículos 312 y 318 bis CP y que ha de ser expulsado una vez que haya cumplido las correspondientes penas privativas de libertad que se le hayan impuesto.<sup>1199</sup>

A efectos de la expulsión en los puntos 1º y 2º ha de tramitarse el correspondiente expediente administrativo.<sup>1200</sup> En el supuesto 3º “la autoridad gubernativa solicitará al Juez que, previa audiencia del Ministerio Fiscal, autorice, en el plazo más breve posible y en todo caso no superior a tres días, su expulsión salvo que, de forma motivada, aprecie la existencia de circunstancias excepcionales que justifiquen su denegación”. Si el extranjero se encuentra sujeto a varios procesos penales tramitados por diversos juzgados y esos hechos constan en el expediente administrativo de expulsión, la autoridad gubernativa instará de todos ellos la autorización referida.<sup>1201</sup>

En el último supuesto, se exige que el sujeto haya cumplido penas en España y se requiere la previa tramitación del correspondiente expediente. En cualquiera de los casos la resolución deberá ser notificada al interesado

---

<sup>1198</sup> Según lo dispuesto por el art. 57.7 a) LOEx.

<sup>1199</sup> Art. 57.8 LOEx. Este apartado hace referencia además a las conductas típicas de los artículos 515.6; 517 y 518 CP. La mención de los artículos 517 y 518 CP se entendía referida a la asociación para cometer el delito de tráfico de personas tipificado en el artículo 515.6, pero la reforma introducida por la LO 15/2003, de 25 de noviembre, suprimió ese numeral, por lo que ha de entenderse que las referencias a los artículos 517 y 518 quedan vacías de contenido y por tanto el art. 57.8 LOEx sólo alude a los arts. 312 y 318 bis CP. En este sentido, afirman Díaz y García Conlledo, M., *et.al*, *Protección y expulsión de extranjeros en Derecho penal*, La Ley, Madrid, 2007, pág. 595 que “esta falta de coordinación se produce también en la regulación del artículo 89 CP cuando excluye de la institución de la expulsión a los sujetos condenados por delitos tipificados en los arts. 312, 318 bis, 515.6, 517 y 518 CP, ya que el legislador de la citada LO 15/2003 olvidó suprimir el 89.4 CP la mención del 515.6 derogado.”

<sup>1200</sup> Véase el procedimiento ordinario en casos de expulsión en López-Muñoz Goñi, M., *La nueva ley de extranjería. Guía práctica y jurisprudencia*, 4ª. ed., Colex, Madrid, 2006, págs. 663 ss.; asimismo Melón Muñoz, A., “La expulsión del territorio nacional en el ámbito de la extranjería”, en *Extranjería*, Consejo General del Poder Judicial, Manuales de Formación Continuada, núm. 39, Madrid, 2007, págs. 75 ss.; Martínez Prado, V., *Detención e internamiento de extranjeros*, Aranzadi, Navarra, 2006, en especial, págs. 84 ss.

<sup>1201</sup> Art. 57.7.a. LOEx.

indicándole los recursos que contra la misma pueda interponer, el órgano y el plazo.<sup>1202</sup>

Uno de los efectos que conlleva la aplicación de la sanción de expulsión versa sobre la imposibilidad de permanecer en España y el archivo de cualquier procedimiento que tenga por objeto la autorización para residir, trabajar, etc. (art. 57.4 LOE). La expulsión, como otro de sus efectos, trae consigo la prohibición de entrada por un período mínimo de 3 años y un máximo de 10 años.

Por otro lado, no será preciso el expediente de expulsión para la devolución de los extranjeros en dos supuestos: en primer lugar, cuando los sujetos contravengan la prohibición de entrada de modo que la devolución acordada conllevará el reinicio del cómputo del plazo que se hubiese acordado en la resolución anterior.<sup>1203</sup> El segundo supuesto es el de aquellos que pretendan entrar ilegalmente a España. La prohibición, en este caso, se extenderá por un plazo máximo de tres años.<sup>1204</sup>

Un caso particular de no aplicación de la expulsión dispuesta por el artículo 59 LOEx se dará en el caso de migrantes irregulares que hayan sido víctimas del tráfico ilegal *siempre que denuncien a las autoridades competentes a los autores, cómplices y colaboradores*. En este caso, los inmigrantes podrían elegir entre retornar a su país o la estancia y residencia en España. Asimismo en virtud de la muestra de colaboración serán premiados con la facilitación para la autorización de trabajo y su integración social. Por su parte, la reforma operada por la LO 11/2003 de 29 de Septiembre de *medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros* dispone la expulsión de los inmigrantes irregulares que cometan un delito.<sup>1205</sup>

Los artículos 89 y 108 CP reformados por aquella ley<sup>1206</sup> atienden a dos situaciones distintas. En el primero de ellos se trata de una medida sustitutiva de la pena privativa de libertad inferior a seis años o de la medida sustitutiva de la

---

<sup>1202</sup> Art. 57.9 LOEx.

<sup>1203</sup> Art. 58.2 a), en relación con el art. 58.6 LOEx.

<sup>1204</sup> *Ibidem*.

<sup>1205</sup> No obstante la expulsión no es la única vía. Existen otras posibilidades que permiten el cumplimiento de la pena y de la medida de seguridad privativa de libertad del inmigrante en el país de origen, como asimismo el cumplimiento de la libertad condicional. Sin embargo, los problemas de aplicación práctica de estas alternativas hace que estemos ante opciones de poca viabilidad. Véase, Díaz y García Conlledo, *et.al.*, *Protección....*, op.cit., págs. 600 ss; Heredia Puente, M., /Fábrega Ruiz, C., *Medidas cauterlares en el derecho de extranjería. Internamientos, expulsiones y otros aspectos del derecho de extranjería español*, Colex, Madrid, 1997, pág. 83.

<sup>1206</sup> En la exposición de motivos de la LO 11/2003 se afirmaba que lo se pretendía con esta modificación del CP, por lo que a los extranjeros se refiere era, continuando con el *plan de lucha contra la delincuencia*, presentado por el Gobierno PP el 12/9/2002, completar el conjunto de medidas legislativas dirigidas a favorecer la integración social de los extranjeros (la referencia es hacia los residentes, claro está). Para el proceso de evolución legislativa del art. 89 CP véase, Muñoz Lorente, J., *“La expulsión del extranjero como medida sustitutiva de las penas privativas de libertad: el artículo 89 tras su reforma por la ley orgánica 11/2003”*, en *Revista de Derecho penal y Criminología*, núm., extraordinario 2, 2004, págs. 401-482.

pena mayor de seis años, mientras que el segundo artículo *in fine* contempla la sustitución de las medidas de seguridad por la expulsión.<sup>1207</sup>

Respecto de la naturaleza jurídica del instituto de la expulsión (art. 89 CP) cuando se aplica como sustitutivo de la pena de libertad menor de seis años,<sup>1208</sup> no hay acuerdo en la doctrina. Algunos autores sostienen que dado que no hay referencia a la expulsión dentro del capítulo dedicado a las penas, ni tampoco figura como uno de los supuestos del artículo 33 CP no puede tratarse de una pena.

De acuerdo con otra interpretación, en virtud del artículo 95 CP la expulsión tiene una naturaleza híbrida entre la suspensión de la pena y la aplicación de una medida de seguridad.<sup>1209</sup>

Por su parte, la Circular FGE 3 /2001 <sup>1210</sup> hablaba de suspensión, pero no de la pena ya que señalaba que nos encontramos frente a una suspensión de la

---

<sup>1207</sup> La novedad reside en que con anterioridad a la reforma la expulsión era una alternativa a la pena privativa de libertad, no la única posibilidad. Lo cual determina la aplicación automática de la expulsión, y sólo excepcionalmente y de forma motivada el juez o tribunal podrá dictaminar el cumplimiento de la pena en España y ello, atendiendo a la naturaleza del delito cometido y no a las circunstancias personales del reo. Aquí vemos cómo la excepción se vuelve regla y viceversa, bajo los discursos punitivos del eficientismo penal.

<sup>1208</sup> En el caso de la expulsión vinculada al cumplimiento de las tres cuartas partes de la pena o cuando se ha accedido al tercer grado del tratamiento penitenciario, la discusión en la doctrina continua debatiendo respecto de su naturaleza jurídica, y respecto de la aplicación de la expulsión como sustitutivo de las medidas de seguridad; véase Díaz y García Conlledo, *Protección...*, op.cit., págs. 624 ss., con ulteriores referencias.

<sup>1209</sup> Afirman que no se trata de una pena Maqueda Abreu, M.L.; “¿Es constitucional la expulsión penal del extranjero?”, en Roca Roca, L., /Zugaldía Espinar, M., (coords.), *Los Derechos humanos. Libro Homenaje al Excmo. Sr. D. Luis Portero García*, Universidad de Granada, 2001, pág. 512; Asua Batarrita, A., “La expulsión del extranjero como alternativa a la pena: incongruencias de la subordinación del Derecho penal a las políticas de control de la inmigración”, en Laurenzo Copello, (coord.) *Inmigración y Derecho penal...*, op.cit., pág. 63. Por su parte Mapelli Caffarena, B., *Las consecuencias jurídicas del delito*, 4ª ed., Aranzadi, Pamplona, 2005, pág. 128, se decanta por una medida de seguridad.

<sup>1210</sup> La misma circular pide a los fiscales que soliciten a los jueces la aplicación de la prisión preventiva a los inmigrantes. Por su parte, la Circular 2/2006 *Sobre diversos aspectos relativos al régimen de los extranjeros en España*, señala que la evolución legislativa se ha dirigido a ampliar cada vez mas las posibilidades de sustitución de la pena por la expulsión: el art. 21.2 de la Ley Orgánica 7/1985 restringía el uso de esta facultad a los casos de condena por delito menos grave. El primitivo art. 89 CP 1995 ampliaba las posibilidades a los supuestos de delitos graves con la limitación penológica de los seis años, limitando el ámbito subjetivo de aplicación a los extranjeros no residentes legalmente en España. El art. 89 reformado, manteniendo el ámbito objetivo y subjetivo de aplicación, no diseña la expulsión sustitutiva como una facultad del Tribunal, sino que la establece con carácter cuasi imperativo. Esta es, sin duda, la novedad de mayor calado en esta reforma. En cuanto a su naturaleza, conforme al ATC 106/1997, de 17 abril, cabe seguir manteniendo que esta medida ni en rigor puede decirse sea una pena -lo que quedaría demostrado, entre otras cosas, por el hecho de no venir expresamente mencionada en el catálogo que de las mismas se establece en el art. 33 del Código Penal de 1995- ni, dado su carácter puntual o de agotamiento en un solo acto, puede considerarse adecuada para el cumplimiento de las finalidades preventivo-especiales que no están absolutamente garantizadas por el simple regreso



potestad jurisdiccional en su modalidad de hacer ejecutar lo juzgado en aras de preservar otros fines igualmente valiosos para el Estado relacionado con su política de extranjería, aunque acabara admitiendo que la expulsión suspende la condena.<sup>1211</sup> Frente a ello, se expresa otro grupo de autores para quienes el artículo 89 CP no contempla la sustitución de una pena, sino una alternativa a la prisión.<sup>1212</sup>

Otro sector considera que, en este caso, se trata de *sanciones administrativas transformadas formalmente en mecanismos penales*, porque obvian las diferencias entre penas y medidas.<sup>1213</sup> Por su parte Díaz y García Conlledo estima que nos encontramos ante una figura autónoma, es decir no es una pena, ni una medida de seguridad ni tampoco configura un sustitutivo penal.<sup>1214</sup>

El intento por definir la naturaleza jurídica de la expulsión sustitutiva y las medidas estipuladas para llevarla a cabo, emerge con todas sus contradicciones en los razonamientos del ATC núm. 331/1997 (Sala Primera, Sección 1.<sup>a</sup>), de 3 octubre, cuando declara que *“la expulsión del territorio nacional de un extranjero, por incumplir los requisitos que la legislación de extranjería impone a su estancia en España, no puede ser confundida con una pena, de la que le separan el fundamento y los fines que persigue...Una cosa es que el actor haya traficado con droga, y que esa conducta le haya acarreado una pena privativa de libertad; y otra cosa es que su Derecho a residir en España, que se encontraba condicionado legalmente al requisito de no cometer delito doloso de cierta gravedad, haya quedado extinguido al incumplir ese requisito legal. A su vez, la pena de prisión le ha sido impuesta en el marco de la política criminal del Estado,*

---

del penado extranjero a su país. Rechazan también la conceptualización de la expulsión como pena las SSTC núm. 242/94, de 20 de julio, y 203/1997, de 25 de noviembre. Lo determinante para decidir la procedencia o no de la expulsión sustitutiva no será la pena abstracta señalada al delito, sino que habrá exclusivamente de tenerse en cuenta la concreta pena que se ha impuesto en la sentencia. Por ello, en principio cabrá aplicar la expulsión sustitutiva cuando el extranjero sea condenado a una pena inferior a los seis años, ya como consecuencia de la concurrencia de eximentes, semieximentes, circunstancias modificativas, grados de ejecución o de participación, ya como consecuencia de la utilización del arbitrio judicial autorizado por las reglas penológicas, independientemente de que la condena lo sea por un delito que en abstracto lleve aparejada pena superior a los seis años. Señala que tras la reforma en el CP por LO 15/2003 la nueva división entre delitos graves y menos graves se traza a partir de la asignación de penas de prisión superiores a cinco años (art. 33 CP). Por ello entran dentro del ámbito de aplicación del art. 89 CP las penas graves y -con el juego de las reglas de determinación de la pena- potencialmente numerosos delitos graves.

<sup>1211</sup> En el mismo sentido que la circular, se expresa López Muñoz, M.J., *“La incidencia de la jurisdicción en el procedimiento de expulsión de extranjeros que hayan cometido delitos en España”*, en Actualidad Penal, 2003-2, pág. 576.

<sup>1212</sup> Lamo Rubio, J., *El código penal de 1995 y su ejecución. Aspectos prácticos de la ejecución penal*, Bosch, Barcelona, 1997, págs. 191 ss.

<sup>1213</sup> Navarro Cardoso, F., *Expulsión penal de Extranjeros: una simiosis del Derecho penal simbólico y Derecho penal del enemigo*, en Revista de Derecho penal y Criminología, núm. 17, 2006, págs. 154 ss.; Sanz Morán, A., *“Reflexiones de urgencia sobre las últimas reformas de la legislación penal”*, en Revista de Derecho Penal, núm. 11, 2004, págs. 11 ss; Asua Batarrita, M.L., op.ult.cit., págs. 67 ss.

<sup>1214</sup> Díaz y García Conlledo, et.al, *Protección.....*, op.cit., págs. 628 ss.

*mientras que la expulsión del territorio nacional ha sido acordada en el marco de la política de extranjería, que son dos ámbitos que atienden a intereses públicos netamente diferentes.”*

Cuando se ejecuta una expulsión, la política criminal se ve desbordada por la política de extranjería, y lo que son, como afirma el Tribunal Constitucional, *dos ámbitos que atienden a intereses públicos netamente diferentes*, al final confluyen y se confunden. Esta *aparente contradicción* se refleja también en que puede considerarse como una medida restrictiva de derechos o como un beneficio, según que se impongan contra la voluntad del reo o a petición del mismo. Como medida restrictiva, la STC 242/1994<sup>1215</sup>, seguida por la STC 203/1997 declara que *“no se concibe como modalidad de ejercicio del «ius puniendi» del Estado frente a un hecho legalmente tipificado como delito, sino como medida frente a una conducta incorrecta del extranjero que el Estado en el que legalmente reside puede imponerle en el marco de una política criminal, vinculada a una política de extranjería; que a aquél incumbe legítimamente diseñar”, puesto que “no se trata de una pena, pero indiscutiblemente puede llegar a ser, de no aceptarse por el afectado, una medida restrictiva de los Derechos de los extranjeros que se encuentran residiendo legítimamente en España, en este caso, del Derecho de permanecer en nuestro país, cuya relevancia constitucional se ha afirmado en la jurisprudencia de este Tribunal.”*

La expulsión, entendida como un beneficio, la STC 203/1997, ante la petición de la adopción de la expulsión por el propio condenado, dice que, *“no cabe... hablar de un Derecho fundamental a la aplicación de la sustitución de la pena por expulsión prevista en el art. 21.2 de la Ley Orgánica 7/1985, sino que se trata de una medida que, además del cumplimiento de los requisitos mínimos establecidos en la Ley (condena por delito menos grave, aseguramiento de las responsabilidades civiles), exige una valoración del Juez, dada su configuración legal, que ha de realizar una ponderada interpretación del conjunto del ordenamiento y de los valores extinguidos al incumplir ese requisito legal. A su vez, la pena de prisión le ha sido impuesta en el marco de la política criminal del Estado, mientras que la expulsión del territorio nacional ha sido acordada en el marco de la política de extranjería, que son dos ámbitos que atienden a intereses públicos netamente diferentes.”*

Surge de las sentencias y de las distintas opiniones doctrinales, que no pueden aplicarse criterios hermenéuticos homogéneos. Esto se expresa cuando en ocasiones se utilizan parámetros restrictivos, ya que puede tratarse de una reacción de especial dureza frente a delitos de escasa entidad, mientras que en otras, utiliza criterios interpretativos extensivos conforme al principio *in dubio pro reo* puesto que la expulsión puede ser una medida especialmente privilegiada frente a la pena a la que sustituye.<sup>1216</sup> Además, el carácter aflictivo o no de la

---

<sup>1215</sup> STC núm. 242/1994, de 20 julio (Ponente: D. Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer).

<sup>1216</sup> De la Rosa Cortina, M.A., *“La expulsión de los extranjeros....”*, op.cit., pág. 2575 (10 de 70); Cancio Meliá, M., *“La expulsión de ciudadanos extranjeros sin residencia legal (art. 89CP), en Homenaje al Profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo, op.cit., págs. 187 ss., asimismo véase STS 166/2007, de 14 de febrero .*

expulsión no sólo está en relación con la pena a la que sustituye, sino también depende de la circunstancia de si el extranjero tenía o no un ánimo de permanencia estable en España.<sup>1217</sup> Algunos doctrinarios han destacado que el art. 89 CP supone la introducción en nuestro ordenamiento del principio de oportunidad.<sup>1218</sup> En este sentido, el Tribunal Supremo ha interpretado que *“Sin explicación alguna y con un criterio meramente defensivo, se impone de manera desproporcionada e injustificada, la expulsión, casi automática, de los extranjeros condenados por un hecho delictivo, sin matizaciones ni motivaciones.”*<sup>1219</sup>

Frente a esta situación, el Tribunal de referencia, retomando el principio de igualdad ante la ley, afirma que *“también se puede argumentar que la expulsión de los extranjeros de forma automática supone un tratamiento discriminatorio en favor de los extranjeros a los que les resultaría impune su delito en relación a los españoles, y, unido a ello, el efecto perverso que dicha expulsión automática puede tener por cuanto supone la gratuidad del primer delito con la consiguiente invitación a venir a España para delinquir, lo que constituye un factor criminógeno de primer orden. El punto de unión de ambas reflexiones, es, precisamente la exigencia de introducir una valoración individualizada en cada caso y una decisión motivada por parte del Tribunal concernido, pues a él le conviene como Tribunal también de ejecución de la pena impuesta la decisión.”*<sup>1220</sup>

---

<sup>1217</sup> Cfr. Monclús Masó, M., *“La gestión penal de la inmigración...”*, op.cit., pág. 177.

<sup>1218</sup> Palomo del Arco, A., *“Criminalidad organizada e inmigración ilegal”*, en Granados Pérez, C., (dir), *Criminalidad organizada. Aspectos sustantivos, procesales y orgánicos*, Cuadernos de Derecho Judicial, II-2001, pág. 205; Brandariz García, J.A., *Política criminal....*, op.cit., pág. 124.

<sup>1219</sup> STS 108/2007, de 13 febrero.

<sup>1220</sup> En tal sentido se pueden citar las SSTS 901/2004, de 8 de julio, 636/2005 de 17 de mayo, 710/2005, de 7 de junio; 906/2005, de 8 de julio; 1162/2005, de 11 de octubre; 1231/2006, de 23 de noviembre; 35/2007, de 25 de enero; 357/2006, de 14 de marzo. En este sentido, la jurisprudencia citada ha recogido sustentado lo sentado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Tribunal Constitucional – Así se pronuncia la Audiencia Provincial de Burgos Sentencia 163/2006, de 13 de noviembre, en los siguientes términos *“ la SSTC 99/85 de 3 de septiembre 242/94, y 203/97-, ciertamente con anterioridad a la actual reforma, pero exigiendo siempre un trámite de alegaciones como único medio de poder efectuar un juicio de proporcionalidad y ponderación ante los Derechos que pueden entrar en conflicto a consecuencia de la expulsión, con cita de la libertad de residencia y desplazamiento. Estimamos que con mayor motivo habrá de mantenerse la exigencia si se trata del Derecho de familia, una de cuyas manifestaciones –tal vez la esencial- es “vivir juntos” - STEDH de 24 de marzo de 1988 (TEDH 1988, 2), Olssen vs. Suecia de 9 de junio de 1998 (TEDH 1998, 27), Bronda vs. Italia, entre otras, vida común que queda totalmente cercenada con la expulsión. En conclusión, para lograr la adecuada ponderación y la salvaguarda de Derechos fundamentales superiores, en principio, al orden público o a una determinada política criminal, parece imprescindible ampliar la excepción de la expulsión, incluyendo un estudio de las concretas circunstancias del penado, arraigo y situación familiar para lo que resulta imprescindible el trámite de audiencia al penado y la motivación de la decisión. Por ello habrá de concluirse con la necesidad de injertar tal trámite como única garantía de que en la colisión de los bienes en conflicto, en cada caso, se ha salvaguardado el que se considere más relevante, con lo que se conjura, eficazmente, la tacha de posible inconstitucionalidad del precepto, tal y como está en la actualidad. Una vez más hay que recordar que, todo juicio es un concepto esencialmente*

Consideramos que la expulsión es una pena de carácter material<sup>1221</sup> y por tanto debería estar resguardada de ser aplicada por la Administración, de conformidad con el art. 25.3 CE; porque la autorización judicial a la que refieren los artículos de la Ley de Extranjería no excede de una mera declaración formal que sólo ratifica la disposición del internamiento por parte de la autoridad administrativa. Esta situación produce la violación de garantías judiciales básicas del ordenamiento constitucional español que no pueden fundarse en la calificación legal o la ubicación normativa. El no reconocer el carácter de pena de la expulsión conlleva un fraude de etiquetas. En efecto, consideramos que tanto la expulsión prevista en el Código Penal como aquella establecida por la LOEx configuran una sanción penal.<sup>1222</sup>

Llegados a este punto, observamos que la expulsión es la plasmación en una norma penal de los criterios de gestión que articulan las medidas político-criminales en la actualidad, a partir de la reforma operada por la LO 11/2003 del inciso 1 del artículo 89 CP, queda configurado un caso de expulsión indiscriminada de todo un colectivo, sin apenas consideración del delito ni de las circunstancias particulares del migrante.<sup>1223</sup>

---

individualizado, y si ello tiene una especial incidencia en la individualización judicial de la pena, es obvio que también debe serlo aquellas medidas sustitutivas de la pena de prisión". En el mismo sentido Audiencia Provincial de La Rioja (Sección 1ª), SAP 178/2006, de 23 octubre.

<sup>1221</sup> En el sentido que expresa Baratta, A., *"Viejas y nuevas estrategias en la legitimación del Derecho penal"*, (trad. Nogués y Tomás, revisada por Bergalli), en Poder y Control, núm. 0, 1986, págs. 77-78, ya que podría calificarse como pena toda sanción negativa infligida por el Estado que lesione intereses dignos de tutela y con una intensionalidad declarada como puede ser la desaprobación de una conducta.

<sup>1222</sup> Es responsabilidad del legislador, mediante el respeto del art. 25.3 y 25.2 CE decidir qué sanciones confía al derecho administrativo y cuáles reserva al derecho penal. Sin embargo, esta decisión no puede ser arbitraria. En este sentido se expresó el Grupo de Estudios de Política Criminal en su *Propuesta Alternativa al tratamiento jurídico de la discriminación y de la Extranjería*, Serie Documentos, núm. 4, Málaga, 1998, págs. 41-43, ya que no sólo expresa su conformidad con la reducción de la expulsión penal, sino también de los supuestos de carácter administrativo, elaborando una propuesta de supresión de la mayoría de los casos en que la expulsión resulta de aplicación. Contemplan la posibilidad de limitar la expulsión administrativa a los casos en que el extranjero se encuentre ilegalmente en territorio español ( por no haber obtenido la prórroga de estancia o el permiso de residencia) y eliminar el resto de causales a menos que constituyan una conducta delictiva, en cuyo caso habrán de regirse por el Código Penal. La alternativa consiste en la eliminación de todos los supuestos de expulsión de carácter administrativo.

<sup>1223</sup> En este sentido, la LO 11/2003 en su expresión de motivos señala que *se trata de evitar que la pena y su cumplimiento se conviertan en formas de permanencia en España quebrando así el sentido radical del ordenamiento en su conjunto*, para ello la reforma pretende dar adecuado cauce para que el juez penal *acuerde la sustitución de la pena impuesta al extranjero no residente legalmente en España que ha cometido un delito, por su expulsión*. La doctrina contenida en la Circular 3/2001 en la que se consideraba que al decidir la expulsión del reo la autoridad judicial ejerce una facultad discrecional de primer grado, no susceptible de censura casacional; no obstante, la decisión no puede ser arbitraria, sino razonada, fruto de una equilibrada valoración de los intereses en conflicto debidamente expresada en el auto judicial, parece debe ser matizada, vistos los nuevos términos del art 89: la discrecionalidad queda sensiblemente reducida y solamente habrá de

En este sentido, expresa Cancio Meliá que debemos interpretar el art. 89 CP como resultado de la lógica de exclusión aplicable a este colectivo y por tanto, estima que nos enfrentamos a una norma de “derecho penal del enemigo” debido a que se enfrenta directamente con los principios de proporcionalidad de las penas, por la supresión de las garantías procesales, configurando un tratamiento penal diferenciado. La expulsión configura el paradigma de la flexibilización del derecho como producto de una excepción permanente construída en torno de este grupo, que ahonda todavía más la relación entre irregularidad y delincuencia.

El Tribunal Supremo ha dado debida cuenta de esta situación<sup>1224</sup> en la ST 901/2004, de 8 de julio, en la que afirma que el artículo 89 CP debe ser interpretado en clave constitucional, lo cual deriva en la siguiente exposición “parece imprescindible ampliar la excepción de la expulsión, incluyendo un estudio de las concretas circunstancias del penado, arraigo y situación familiar para lo que resulta imprescindible el trámite de audiencia al penado y la motivación de la decisión. Por ello habra de concluirse con *la necesidad de injertar tal trámite como única garantía de que en la colisión de los bienes en conflicto, en cada caso, se ha salvaguardado el que se considere más relevante, con lo que se conjura, eficazmente, la tacha de posible inconstitucionalidad del precepto, tal como está en la actualidad.*”

En 2007, el Tribunal, recogiendo los criterios de las sentencias citadas *supra*, se ha expedido en los siguientes términos, “*Como ya señalara la STS nº 1.120/2.005, de 28 de Septiembre, la excepción que el art. 89 CP prevé la sustitución de las penas privativas de libertad por la expulsión del territorio español, para los extranjeros no residentes legalmente en España, y que consiste en que el Tribunal, previa audiencia del Ministerio Fiscal y de forma motivada, aprecie que la naturaleza del delito justifica el cumplimiento de la condena en un centro penitenciario en España, ha de comprender los casos de conformidad entre el Ministerio Fiscal y el acusado, salvo que éste haya condicionado la conformidad con los hechos y con la sanción penal a la opción de expulsión. Es voluntad del legislador que el Poder Judicial ha de cumplir (art. 117.1 CE) la mencionada sustitución de la pena de privación de libertad inferior a seis años por la expulsión del extranjero, con esa salvedad expresamente consignada en la norma (STS nº 1.099/2.006, de 13 de Noviembre). Ahora bien, no basta con que el Juez o Tribunal atienda a la clase de delito cometido, sino que es preciso que examine algún elemento más que le permita valorar la conveniencia de acordar la expulsión o, excepcionalmente, de*

---

razonarse la decisión de no expulsión y la de expulsión cuando el Ministerio Fiscal hubiera instado el cumplimiento de la pena en España. En los demás supuestos, en tanto la expulsión se configura como una consecuencia que opera ope legis la fundamentación entronca directamente con la voluntad de la Ley.

<sup>1224</sup> Ya se recogían estos términos en las sentencias producidas en instancias inferiores, AP Cadiz 10 de diciembre de 2003, AP Cádiz 4 de febrero de 2004, AP León de 3 de marzo de 2004, AP Santa Cruz de Tenerife de 16 de abril de 2004, 19 de abril de 2004, y la SAP Madrid de 7 de noviembre de 2003 y 15 de octubre de 2004.

*proceder al cumplimiento de la pena en España (STS nº 710/2.005, de 7 de Junio). La motivación del Tribunal debe ponderar no sólo la naturaleza del delito, sino también las circunstancias personales y familiares del acusado, a fin de atender no sólo a razones de orden público o de una determinada política criminal, sino también a la salvaguarda de Derechos fundamentales. El acuerdo sobre la sustitución no puede venir justificado sin más por la conformidad con los hechos y las penas que comprenda la acusación pública. Una vez más hay que recordar que todo juicio es un concepto esencialmente individualizado, y si ello tiene una especial incidencia en la individualización de la pena, es obvio que también deben serlo aquellas medidas sustitutivas de la pena de prisión (STS nº 906/2.005, de 8 de Julio ).”<sup>1225</sup>*

Otro intento de esclarecimiento sobre el status de la expulsión la encontramos en el Proyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la LO 10/1995, de 23 de Noviembre, del Código Penal (BOE/C, 15 de enero de 2007),<sup>1226</sup> que en su exposición de motivos reconoce “ gran fuente de conflictos en la reciente experiencia penal ha sido la contradictoria función de la medida de expulsión de migrantes, especialmente cuando se configura con un fuerte automatismo que de lugar a que sea impoible imaginar anticipadamente el efecto que su aplicacación vaya a causar en cada concreto sujeto, abriéndose tanto la posibilidad de que la medida resulte excesivamente aflictiva en comparación con la que puedan sufrir otros individuos con análoga responsabilidad hasta todo lo contrario, provocando entonces un efecto criminógeno al resultar de nulo poder preventivo y ser, incluso, un beneficioso modo de escapar del castigo, amén de desigual en comparación también con situaciones similares. La búsqueda del imprescindible carácter especialmente preventivo a la par que disuasorio de esa amenaza penal exige, por todo ello, que se permita a los Tribunales que puedan valorar la oportunidad de acordarla, lo que ha sido puesto de manifiesto reiteradamente por el Tribunal Supremo.”<sup>1227</sup>

---

<sup>1225</sup> STS 435/2007, de 28 febrero (JUR\2007\93572).

<sup>1226</sup> Véase Zugaldía Espinar, J.M., “La contrarreforma Penal (El annus horribilis de 2003) y el Anteproyecto de Reforma del Código Penal de 2006”, en Bueno Arús, et.al (dirs.) *Derecho penal y criminología como fundamentos de la política criminal. Estudios en Homenaje al Prof. Alfonso Serrano Gómez*”, Dykinson, Madrid, 2006, págs. 1347-1382.

<sup>1227</sup> La norma de referencia quedará modificada en los siguientes términos: El apartado vigésimo del Proyecto *in fine* dispone que el artículo 89 CP quedará redactado en los siguientes términos: “1. Las penas privativas de libertad inferiores a seis años impuestas a un extranjero no residente legalmente en España podrán ser sustituidas en la sentencia o en auto motivado, previa audiencia del Ministerio Fiscal y del penado, por su expulsión del territorio nacional. 2. El extranjero no podrá regresar a España en un plazo de tres a diez años, contados desde la fecha de su expulsión, atendidas la duración de la pena sustituida y las circunstancias personales del penado. 3. La expulsión llevará consigo el archivo de cualquier procedimiento administrativo que tuviera por objeto la autorización para residir en España. 4. Si el extranjero expulsado regresara a España antes de transcurrir el período de tiempo establecido judicialmente, cumplirá las penas que fueron sustituidas. No obstante, si fuera sorprendido en la frontera, será devuelto por la autoridad gubernativa, empezando a computarse de nuevo el plazo de prohibición de entrada en su integridad. 5. Los Jueces o Tribunales, a instancia del Ministerio Fiscal y previa audiencia del

Por su parte, el inciso 2 del art. 89 CP dispone la prohibición de regreso de clara vocación inocuizadora ya que se impone por un período fijo, no modulable. Estas medidas violan el principio de igualdad, y el principio de proporcionalidad, debido que no hay consideración respecto de la gravedad del delito, ni de los criterios de individualización de la pena; la expulsión se decreta indiscriminadamente.<sup>1228</sup> En este sentido, expresan Cancio Meliá y Gómez Maraver que, en la actualidad “por unos mismos hechos, un extranjero sin residencia legal puede volver, sin más a su país, o por el contrario, ingresar en prisión por un tiempo considerable, dependiendo sencillamente del ámbito territorial en el que se cometa la infracción o, incluso, de qué sección de un mismo tribunal colegiado le juzgue. Se trata entonces de una verdadera *lotería penal*.”<sup>1229</sup>

La expulsión impuesta con carácter general, veda cualquier aplicación de dispositivos de sustitución o cumplimiento condicional de la condena, donde la situación de precariedad e irregularidad dificultan el acceso a la libertad condicional o la semi libertad, mientras que durante la ejecución de la pena privativa de libertad le están negados casi de forma absoluta los permisos de salida y aquellos derechos que el modelo de la resocialización establece.<sup>1230</sup> En

---

penado, podrán acordar en sentencia o durante su ejecución, la expulsión del territorio nacional del extranjero no residente legalmente en España que hubiera de cumplir o estuviera cumpliendo cualquier pena privativa de libertad, para el caso de que hubiera accedido al tercer grado penitenciario o cumplido las tres cuartas partes de la condena. 6. Cuando, al acordarse la expulsión en cualquiera de los supuestos previstos en este artículo, el extranjero no se encuentre o no quede efectivamente privado de libertad en ejecución de la pena impuesta, el Juez o Tribunal podrá acordar, con el fin de asegurar la expulsión, su ingreso en un centro de internamiento de extranjeros, en los términos y con los límites y garantías previstos en la Ley para la expulsión gubernativa. En todo caso, si acordada la sustitución de la pena privativa de libertad por la expulsión, ésta no pudiera llevarse a efecto, se procederá a la ejecución de la pena originariamente impuesta o del período de condena pendiente. Vigésimo cuarto, por el que se modifican los apartados 1 y 2 del artículo 108 CP, que se propone como sigue: “1. Si el sujeto fuere extranjero no residente legalmente en España el Juez o Tribunal podrá acordar, previa audiencia de aquél y del Ministerio Fiscal, la expulsión del territorio nacional como sustitutiva de las medidas de seguridad privativas de libertad que le sean aplicables. La expulsión así acordada llevará consigo el archivo de cualquier procedimiento administrativo que tuviera por objeto la autorización para residir o trabajar en España. En el supuesto de que, acordada la sustitución de la medida de seguridad por la expulsión, ésta no pudiera llevarse a efecto, se procederá al cumplimiento de la medida de seguridad originariamente impuesta. 2. El extranjero no podrá regresar a España en un plazo de tres a diez años, contados desde la fecha de su expulsión.”

<sup>1228</sup> Cancio Meliá, M., /Maraver Gómez, “*El Derecho penal ante...*”, op.cit. pág. 394; Souto García, E.M., “*Algunas notas sobre la función del Derecho penal en el control de los flujos migratorios: especial referencia a la medida de expulsión*”, en Faraldo Cabana (dir.), *Derecho penal de excepción*, op.cit., pág. 311.

<sup>1229</sup> Cancio Meliá, M., /Maraver Gómez, “*El Derecho pena ante...*”, op.cit., pág. 398.

<sup>1230</sup> En este sentido es dable poner de relieve como la situación de irregularidad deriva en que según García España, E., ([www.malaga.acoge.org/2003/set03/pirs.htm](http://www.malaga.acoge.org/2003/set03/pirs.htm)) en 2003 el 15.3% de los presos españoles se encontraba en prisión preventiva, frente a un 43.9% de inmigrantes. Ello teniendo en cuenta el dato no aleatorio que representa la Circular 3/2001, de 21 de diciembre sobre

este sentido, este precepto está destinado a la más eficiente aplicación de la normativa administrativa, es decir, la aplicación de la sanción de expulsión en el caso de estancia irregular.<sup>1231</sup>

El instituto en estudio demuestra palmariamente el abandono del “ideal resocializador” a cambio de arbitrarias medidas de control de conformidad con una retórica política de creación de una alteridad inintegrable. Nos encontramos frente a una norma penal típica del denominado por Jakobs derecho penal del enemigo <sup>1232</sup> como articulación dogmática del nuevo paradigma subjetivo representado por el inmigrante irregular. Los controles y los mecanismos de expulsión funcionan todos ellos bajo una racionalidad superior dispuesta por el sometimiento postdisciplinario a un mercado laboral en condiciones de semiesclavitud cuya gestión consiste en la creación de espacios de desterritorialización del derecho que producen, no obstante, una nueva reterritorialización funcional a la desregulación necesitada por el mercado. Porque como señala, entre otros Brandariz García<sup>1233</sup> en la práctica, dado el alto nivel de porcentaje de supuestos en que la expulsión no puede llevarse a cabo “existirá un volumen de casos en que la excarcelación puede suponer la permanencia en territorio español. No obstante, esa permanencia, como consencuencia de los antecedentes delictivos, vendrá acompañada por la imposibilidad de regularización de la situación, con las consecuencias negativas que ello supone, señaladamente la permanente amenaza de expulsión y la obligación de procurar medios de vida al margen del trabajo asalariado regular.”

La economía de las expulsiones y el *status* del inmigrante irregular, encuentra correlatividad en la administrativización de la ley penal como característica sobresaliente del estatuto de la ley penal del Estado postmoderno; poniendo de resalto el solapamiento que se produce entre los ámbitos penal y administrativo en materia de gestión de la inmigración.<sup>1234</sup> El recurso constante al instrumento penal para el reforzamiento de la política de extranjería se exhibe sin

---

la actuación del Ministerio Fiscal en materia de extranjería emitida por la Fiscalía General del Estado en la que se insta a los fiscales que soliciten a los jueces el internamiento preventivo en el caso de no abandono del territorio nacional por el extranjero formalmente expulsado (existencia de una resolución administrativa de expulsión).

<sup>1231</sup> Daunis Rodríguez, A., “Política migratoria...”, op.cit., pág. 147; Souto García, M.E., “Algunas notas sobre...”, op.cit., pág. 318; Palomo del Arco, A., “Criminalidad organizada e inmigración ilegal”, op.cit., pág. 204; Terradillos Basoco, J.M., “Inmigración, mafias...” op.cit., págs. 284 ss.

<sup>1232</sup> Véase *infra* el próximo capítulo donde nos abocamos al análisis de las derivas tecnocráticas en el ámbito de la dogmática penal.

<sup>1233</sup> Brandariz García, J.A., *Política criminal...*, op.cit., pág. 147, nota 525; asimismo Mezzadra, S., /Neilson, B., *Border as method, or the Multiplication of labor*, op.cit.; Terradillos Basoco, J.M., “La criminalidad de los migrantes...”, op.cit., pág. 134; Young, J., *The vertigo in late modernity*, op.cit., pág. 37, donde el autor refiere a un proceso de inclusión-exclusión social que denomina como bulímico; en términos similares, García Vázquez, S., “Derecho de extranjería: el mito del estatuto jurídico único”, en *Revista Galega de Seguridade Pública*, núm. 8, 2006, pág. 40.

<sup>1234</sup> Silveira Gorski, H.C., “Los centros de internamientos para extranjeros y el futuro del Estado de Derecho”, en *Revista Mientras Tanto*, núm. 83, 2002, págs. 95 ss.



cortapizas en la redacción del art. 57.7 L.O. 4/2000 reformada por LO 11/2003 que establece la posibilidad de que la autoridad administrativa inste al juez para que en el plazo máximo de 3 días expida la autorización para proceder a la expulsión inmediata. Bajo los parámetros de la “gestión”, es decir en aras de reducir costes y tender a la eficacia simbólica de la actuación del estado, el artículo 89 CP aparece “como un dispositivo más de un sistema netamente administrativo.”<sup>1235</sup>

En el ámbito de la gestión de las repatriaciones las fuerzas policiales recurran a medidas coercitivas y de fuerza prohibidas e inaceptables. Por ejemplo, la Dirección General de la Policía y de la Guardia Civil del Ministerio del Interior de España ha elaborado las *Normas de seguridad en las repatriaciones y en el traslado de detenidos por vía aérea y/o marítima* (de 20 de julio de 2007), destinadas a la doble finalidad de: a) “gestionar de las fronteras exteriores de España, dada la complejidad y riesgos que conlleva el traslado de inmigrantes en situación irregular por vía aérea y marítima” y; b) “coordinar las expulsiones conjuntas por vía aérea desde varios Estados miembros”, tal y como textualmente indica el citado conjunto normativo. Tras regular lo relativo a la preparación de los vuelos, acompañamiento de escoltas (con posibilidad de participación de “escoltas del sector privado”) se recogen una serie de medidas coercitivas, tales como “lazos de seguridad, mascarillas sanitarias adecuadas, útiles para cortar lazos, monos para vestimenta si los expulsados lo necesitan, cascos, cinturones y prendas inmovilizadoras homologadas, cintas reforzadas a utilizar en forma excepcional...”, entre otros.<sup>1236</sup>

Sin embargo, debido al carácter *temporal* de las fronteras se agrava la situación ya descrita con base en la no ejecución de las órdenes de expulsión.<sup>1237</sup>

---

<sup>1235</sup> Brandariz García, J.A., *Política criminal...*, op.cit., pág. 124; Portilla Contreras, G., “La exclusión de la inmigración ilegal...”, en Zugaldía Espinar, M., /Pérez Alonso, E. (coords), *El Derecho penal ante el fenómeno...*, op.cit., pág. 9, del mismo “*El Derecho penal ante la nueva representación totalitaria de la soberanía nacional: la inmigración ilegal*”, en Faraldo Cabana, P., (dir.), Puente Aba, L.M./ Souto García, E., (coords.), *El Derecho penal de excepción...*, op.cit., págs. 249 ss., “*El Derecho penal entre...*”, op.cit., págs. 104 ss.; Terradillos Basoco, J.M., “*La criminalidad de los migrantes...*”, op.cit., pág. 103; Pérez Cepeda, A.I., “*El Código penal de la seguridad: una involución en la política criminal reaccionaria*”, en Bernuz Benítez, M.J., /Pérez Cepeda, A.I., (coords.), *La tensión entre libertad y seguridad. Una aproximación socio-jurídica*, Universidad de La Rioja, Logroño, 2006, págs. 176 ss.

<sup>1236</sup> Silveira Gorski, H., “*Detención y expulsión de ciudadanos no europeos*”, *Il carcere in Europa fra reinserimento ed esclusione, Avvocati Europei Democratici*, Pisa 29 febrero -1 marzo 2008, disponible en [www.legalteamitalia.it/convegno/common/pdf/HectorSilveiraGorski\\_es.pdf](http://www.legalteamitalia.it/convegno/common/pdf/HectorSilveiraGorski_es.pdf); También se regulan los casos en los que puedan emplear los “*elementos de contención*” (lazos de seguridad, cascos, prendas inmovilizadoras homologadas, esposas o similares). Será el Jefe del Dispositivo quien dirigirá las operaciones para restablecer el orden y en su caso, aplicar dichos “*elementos*”. Además de las “*medidas coercitivas*”, se indica que se podrán “*inmovilizar*” a los repatriados que se resistan, eso sí, sin que en ningún caso “*la aplicación de medidas coercitivas podrá comprometer las funciones vitales del repatriado*”. El empleo de “*sedantes*” también se permite bajo prescripción facultativa.

<sup>1237</sup> Los técnicos del Ministerio del Interior, en el *Balance de la lucha contra la inmigración ilegal de 2007*, reconocen la envergadura del problema de repatriar a los inmigrantes que ya han entrado,

Los datos recabados en los últimos años respecto de las ejecuciones decretadas, arrojan que sólo el 25% se han efectivizado.<sup>1238</sup> Las razones de ello son variadas: jurídicas (inexistencia de acuerdos de repatriación con diversos países de origen),<sup>1239</sup> fácticas (desconocimiento de la nacionalidad del migrante

---

pero insisten en que España tiene más del 92% de efectividad en los rechazos y devoluciones en fronteras. Las estadísticas del departamento que dirige Alfredo Pérez Rubalcaba apuntan que en el 2007 fueron detectados 50.318 'sin papeles' cuando pretendían entrar en España de manera irregular y que 46.471 de ellos pudieron ser repatriados. Según el Ministerio del Interior, a lo largo de todo el año pasado fueron deportados a sus países 55.938 inmigrantes. No obstante, el 83% fueron devueltos desde la frontera a través de las tres figuras existentes en la Ley de Extranjería: 24.355 clandestinos fueron rechazados en los puestos fronterizos habilitados (retorno), 15.868 inmigrantes que intentaban entrar por puestos no habilitados fueron deportados (devolución) y 6.248 fueron expulsados en virtud de acuerdos con terceros países (readmisión). El Gobierno no considera la situación preocupante porque las deportaciones por las diferentes vías han crecido un 6% entre el 2006 y el 2007 y, además, la llegada de inmigrantes por medio de embarcaciones a Canarias y Andalucía cayó en ese período el 53,9%, de 39.180 irregulares a sólo 18.057. No obstante, fuentes del Ejecutivo reconocen que estas cifras nada dicen de la principal vía de entrada de irregulares a España: los aeropuertos internacionales. No hay estadísticas fiables sobre el número de supuestos turistas extracomunitarios que, una vez expirado su visado de turista o estudiante, continúan en el país y desembocan en la denominada *irregularidad sobrevenida*. Saíz Pardo, M., "El Gobierno sólo logra expulsar a uno de cada cinco inmigrantes ilegales. El pasado año se quedaron en el país alrededor de 36.000 clandestinos a pesar de haberseles incoado un expediente de repatriación", disponible en [www.larioja.com](http://www.larioja.com); Espai per a la Desobediència a les Fronteres, "La vida en la frontera", en AAVV., *Frontera Sur...*, op.cit., págs. 225 ss., Asimismo, el apoyo a los Estados miembro para organizar operaciones conjuntas de retorno figura como uno de los objetivos de la Agencia Frontex.

<sup>1238</sup> Fernández Teruelo, J.G., "El proceso social de determinación de la normativa administrativa y penal en materia de inmigración...", op.cit., pág. 226; del mismo "La criminalidad de los migrantes. Aproximación criminológica y conciencia social frente al fenómeno", en Revista Galega de Seguridade Pública, núm. 8, 2006, págs. 152; García Vázquez, S., "Derecho de extranjería: el mito del estatuto jurídico único", op.cit., págs. 40 ss.; Terradillos Basoco, J.M., "Inmigración, mafias..." op.cit., pág. 285, presenta los siguientes datos, que reafirman una vez más el carácter simbólico de este instituto, "En los años 2002, 2003 y 2004 se dictaron, respectivamente 38.783, 53.747 y 50.664 resoluciones de expulsión. Se materializaron en los mismos períodos 12.159, 14.104 y 13.296, respectivamente"; Dietrich, H., "El mediterráneo como nuevo espacio...", op.cit., pág. 55; Silveira Gorski, H.C., "El asilo y el declive del Estado de derecho en la frontera sur", en AA.VV., *Frontera sur...*, op.cit., págs. 181 ss.; Díaz y García-Conlledo, M., (dir.), Olaizola Nogales, I., et.al., *Protección y expulsión ...*, op.cit., pág. 598 que detalla las alternativas a la expulsión penal como a) la posibilidad de cumplimiento de la pena y de la medida de seguridad en el país de origen del condenado de conformidad con los convenios de repatriación; b) posibilidad de que el condenado cumpla la libertad condicional en su país de origen regulado en el art. 197 del Reglamento Penitenciario.

<sup>1239</sup> Para ello se han firmado varios acuerdos de readmisión con países africanos, como el caso del Plan África, la Conferencia euro-africana de Rabat, y la Conferencia sobre inmigración de Trípoli; todos estos acuerdos tienen como denominador común la subordinación de las ayudas al desarrollo al hecho de que estos países acepten los migrantes que hayan sido expulsados. Véanse Cuttitta, P., "Los acuerdos de cooperación", en AAVV *Frontera Sur...*, op.cit., págs.99 ss.; en la misma obra Romero, E. "El Plan África", op.cit., págs. 180 ss.; Espai per a la Desobediència a les Fronteres, "La vida en la frontera", op.cit., págs. 227 ss.

concreto<sup>1240</sup>, falta de reconocimiento como nacional por parte del Estado correspondiente)<sup>1241</sup> o materiales (inexistencia de medios suficientes para ejecutar la totalidad de las expulsiones).<sup>1242</sup> En principio, lo anterior podría ser evaluado como un rasgo de ineficacia de la convergencia entre la política criminal y las políticas de extranjería, sin embargo, se trata una vez más del carácter selectivo del Derecho penal. Este modelo de economía del castigo regido por la eficacia produce una segregación selectiva<sup>1243</sup> para el control de los flujos, otro tipo de control sería contraproducente en términos de movilidad postfordista. Las bridas al movimiento<sup>1244</sup> se conectan necesariamente con la flexibilidad del *derecho administrativizado* y el carácter modulable de los controles.<sup>1245</sup>

De acuerdo con Roig<sup>1246</sup> el problema es que, una vez decretada la expulsión, y no habiendo sido ejecutada, los migrantes ya no pueden regularizarse pero continúan viviendo al territorio español y presumiblemente trabajando para vivir.<sup>1247</sup>

El Libro Verde de la Comisión Europea cuando se enfoca en el regreso voluntario, recomienda *coordinar las políticas de expulsión* para reducir los costes de las expulsiones a determinados países, sin embargo, en principio esta vía no alcanza todos los factores involucrados. En consecuencia, se propone la *selección previa de expedientes*. Esta selección en ocasiones es llevada a cabo por la Administración de forma no declarada (cuando la policía no inicia un expediente de expulsión porque sabe que no se expulsará al extranjero),<sup>1248</sup> lo cual puede dar

---

<sup>1240</sup> Díaz y García Conlledo, M., (dir.), *et.al., Protección y expulsión...*, op.cit., págs. 684 ss; Souto García, E.M., "Algunas notas sobre...", op.cit., pág. 291; Terradillos Basoco, J.M., "Las políticas europeas de inmigración", en Puente Aba, L.M., (dir.), Zapico Barbeito, M./Rodríguez Moro, L., (coords.), *Criminalidad organizada, terrorismo...*, op.cit., págs. 209 ss.

<sup>1241</sup> García Vázquez, S., "Derecho de extranjería...", op.cit., pág. 41; Silveira Gorski, H.C., "El asilo y el declive...", op.cit., pág. 189, afirma que las devoluciones efectuadas desde Ceuta se realizan sin la apertura del expediente de expulsión, sin asistencia letrada y sin intérprete; Romero, E., "El Plan África", op.cit., págs. 167 ss.

<sup>1242</sup> Dietrich, H., "El mediterráneo...", op.cit., 54 ss., sobre las expulsiones en Italia; para el caso español la Asociación pro Derechos Humanos de Andalucía (APDHA), 2007, pág. 14, el estado español gastó 45 millones de euros entre mayo de 2004 y octubre de 2006 en expulsiones y devoluciones. Para 2007 estuvieron presupuestados 33 millones de euros. A todo ello hubo que sumar en 2006, 25,5 millones para trasladar a los migrantes entre la península y Canarias, y 3,4 millones de manutención en los centros canarios.

<sup>1243</sup> De Giorgi, A., *Tolerancia Cero...*, op.cit., pág. 73, del mismo *El gobierno de la excedencia...*, op.cit., págs. 83 ss.

<sup>1244</sup> Mezzadra, S., *Derecho de fuga...*, op.cit., págs. 23 ss.

<sup>1245</sup> Terradillos Basoco, J.M., "Las políticas penales europeas...", op.cit., págs.201 ss.; Mezzadra, S., Neilson, *Border as method...*, op.cit.

<sup>1246</sup> Roig, E., "Situación de los extranjeros objeto de una orden de expulsión no ejecutada", 2002, disponible en [www.pcb.ub.es/idp/esp/2\\_recercas/immig/pdf/sp\\_roig2.pdf](http://www.pcb.ub.es/idp/esp/2_recercas/immig/pdf/sp_roig2.pdf)

<sup>1247</sup> El art. 51.2 del Reglamento de Ejecución de la Ley de Extranjería (REDILE) condiciona la expedición de un permiso de residencia temporal a la inexistencia de una causa de expulsión.

<sup>1248</sup> La Dirección General de la Policía admitió que aplica el "cumplimiento estricto" de la Ley de Extranjería, que ordena expulsar a los inmigrantes indocumentados. Asimismo sostuvo que

sitio a situaciones de arbitrariedad y/o discriminación que agravan las de la propia "selectividad" por parte de la agencia policial.<sup>1249</sup>

Otra medida alternativa en los casos en que se sabe que la expulsión no será factible, es el recurso a la multa. La revocación de los actos administrativos prevista en el art. 105 de la Ley 30/1992 RJPAC, de 26 de noviembre<sup>1250</sup> no funciona como vía adecuada para la mayor parte de los casos, pues puede obedecer a criterios de oportunidad o sólo a un cambio de circunstancias. De lo anterior deriva la circunstancia inadmisibles, ya que en podría eventualmente poner fin a la expulsión de forma temporal, ya que tal vez en ese momento no sea factible llevar a cabo la expulsión, pero sí lo sea más adelante; durante este tiempo el migrante permanece en situación de irregularidad. Por su parte, la prescripción presenta los mismos problemas, y además dado el largo periodo de la prohibición de entrada (10 años para el caso de expulsión penal) parece ser de escasa utilidad.<sup>1251</sup>

De conformidad con lo expuesto, es la irregularidad construida, su gestión como un grupo de riesgo y la racionalidad excluyente que dirige los procesos de control los que contribuyen a aumentar ese "riesgo", por lo cual el Estado seguirá obteniendo legitimación de sus políticas de desregulación y exclusión mediante

---

marca "directrices" en cada zona "en función de las circunstancias poblacionales y delincuenciales". El diario El País de 16 de febrero "La policía fija cupos de arresto de "sin papeles" según la delincuencia".

<sup>1249</sup> Fernández Bessa, C., /Ortuño Aix, J.M., /Manavella Suárez, A., "Los efectos de la cultura de emergencia en la criminalización de los inmigrantes", en Puente Aba, L.M., (dir.), Zapico Barbeito, M., /Rodríguez Moro, L., *Criminalidad organizada, terrorismo...*, op.cit., págs. 250 ss.

<sup>1250</sup> El art. 105, Revocación de actos y rectificación de errores, dispone: 1. Las Administraciones públicas podrán revocar en cualquier momento sus actos de gravamen o desfavorables, siempre que tal revocación no constituya dispensa o exención no permitida por las leyes, o sea contraria al principio de igualdad, al interés público o al ordenamiento jurídico. 2. Las Administraciones públicas podrán, asimismo, rectificar en cualquier momento, de oficio o a instancia de los interesados, los errores materiales, de hecho o aritméticos existentes en sus actos.

<sup>1251</sup> Roig, E., "Situación de los extranjeros...", op.cit., efectúa otras propuestas interpretativas por buscar nuevas soluciones podrían pasar por: Considerar no aplicable la prohibición de obtener el permiso de residencia contenida al art. 51.2 REDILE para los casos extraordinarios del art. 41.2 y 41.3 REDILE; diferenciar en la aplicación de la expulsión entre los supuestos de infracciones graves (irregularidad) y más graves (orden público) para aplicar la expulsión; considerar la expedición de un permiso de residencia temporal por razones excepcionales de interés público, si este interés público viene avalado por un ente local o Comunidad Autónoma que insta la aplicación del precepto dentro una política de integración social propia (reinserción laboral, etc...), haciéndose en un cierto sentido "avaladora" del extranjero; dar más amplitud al permiso de residencia temporal por razones excepcionales para utilizarlo en estos casos, de forma similar a la previsión de la Ley de Asilo por los solicitantes que han visto denegada su petición pero no se les expulsa por que las circunstancias del país de recepción lo permiten; En las medidas cautelares los jueces habrían de indicar la situación del extranjero mientras no haya sentencia firme sobre el recurso contra la orden de expulsión del extranjero.

el establecimiento de la relación *inmigrantes-criminalidad*.<sup>1252</sup> La proyección del discurso de la *peligrosidad* de estos sujetos permite que permanezca incuestionable que el ámbito administrativo promueva la violación y conculcación de derechos humanos.<sup>1253</sup>

### **3.5. La racionalidad tecnocrática: Las intermediaciones productivas de la gestión del riesgo**

Así las cosas, las consecuencias de las migraciones actuales – rechazo, criminalización, marginación laboral y social- interpelan, como ningún otro fenómeno actual, los presupuestos éticos, políticos y jurídicos de las sociedades a las que se dirigen. Éticos, porque nos plantean el interrogante del “otro” – sobre la naturaleza del vínculo social, sobre la subjetividad-; políticos, porque plantean conflictos culturales, económicos, religiosos, étnicos, a la vez que ofrecen nuevas posibilidades de interrelación; jurídicos porque cuestionan los conceptos tradicionales de soberanía y de orden público, conceptos sobre los que se construyó el Estado moderno. Todos estos presupuestos están implicados en tanto que configuran la estructura de la convivencia.<sup>1254</sup>

Porque el gran reto al que se enfrenta la sociedad española y europea consiste en ser capaces de convivir con las diferencias culturales y étnicas provenientes de la inmigración, y vivir en el respeto a los Derechos humanos y la democracia. El mismo consiste en construir sociedades plurales y democráticas no a partir de cohesiones fundadas en el miedo a lo extraño, sino abriendo la posibilidad a una convivencia despojada de la construcción de arbitrarios estereotipos, que brinden por oposición, identidad.<sup>1255</sup>

En este sentido las inmigraciones se convierten en el ámbito en que más claramente puede ser evaluada la consistencia de los valores constitucionales y las estructuras jurídicas que han cristalizado las Constituciones de los países del norte desarrollado. Las medidas que se adopten al respecto valen como “pruebas de las promesas contenidas en las constituciones, bien confirmando su

---

<sup>1252</sup> Véase Ribera Beiras, I., (coord.), *El populismo punitivo. Análisis de las reformas y contrarreformas del sistema penal en España*, Anthropos, Barcelona, 2005, pág. 38. En el mismo sentido se expresa Fernández Teruelo, J.G., “El proceso social de determinación de la normativa administrativa y penal en materia de inmigración...”, op.cit., pág. 278.

<sup>1253</sup> Espai per la desobediència a les Fronteres, “La vida en.....”, op.cit., págs. 226-227.

<sup>1254</sup> Asensi Sabater, *Políticas de la sospecha...*, op.cit., pág. 31 ss.

<sup>1255</sup> Ovejero Bernal, A., “Inmigración, racismo y exclusión”, en *XII Curso Extraordinario. Cuestiones Actuales de Criminología*, op.cit., págs. 77-108, pág. 77; Encinar del Pozo, M.A., “Expulsión de extranjeros: el art. 89.1 CP. Un ejemplo de infortunio del legislador”, disponible en [www.uc3m.es/uc3m/dpto/PU/dppu06/Expuls\\_Exrtanj\\_MEP.doc](http://www.uc3m.es/uc3m/dpto/PU/dppu06/Expuls_Exrtanj_MEP.doc); De Lucas, J., “Nuevas estrategias de estigmatización...”, op.cit., págs. 210 ss.; Monclús Masó, M., *La gestión penal de la inmigración...*, op.cit., págs. 379-387.

efectividad, o bien, por el contrario, degradándolas en beneficio de la “razón de Estado” o de las “razones del mercado.”<sup>1256</sup>

Creemos necesario postular un cambio en el abordaje de esta problemática que apenas comienza a mostrar sus primeros indicios en la actualidad, ya que es un fenómeno que tiene todas las características como para poder pronosticar que seguirá su camino ascendente, en tanto que los mercados globales sigan produciendo marginalidad, miseria, donde los desplazamientos tienen carácter radical, en tanto que se trata de la supervivencia de seres humanos.

En este sentido, habrá que efectuar un cambio de perspectiva respecto de las respuestas que el Estado debe dar a este fenómeno, empezando por considerar al migrante como una valiosa posibilidad del trazado de nuevas subjetividades que sean capaces de habitar el movimiento de la multitud cuyo motor funciona bajo la idea de que otro mundo es posible, y no como lo extraño que viene a interrumpir nuestra “seguridad y confort”. En este tema, es de crucial importancia la recreación de espacios públicos permeables a la discusión entre los distintos actores a fin de que a partir de tal intercambio podamos abordar esta problemática no ya desde el lema de la “inseguridad”, sino desde la dignidad humana, como fundamento del orden político y social de Estado social y democrático de Derecho (artículos 1.1, 9.2, y 10.1 CE).

Por otra parte, en el plano ético-político, el control de la excedencia como “efecto colateral” de la crisis del Estado suscita cuestiones nuevas. Exige una redefinición de la escala de las decisiones admisibles en términos de democracia. Si bien las decisiones democráticas se caracterizan por su reversibilidad, deberán ser replanteadas en el decurso de esta época. Nos enfrentamos a un cambio estructural que obliga a una readecuación de los presupuestos.

Como sostiene Barcellona “el Derecho de la sociedad moderna no se basa ya en el reconocimiento de Derechos innatos o de Derechos y libertades subjetivas, sino que se ha hecho absolutamente contingente y variable, seleccionado por decisiones que se legitiman en virtud de las propias vocaciones a la reversibilidad: la libertad es la reversibilidad de la decisión que el mismo sistema está en condiciones de asegurar. Según la teoría sistémica, también el fundamento de la democracia cambia: no es ya la determinación autónoma del individuo particular, expresión del deseo ilimitado, sino una técnica de control (del ámbito) de las decisiones políticas que el sistema adopta en conexión con la radical positivización del Derecho. Nada está decidido definitivamente, pero todo puede ser decidido dentro de los esquemas procedimentales predispuestos para controlar el desorden del conflicto. Lo que cuenta es la articulación del sistema que permite llevar el conflicto al terreno más conveniente para su neutralización y organización.”<sup>1257</sup>

---

<sup>1256</sup>Asensi Sabater, J., *Políticas de la sospecha...*, op.cit., pág. 32.

<sup>1257</sup> Barcellona, P., “*La teoría de sistemas y el paradigma de la sociedad moderna...*”, op.cit., pág. 42.

El ideal codificador del Estado moderno, con su pretensión de ser sistemático y de perdurar, queda totalmente desarbolado en la sociedad de los riesgos globales. Los códigos, subsisten –modificados, renovados y alterados una y otra vez, cuando no enteramente substituidos— porque la ley codificada ha dejado de ser paradigmática.

Esta situación es producto de las políticas de gestión del Estado que son eminentemente coyunturales, subordinadas a los principios de flexibilidad, competitividad y productividad que le impone el mercado.<sup>1258</sup> Ya en sus orígenes el Estado de Derecho supuso una limitación al poder y el ejercicio de formas representativas, presuponiendo la libertad y la democracia como caracteres implícitos de los Derechos humanos que habrían de quedar positivizados en el ordenamiento jurídico. La positivización se constituyó en un paso imprescindible en los procesos de modernización, en la medida que representó una condición ineludible en el advenimiento del Estado liberal y su principio de subjetividad y en la constitución del mercado como institución básica.<sup>1259</sup> Actualmente, cobra preminencia el carácter *gestionador* del Derecho, desvelándose la falta de imparcialidad, *ocultada* en el Estado nación, con el carácter general de la ley.<sup>1260</sup> Actualmente, en el medio fluido donde acontece la rearticulación soberana, las demandas sociales son veladas por medio de la reducción del sentido complejo de la seguridad inmerso en el paisaje de la excepción permantente.

Bajo la novedosa reterritorialización soberana se ha redimensionado el aparato estatal, pero no indica que ha desaparecido la intervención político-administrativa. La gestión estatal y la intervención político-administrativa se mantienen, cambiando de signo.<sup>1261</sup> En este contexto, puede decirse que, donde antes el Estado velaba por el cumplimiento de los deberes impuestos al empresariado vela ahora por el pacífico disfrute de los privilegios concedidos a éste.<sup>1262</sup> La pérdida de control en el mercado nacional, ficción operativa durante el modelo de Estado anterior “deja ahora el campo cultural como el principal

---

<sup>1258</sup> González Placencia, L., /Gluyas Millán, R., “Criminalidad y derchos: paradojas en el contexto de la interacción contemporánea entre Estado, individuo y mercado”, en Rivera Beiras, I., et al (coords.), *Contornos y pliegues...* op.cit., pág. 375.

<sup>1259</sup> Gross Espiell, H., en *Estudios sobre Derechos humanos*, I.I.D.H. Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1985, págs. 12 ss.; Peces Barba, G., *Escritos sobre Derechos fundamentales*, Editorial Latina Universitaria, Madrid, 1980, págs. 195 ss.

<sup>1260</sup> No podría haber ocurrido de otro modo, en tanto que el Estado intervencionista privilegia o somete a los distintos sujetos sociales-económicos. Véase para un análisis del desarrollo de las funciones de la Administración Rivero Ortega, R., *El estado vigilante. Consideraciones jurídicas sobre la función inspectora de la Administración*, op.cit., *pássim*, asimismo, García de Enterría, E., *Justicia y Seguridad jurídica en un mundo de leyes desbocadas*, Reimpresión, 2000, Civitas, Madrid, 1999.

<sup>1261</sup> Cfr. Bergalli, R., “Las funciones del sistema penal en el Estado constitucional de Derecho...”, op. cit., págs. 67 ss.

<sup>1262</sup> Capella, J.R., *Fruta prohibida...*, op.cit., *pássim*, desarrolla toda la cuestión de la función distributiva de Derecho. Asimismo ver de este autor *Los ciudadanos ciervos*, Madrid, Trotta, 1993.

escenario donde representar fantasías de pureza, autenticidad, fronteras y seguridad.”<sup>1263</sup>

El control por parte del Estado se entiende, como se deduce, como la transformación guiada instrumentalmente por una dinámica autónoma, con auxilio de un catálogo tasado de instrumentos normativos. Pero la complejidad temporal expresada en la discontinuidad fundamental entre presente y futuro, los riegos, las consecuencias no predecibles ni pronosticables, en el plano jurídico dogmático, acarrearán la dificultad para la asunción de respuestas normativas.<sup>1264</sup>

En este contexto, la capacidad de previsión y de acción que hoy se encuentra seriamente puesta en cuestión, hunde sus raíces en la valoración futura que merecerán las conductas de acuerdo con el cálculo de riesgo como estrategia de la tendencia a la privatización de los derechos sociales. La pérdida de legitimidad que sucede al abandono del paradigma de la inclusión pretende ser ocultado por la regulación administrativa para el control de los distintos ámbitos de actividad.

Como brillantemente expone Bauman *“la ambigüedad está perdiendo ahora rápidamente su aguijón social/ sistémico, dejando de ser un enemigo público. Esto no significa, sin embargo que deje de ser un enemigo privado, un adversario, quizá más atemorizador que muchos, del individuo humano en su imparable esfuerzo por formar su identidad. Como muchos otros aspectos de la sociedad contemporánea, los peligros de la ambigüedad han sufrido un procesos de desregularización; la tarea de hacer frente a los resultados (aunque no necesariamente los recursos que aquella requiere) han sido privatizados.”* Lo dicho no implica que la ambivalencia no sea un fenómeno social, pero lo que sí cambia radicalmente en estos tiempos es que se enfrenta en soledad, transformándose así en una cuestión personal.

Así las cosas, la gubernamentalidad del Estado postmoderno no sólo cuenta con modernos dispositivos biopolíticos, también incorpora otros mecanismos que funcionan bajo una lógica exclusiva, produciendo la flexibilización del estatuto de la ley que prescinde de los principios de generalidad, abstracción y legalidad para convertirse en un campo fluido de controles y dispositivos que actúan con base en criterios de oportunidad, de selectividad y discriminación.

De este modo, cuando se hace referencia al fenómeno de la “administrativización” del Derecho penal no sólo nos enfrentamos a la tendencia de la expansión del control social penal de ámbitos que previamente correspondían a regulaciones administrativas, en aras del reforzamiento de tales políticas. Bajo la epistemología del riesgo de la soberanía imperial, la administrativización del Derecho penal refiere a que la ley penal adopta la flexibilidad de la ley administrativa, una ley *just in time*.

---

<sup>1263</sup> Appadurai, A., *El rechazo de las minorías...*, op.cit., pág. 38.

<sup>1264</sup> Véase sobre este punto los trabajos compendiados en *La seguridad en la sociedad del riesgo. Un debate abierto*, op. cit., *pássim*.



Es por ello, que la “privatización de la ambigüedad” de la que habla Bauman nos enfrenta con la necesidad de decidir en otros términos. Las políticas de control de las migraciones, cuyo discurso pretende obtener legitimación en la consecución de mayores cuotas de seguridad, evidencian que la democracia tiende a devenir un espacio discursivo de violencia e inhumanidad.<sup>1265</sup>

La ideología neoliberal trata de vendernos la *inseguridad* que provocó el desmantelamiento del Estado de bienestar como la oportunidad de nuevas libertades<sup>1266</sup> a la par que *la escasez de soluciones a nuestro alcance es compensada con otras de carácter simbólico*. Si los sistemas de poder no son secantes, sino que se acoplan unos a otros, la libertad de decisión de la que goza el individuo en la sociedad actual contiene reverberaciones de miedo hobbesiano producido por el Derecho flexible, es decir, la precariedad de las condiciones humanas.<sup>1267</sup>

En este sentido, la reproducción de subjetividades diferenciales engendradas en el miedo deshace los lazos sociales. Todo lo anterior nos enfrenta a una decisión política; la defensa de la autonomía privada ante el avance de las cuestiones de defensa de la esfera pública fueron materias del anterior modelo de Estado, actualmente, es la defensa de la esfera pública en proceso de desaparición. Esto implica que nos aboquemos a la tarea de la redefinición y recreación de este espacio<sup>1268</sup> como estrategia para intentar deconstruir los discursos simbólicos sobre los que pretende legitimarse la soberanía imperial.

Los discursos de la seguridad y la confianza han ido tejiendo una subjetividad moderna que actualmente demanda su restablecimiento mediante el recurso al *sistema penal*. De este modo, las mediaciones que correspondería establecer en los ámbitos técnicos y económicos, en el gobierno biopolítico imperial, dan lugar a una ley penal flexibilizada como el instrumento idóneo para el éxito de las políticas de gestión. Esto revela la yuxtaposición entre la legitimidad y la eficacia simbólica con la que opera el poder actualmente.

---

<sup>1265</sup> Campione, R., “El que algo le cuesta...” op.cit., págs. 23-24.

<sup>1266</sup> Žižek, S., “Francia violenta, la sociedad del riesgo”, disponible en //es.geocities.com/ Žižek encastellano/artfranvio.htm. Ello porque el devenir consumidor del ciudadano impone una aproximación a la libertad desierta de otras posibilidades que no sean las que “están en el mercado”. La libertad neoliberal se ejerce en el acto mismo del consumo; en el mismo sentido Bauman, Z., *Vida de consumo*, op.cit., págs. 62 ss.

<sup>1267</sup> Bauman, Z., *Comunidad. En busca de seguridad en un mundo hostil*, (trad. Alborés), Siglo XXI, Madrid, 2003, pág. 59, dónde afirma que “el tipo de incertidumbre, de oscuras premoniciones y temores respecto al futuro que acosan a hombres y mujeres en el entorno social fluido, en perpetuo cambio, en el que las reglas del juego cambian a mitad de la partida sin previo aviso o sin una pauta legible, no une a los que sufren: los separa y los aísla. Los sufrimientos que causa a los individuos no se suman, no se acumulan o condensan en algún tipo de “causa común” que podría perseguirse con mayor eficacia sumando fuerzas y actuando al unísono...”. Beck caracteriza la individualización sufrida por los sujetos como una instancia en que los expertos arrojando sus contradicciones y conflictos a los pies del individuo, es decir, una invitación bien intencionada a juzgar todo eso críticamente.

<sup>1268</sup> Véase *infra* el punto 2.5.d.

En el ámbito de las migraciones donde el cálculo del riesgo dirige la adopción de políticas, se establece una relación directamente proporcional entre la utilización de los datos recabados por los dispositivos de control y el recurso a criterios de oportunidad. Estos últimos se activan a través de la *decisión* acerca de si la evaluación del riesgo puede separarse conceptual e institucionalmente de la propia gestión y de las cuestiones éticas, sociales y políticas que están implicadas. En este sentido, la gestión del riesgo, con sus anclajes modernos de control del azar, comienza a desprenderse de los parámetros que rigieron durante el Estado de bienestar y del paradigma moderno de la inclusión.<sup>1269</sup>

Frente a ello, las tendencias que describen las funciones del Estado en transición determinan el contenido de los parámetros que rigen la toma de decisiones en ámbitos democráticos. En este plano, es necesario tener en consideración las mutaciones subjetivas, para al menos contar con la posibilidad de poder producir otro sentido que se contente y no se resienta ante la incertidumbre.

En este contexto el Derecho se flexibiliza bajo criterios tecnocráticos y, en especial, la ley penal cambia su estatuto para convertirse en el espacio vacío del control de la excedencia postfordista. De este modo, el concepto de riesgo, desasido ya de la versión objetivista que lo sustrae de la posibilidad de ser analizado socialmente, ofreciéndose a la deriva tecnocrática, adquiere en nuestra postura otro matiz, al permitirnos analizar la pluralidad de dimensiones y aspectos que están en juego a la hora de atender a las *(in)mediaciones* producidas por la gestión.<sup>1270</sup>

En este sentido, la categoría epistemológica de riesgo es puesta en cuestión en tanto que ésta le permite al poder eludir su responsabilidad en cuanto a los problemas sociales, legitimando el *status quo* social y político. Frente a la crisis del Estado, la proliferación de legislaciones criminalizantes, constituye un medio “más barato”<sup>1271</sup>, y su aplicación se diagramará en términos del cálculo costo-beneficio. La selectividad del sistema penal frente a la instrumentalidad simbólica del castigo, dará como resultado una actuación que aparecerá como más eficiente.

En el mismo sentido, Baratta explica este rasgo característico de los sistemas penales actuales en los siguientes términos “El eficientismo representa

---

<sup>1269</sup> Véase un tratamiento extenso de la función inspectora de la Administración en Rivero Ortega, R., *El Estado vigilante. Consideraciones jurídicas sobre la función inspectora de la Administración*, Tecnos, Madrid, 2000. Con relación a los principios y valores del Estado social y democrático de Derecho, pág. 91 ss.

<sup>1270</sup> Cfr. Beck, U., *La sociedad del riesgo...*, op.cit, *pássim*. Lo expuesto tiene anclaje en lo que Beck denominara “segunda modernidad”, esto es, una suerte de modernización de la modernidad que asume los rasgos de una “modernidad reflexiva” donde los fundamentos, las insuficiencias y las antinomias de la primera modernidad se ven cuestionadas y son objeto de reflexión.

<sup>1271</sup> Cfr. Muñoz Llorente, “*Obligaciones constitucionales de incriminación y Derecho penal simbólico*”, en *Revista de Derecho y Proceso penal*, núm. 6, Aranzadi, 2001, pág. 123.

un denominador común de la conflictualidad ligada a una doble crisis: en primer lugar, la crisis del sistema económico-social producto de la globalización de las políticas neoliberales dominantes en el mercado y, en segundo lugar, la crisis política, de los partidos, del sistema representativo. La polarización social, la competición entre los grupos de poder y la impotencia del Estado frente a estos fenómenos hacen necesaria la invención de una nueva forma de disciplina y de legitimación de los equilibrios de poder. De este modo el Derecho penal deja de ser subsidiario y deviene la *prima ratio*, una panacea con la cual se quieren afrontar los más diversos problemas sociales. De este modo el Derecho penal se transforma en un instrumento al mismo tiempo represivo (con el crecimiento de la población carcelaria y el incremento cualitativo y cuantitativo del nivel de la pena...) y simbólico (con el recurso a leyes manifiesto a través de las cuales la clase política reacciona ante la acusación de "laxitud" del sistema penal por parte de la opinión pública, reacción ésta que evoca una especie de "Derecho penal mágico" cuya principal función parece ser el exorcismo)."<sup>1272</sup>

Frente a lo descrito por Baratta, tal vez, el esfuerzo dirigido a intentar esclarecer los presupuestos y los objetivos de la política criminal, favorezca pública y democráticamente el proceso de toma de decisiones en un contexto de ambivalencia estructural. Porque, como indica Douglas, "en cualquier caso el riesgo comporta *siempre su moralización y politización*."<sup>1273</sup>

---

<sup>1272</sup> Baratta, A., "La Politica criminale e il Diritto penale della Costituzione. Nuove riflessioni sul modello integrato delle Scienze penali", en *Il Diritto penale alla svolta di fine milenio*, Torino, 1998, págs. 36-37.

<sup>1273</sup> Douglas, M., *Risk and blame. Essays in cultural theory*, Londres, Routledge, 1994, pág. 66.



## CAPITULO 4. POLÍTICA CRIMINAL DEL ENEMIGO: LA LEY PENAL COMO REDEFINICIÓN DE LOS CONTORNOS DE LA EXCLUSIÓN

*“La crueldad es un fenómeno social que puede ser entendido solamente comprendiendo las relaciones sociales prevalecientes en un período histórico determinado.”<sup>1274</sup>*

*“Si realmente la sociedad está inmersa en una tendencia hacia la disminución de los Derechos de libertad, esta tendencia no se dará exclusivamente en el Derecho penal, y de hecho cabe imaginar ciertas crisis en las que sólo una tendencia de este tipo puede ofrecer una última ratio. La decisión acerca de si se trata de un proceso de criminalización excesivo, innecesario, o, por el contrario, de la necesaria defensa de lo nuclear es puramente política, pero no jurídico-penal. Ciertamente, la ciencia del Derecho penal puede evidenciar qué es lo que aportarán exactamente las nuevas regulaciones legales y qué de lo aportado ha de considerarse, conforme a la valoración establecida, como algo positivo o como algo perjudicial. Pero es impotente frente a los cambios políticos de valores, y no puede optar a favor de los cambios políticos de valores.”<sup>1275</sup>*

### **4.1. Planteamiento**

En contexto de la lucha por alcanzar la “paz duradera”, occidente discute la conformación de los Estados, la democratización de los sistemas de poder y la política de desarrollo como elementos constitutivos de su política de seguridad. Imbuido en este esquema discursivo, el Estado busca imponer a la ciudadanía una lógica militar en el ámbito de la tradicional defensa contra peligros. Bajo este paradigma “lo político” tiende un puente entre seguridad nacional y seguridad exterior, un borde möbius; cuyo andamiaje está construido con los dispositivos de la gestión, en virtud de que la gobernabilidad imperial consiste en la optimización de los mecanismos, dentro de las estructuras institucionales, para el temprano reconocimiento de las amenazas representadas “por los enemigos.”<sup>1276</sup>

En el transcurso de la investigación, hemos intentado transitar los ámbitos en los cuales se establecen los cambios estructurales provocados por los procesos

---

<sup>1274</sup> Rusche, G., Kirchheimer, O., *Pena y estructura social*, op.cit., pág. 25.

<sup>1275</sup> Jakobs, G., *Sociedad, norma y persona*, op.cit., pág. 41, el subrayado es nuestro.

<sup>1276</sup> Véase *supra* Capítulo 2.

globalizadores.<sup>1277</sup> Metodológicamente escogimos las mutaciones del concepto de soberanía, porque nos permite detectar y analizar los cambios institucionales y la construcción del horizonte subjetivo postmoderno, ya que esta novedosa re-articulación soberana está cuestionando seriamente el Derecho penal.

Es por ello que partimos del cambio paradigmático -el pasaje de una sociedad disciplinaria a una de control-<sup>1278</sup> donde surgen los nodos de análisis del cual partir para mirar y criticar la expansión y la intensidad de la potencia punitiva. Este análisis es de carácter político y por eso exige nuestro compromiso académico. Transitamos una época en que es necesario asumir una postura política para hablar, investigar y criticar la lógica del discurso desde el Derecho penal.

Como hemos afirmado, el riesgo ha devenido la medida y el parámetro de cuantificación y calificación de variables como la legitimidad de la actuación política, la eficacia, el contenido de la prevención y la finalidad y el sentido de la pena.<sup>1279</sup> Asimismo, se instituye como el modulador de lo que deberá interpretarse por sujeto destinatario de las normas en el ámbito de un Estado en fase de transición. Lo que habremos de analizar en lo que sigue serán los discursos producidos a partir de las estrategias de control desplegadas por este modelo estatal, que nacen y se reproducen en la opacidad del establecimiento de la diferencia entre normalidad y excepción, tanto en la creación como en la aplicación del Derecho.

En este capítulo, una vez analizados los cambios estructurales que condicionan las decisiones político-punitivas que aspiran a la pacificación interior mediante la adopción de medidas de carácter excepcional, nos proponemos el análisis de una de sus consecuencias: *“la política punitiva del enemigo”* y la crítica de la pretensión de dotar de una univocidad de discurso a cuestiones que no tienen un continente epistemológico determinado, es decir, habremos de criticar la postura que lo acuña dogmáticamente como *“derecho penal del enemigo.”*

Para ello habremos de transitar los derroteros a través de los cuales la legislación penal asume el control del “otro” peligroso, por medio de la elaboración de estrategias político-criminales belicistas que, al ir expandiéndose por todas las reticulaciones del espacio, configuran nuevas subjetividades construidas en el miedo; ello apelando a una cohesión fundada en “nuestros valores” que, en aparente paradoja, se diluyen en el desconcierto de las nuevas segmentaciones.<sup>1280</sup>

Bajo esta nueva gramática institucional, la legitimación política se obtiene a través de la alarma social y el miedo, de la invocación a situaciones de emergencia, riesgo incontrolable, etc., y será “santificada” apelando a los daños

---

<sup>1277</sup> Véase *supra* punto 1.5; 1.6.

<sup>1278</sup> Véase *supra* punto 1.2.

<sup>1279</sup> Haciendo alusión a la monografía de Jakobs, G., *La pena estatal: significado y finalidad*, (Trad. Cancio-Feijóo), Civitas, Madrid, 2006 que será objeto de análisis en los siguientes epígrafes.

<sup>1280</sup> Virno, P., *Gramática de la multitud*, op.cit., págs. 88 ss.

colaterales y a la *necesidad* que funda la Razón de Estado.<sup>1281</sup> Es decir, asistimos a la asunción del modelo del estado de excepción permanente, que se cristaliza en la idea de que cualquier alteración de los valores “universales” – mediante la instrumentalización de la peligrosidad- deberá ser neutralizada con el uso de la fuerza, cuya intensidad está sujeta a la variable de cuánto se tema al enemigo.

El rostro jánico de la legislación penal actual pendula sobre el eje de la prevención<sup>1282</sup> frente a situaciones que ponen en peligro la identidad social y normativa, las expectativas y las fidelidades, todo ello para fortalecer los mimbres sobre los que se apoyaba nuestra “identidad” occidental, cuyo cobijo encontrábamos en el pacto social del modelo de Estado moderno.

El nuevo pacto social -aquél que se firma entre capital y consumidores- precisa de nuevos consensos, y éstos se articularán a partir de la declaración de un enemigo, tan diferente ópticamente que servirá para la reafirmación *ad eternum* de que los valores - los nuestros- son universales.<sup>1283</sup> Es decir, la legislación penal inicia un círculo vicioso; al momento en que se erige como la respuesta a una desilusión *emergente* de la evidente incapacidad de resolver problemas estructurales con medidas cortoplazistas y coyunturales de corte punitivo.<sup>1284</sup> En un tiempo en el cual todo se desmorona, faltan certezas, y pareciera sobrevenir el caos: ¿Cuáles serán las coordenadas que definirán el orden?

---

<sup>1281</sup> De este modo, el proceso de la “normalización de la emergencia” se trata de la constante creación de nuevas emergencias que permiten, por un lado, construir los nuevos destinatarios del control y, por otro, producir consenso social en torno a las nuevas estrategias de control. Como distingue De Giorgi, A., *El gobierno de la excedencia...*, op.cit., nota 28, pág.134, se puede hablar de una normalización en un doble sentido: en primer lugar por la frecuencia con la que se sucede la invocación de las emergencias; en segundo, porque una vez que éstas cesan, es decir cuando salen del plano mediático –que es el único en el que pueden existir-, las medidas de control punitivo adoptadas permanecen en vigor, normalizando los efectos de la limitación de la libertad que se derivan de ellas.

<sup>1282</sup> Las estrategias de control preventivo no pueden casi nunca escapar de su paradoja constitutiva. Como hemos visto cuando hemos analizado la epistemología del riesgo, lo que éstas pretenden es controlar la imprevisibilidad, cartografiar los destinos del azar, nombrar la incertidumbre. La evidente falacia de la modernidad de la previsibilidad y la seguridad modifica las instituciones y el lazo social. Las criminologías de la vida cotidiana producen un control que se impregnó por todo el espacio urbano. Cfr. Flavio Gomes, L./Bianchini, A., en Cancio Meliá, M., /Gómez Jara-Díez, C., *“Derecho penal del enemigo y los enemigos del Derecho penal”*, Vol. 1, op.cit., págs. 955 ss.

<sup>1283</sup> La creación del Estado y el Derecho se basaron en el principio de legitimación universal, propio de la filosofía de la modernidad. La ficción del contrato social fue algo bien diferente de la concreción de aquella universalidad; se trata más bien, como enseña Baratta, A., *“Política criminal. Entre la política de seguridad y la política social en países con grandes conflictos sociales y políticos”*, Ciencias Jurídicas, Seminarios, núm. 9, 1998, pág. 57, de un “*pactum ad excludendum*”, de un contrato entre una minoría de iguales que excluía de la ciudadanía real a todos los que eran “otros”.

<sup>1284</sup> Véase *supra* puntos 1.8; 1.9; 1.10; 2.8; 3.3; 3.4.

## 4.2. ¿Derecho penal del enemigo?

La política criminal actual se articula como la “estrategia emergente” de la oposición planteada entre la seguridad y las garantías circunscritas al plano de la eficacia. Falaz antinomia con base en la cual pretende reconducirse la discusión respecto del *status* actual de la ley penal. No obstante la distorsión emprendida por el discurso, el nuevo estatuto de la ley penal puede ser enmarcado en los trazados de dos fenómenos de gran importancia para el análisis: el devenir simbólico del Derecho penal y el neopunitivismo, que engendrarán, según afirma Cancio Meliá, el denominado derecho penal del enemigo.<sup>1285</sup>

En el marco de la “lucha contra la criminalidad” se amplía la órbita del control social penal, como herramienta seductora para lograr eficacia políticamente rentable a corto plazo y salvar de las premuras del consenso postmoderno.<sup>1286</sup> El discurso punitivista es blandido por un legislador que quiere dar la “impresión tranquilizadora de estar atento y decidido.”<sup>1287</sup>

Este modelo de política punitiva se estructura a partir de la lógica de fines, donde resalta el predominio de la razón instrumental por sobre la de carácter valorativo. En virtud de lo cual se produce el progresivo avance del fenómeno descrito por Baratta como “el eficientismo penal”<sup>1288</sup> que se ha convertido en una nueva *modulación*<sup>1289</sup> “del derecho penal de la emergencia, que es la enfermedad

---

<sup>1285</sup> Cancio Meliá, M., “De nuevo: ¿“Derecho penal” del enemigo?, en Jakobs, G., *Derecho penal del enemigo*, 2ª. ed., Civitas, Madrid, 2006, pág. 93.

<sup>1286</sup> Cornacchia, L., “La moderna *hostis iudicatio* entre norma y estado de excepción”, (trad. Romero Flores), en Cancio Meliá, M., /Gómez Jara-Díez, C., *Derecho penal del enemigo*, Vol. 1, op.cit., pág. 418; Portilla Contreras, G., *El Derecho penal entre.....*, op.cit. *passim*; Donini, M., “Derecho penal de lucha. Lo que el debate sobre el Derecho penal del enemigo no debe limitarse a exorcizar”, (trad. Guérez Tricarico), en Cancio Meliá, M., Pozuelo Pérez, L., (coords.), *Política criminal en vanguardia*, op.cit., págs. 32 ss., quien afirma que la lucha contra la criminalidad se trata de un concepto normativo “que implica funciones ordinarias del Derecho penal y la propia dimensión jurisdiccional del Derecho, además del proceso penal”; asimismo le concede haberse constituido como una *constante epistemológica* del Derecho penal europeo (ibídem, pág. 33).

<sup>1287</sup> Silva Sánchez, J.M., *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, op.cit., nota 6, pág. 305.

<sup>1288</sup> Véase *supra* punto 3.5. El eficientismo en América Latina y en Europa ostenta grados de denominación común, localizable en una doble crisis: una crisis del sistema económico-social que emerge de la rearticulación social y política propuesta por los procesos globalizadores y la conducción neoliberal del mercado; en segundo lugar, una crisis de la política que se manifiesta en la incapacidad de espacio mediador de la alta conflictividad actual. Véase Baratta, A., “Política criminal...”, op.cit., pág. 65.

<sup>1289</sup> La racionalidad del riesgo, por el que las estrategias penales discurren, propone gestiones punitivas de los riesgos de los grupos que se consideran portadores de tal característica. Lo que esta nueva articulación del poder propone es administrar a nivel de poblaciones enteras una carga de riesgo que ya no se planea reducir. Véase *supra* 2.6; 3.2, 3.3; 3.4.



crónica que siempre ha acompañado la vida del Derecho penal moderno.”<sup>1290</sup> Así las cosas, es sumamente importante –una vez analizadas, en los capítulos precedentes, las articulaciones que produce la nueva estrategia global de control-, el estudio de las condiciones de emergencia y legitimidad de esta legislación. Porque ella configura actualmente la herramienta blandida por los intereses particulares, a los que ha quedado reducida la política que, ante la imposibilidad de enfrentar las situaciones de cambio estructural producto de los procesos globalizadores, sólo puede acotar el sentido de la seguridad al de *seguridad ciudadana*.<sup>1291</sup>

Si el Estado moderno surge como la figura de la composición ficticia entre la seguridad y la libertad, actualmente, ante la reordenación de los cánones que lo estructuraban, el Estado postmoderno rearticulará sus funciones a partir de una nueva gramática del control que tiende hacia la reperimetración de los contendios de los conceptos que detentan el carácter de “universales”. El nuevo pacto social, bajo este paradigma, cambiará la noción de ciudadanía concomitantemente a la de seguridad. La *política punitiva del enemigo como producto del eficientismo penal* producirá una nueva estructuración de la sociedad con el objeto de trazar nuevos confines dentro de los cuales será viable el modelo neoliberal, debido a que “su construcción y lógica de funcionamiento *revelan el marco real en el cual se ejerce el poder*, por lo menos, el poder que se manifiesta con el uso de la pena, en su versión especial, como producto sistemático de normas de carácter excepcional. Con este uso se expresan, al mismo tiempo, los cambios que la norma penal genera en todo el orden jurídico, social y político...”<sup>1292</sup>

Así las cosas, junto con Portilla Contreras podemos afirmar que, en efecto, asistimos al surgimiento de un Derecho penal y procesal distinto, si bien, esta categoría no implica novedad alguna en la historia del poder punitivo;<sup>1293</sup> no obstante, a lo que habremos actualmente de enfrentarnos es a la creación de un espacio normativo donde se producen la *indeterminación* de la normalidad y la excepción. Con base en ello criticaremos un discurso de carácter dogmático que pretende no sólo la descripción,<sup>1294</sup> sino que se articula en torno de la legitimación

---

<sup>1290</sup> Baratta, A., “Política criminal. Entre la política de seguridad y la política social en...”, op.cit., pág. 63.

<sup>1291</sup> Baratta, A., “Seguridad”, op.cit., págs. 14 ss.

<sup>1292</sup> Aponte, A. “Derecho penal del enemigo en Colombia: Entre la paz y la guerra”, en Cancio Meliá, M., /Gómez Jara-Díez, C., *Derecho penal del enemigo...*, Vol. 1, op.cit., pág. 211.

<sup>1293</sup> Así como lo pone de manifiesto Zaffaroni, E.R., *El enemigo en el Derecho penal*, op.cit., pág. 11, “el poder punitivo siempre discriminó a seres humanos y les deparó un trato punitivo que no se 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, esto es, de las garantías que hoy establece –universal y regionalmente- el Derecho internacional de los Derechos humanos.”

<sup>1294</sup> Como afirma Feijóo Sánchez, B., “El Derecho penal del enemigo y el Estado democrático...”, op.cit., pág. 809, respecto de la evolución del discurso de Jakobs, “sin embargo, aunque intenta destacar

de un derecho penal del enemigo que tiene fundamento en la distinción entre persona y no-persona.<sup>1295</sup>

Para el tratamiento diferenciado de la categoría de no-persona se precisa que el Derecho construya un confín, mediante la inauguración de una juridicidad agotada en la “nuda” imputación de peligrosidad.<sup>1296</sup> Propuesta esta distinción por el ordenamiento jurídico, mediante la cosificación, queda establecida su incompatibilidad con el Estado de Derecho.<sup>1297</sup>

Sin embargo, como hemos puesto de manifiesto en el capítulo segundo -al momento de analizar las derivas de la concepción de soberanía en la era de la globalización- de la mano del estudio de los argumentos hobbesianos, podemos afirmar el emplazamiento de los nuevos confines que rediseñan la morfología de la soberanía imperial, se trata de un borde möbius.<sup>1298</sup> Toda esta transformación actúa bajo el paradigma del estado de excepción que, como hubimos referido, se ha convertido en la forma *normal* del poder de mando global.<sup>1299</sup>

En un contexto como el actual será necesario rearticular los significados y subjetividades que han de corresponderse con el tiempo-espacio global, en tanto la legislación penal asume el carácter de instrumento de control de los espacios que el Estado nación cedió al funcionamiento del mercado. Ello tendrá como consecuencia el *acting out* de políticas criminales tecnocráticas<sup>1300</sup> que apelan al carácter simbólico de la noción de “ciudadanía” para establecer, una vez más, lo que está incluido y aquello que queda por fuera del *universal postmoderno*.

Si con la sanción de leyes penales lo que se pretende es la protección de las funciones del Estado, para cumplir con su mandato de desregulación, éste se transforma en una potencia de flexibilización del Derecho. En este punto, la ley cambia de estatuto, deviene flexible para escoltar al capital líquido. Asimismo, la legitimación (puesto que la legitimidad está instrumentalizada por los estándares de “beneficio” del capital) se obtiene por medio de la ratificación en la conciencia de la escala axiológica propuesta por la racionalidad moderno-

---

los elementos descriptivos de su construcción, no puede renunciar totalmente a los elementos normativos, ya que un cambio de rumbo radical le exigiría ir soltando un lastre que acabaría afectando a elementos básicos de su teoría general del Derecho (...) pues aunque en la actualidad esté haciendo ver que el contenido normativo de su modelo queda reducido a un 20% o a un 2%, y le deja el 80% o el 98% restante al campo de la descripción, ello no cambia sustancialmente las cosas.”

<sup>1295</sup> Dal Lago, A., *Non persone*, op.cit., págs. 35 ss. Véase *infra* 4.8.

<sup>1296</sup> Véase Portilla Contreras, G., “La configuración del <homo sacer> como expresión de los nuevos modelos del Derecho penal imperial”, op.cit., págs. 1401 ss.

<sup>1297</sup> Cfr. Brandariz García, J.A., *Política criminal...*, Introducción, pág. 4.

<sup>1298</sup> Esta categoría es tratada por Portilla Contreras, G., en “La configuración del <homo sacer> como expresión de los nuevos modelos.....”, op.cit., págs. 1421-1423, inaugurando el escrito afirmando que “El símbolo actual de la posmodernidad es la exclusión generalizada y permanente de la multitud, de las fuerzas en movimiento, de los sectores de riesgo.”

<sup>1299</sup> Véase *supra* puntos 2.4; 2.9.

<sup>1300</sup> Véase *supra* punto 2.7.

occidental del progreso. En este escenario se confunden la legitimidad y la legitimación mientras que lo real y lo “realizado” por los medios de comunicación tienden a no ser distinguibles.<sup>1301</sup>

En este plano de hibridación, la permanente tensión dialéctica entre el Estado de Derecho,<sup>1302</sup> concebido como el que somete a todos los habitantes a la ley, y el estado de policía, en el que todos los habitantes están subordinados al poder del que manda, determinará en lo sucesivo el carácter del control social penal, su extensión y la intensidad con que module sus programas.

En el presente capítulo habremos de recorrer los trazados de la toma de decisiones que delimitarán el ámbito de la inclusión/exclusión. Es por ello que nos enfrentaremos a la *decisión política que apela a crear normalidad para que la aplicación de las normas sea posible*. A partir del análisis anterior, señalaremos las implicaciones que esta retórica imprime en el ámbito del sistema de control y la deriva tecnocrática de un Estado penal que sin ambages reinaugurará la figura del enemigo para establecer una excepción reconstitutiva de su antigua legitimidad que ha dejado de corresponder en el paradigma de la globalización.<sup>1303</sup>

En consecuencia, resulta ineludible reflexionar respecto de los cambios en la concepción de la pena, en tanto ésta es el reflejo de una determinada concepción de la condición humana y del contenido que le adjudiquemos a la dignidad. Así las cosas, el *derecho penal del enemigo* propone que la medida de la pena está dada por la peligrosidad representada por el déficit de seguridad cognitiva. Ello es viable en tanto que Jakobs parte de entender que el Derecho está en vigor mientras, y en la medida que, constituya el esquema de orientación dominante; sin embargo, el Derecho abstracto deja sin respuesta la cuestión de la medida de la pena, mientras que ésta deberá buscarse en otro lugar; el autor, siguiendo el sendero de las ideas hegelianas, habrá de rastrearla en la *realidad* del Derecho.<sup>1304</sup>

---

<sup>1301</sup> En el sentido en que lo expone Herrera Flores, J., *Los Derechos humanos como productos culturales*, Catarata, Madrid, 2005, pág. 20, “cada formación social construye cultural e históricamente sus vías hacia la dignidad. Lo que diferencia lo ocurrido en la modernidad occidental de otras modernidades u otros contextos de relaciones es que en Occidente la forma hegemónica de relación social ha tenido desde sus orígenes una vocación expansiva y globalizadora de mucha mayor fuerza que las dominantes en otras formas de percepción del mundo y de la vida humana. ¿Ha existido, desde la segunda mitad del siglo XV hasta la actualidad, algún país africano, asiático o polinesio que se haya asentado como una metrópoli colonial en algún país europeo, que haya impuesto su forma de organización política o sus objetivos económicos de apropiación de nuestros recursos naturales y humanos? Esta tendencia expansiva *iusglobalizadora* del sistema de relaciones basado en el capital no sólo impuso una economía mundial sino, además, una ideología mundial, sustentada en la idea de una razón ilustrada universal absolutamente superior a cualquier otra forma de percibir y de actuar la realidad.”

<sup>1302</sup> Zaffaroni, E.R., *El enemigo en el Derecho penal*, op.cit., págs. 165 ss.

<sup>1303</sup> Véase *supra* puntos 1.4; 1.5; 1.6.;1.7.

<sup>1304</sup> Jakobs, G., *La pena estatal: sentido y finalidad*, op.cit., pág. 136-137.

De conformidad con ello, las tentativas de Jakobs de dar consistencia al denominado derecho penal del enemigo, tienen como base una tesis de separación, debido a que esta hipótesis debe servir para redelimitar los contornos del Derecho penal “normal” que veladamente se han visto *contaminados* con las normas del Derecho penal para las no-personas. En este sentido según Bung, la tesis de separación de Jakobs restablece la relación entre ciencia penal y filosofía del Derecho, porque en la discusión sobre el derecho penal del enemigo surge la pregunta acerca de la relación entre el Derecho y lo que está fuera del mismo. Si la sanción del Derecho penal del enemigo es violencia ejercida con base en el poder (*Machtstrafe*), y el poder, sin duda, es *per se* algo fuera del Derecho, se pregunta: ¿el Derecho penal del enemigo es en general Derecho o estamos engañados acerca de las diferencias fundamentales o categoriales? <sup>1305</sup>

En un primer momento, Jakobs asumía que esta legislación no se trataba de Derecho<sup>1306</sup>, postura que irá mutando con el sucederse de sus escritos; por ello, estimamos imprescindible el previo esclarecimiento del concepto de derecho penal del enemigo y el análisis de la racionalidad político-criminal subyacente, aunque se pretenda “científico” y no político. Tomar postura implica, desde un comienzo, entender que el campo del Derecho y el de la política se encuentran más que nunca acoplados.

#### 4. 3. De la excepción como estabilización normativa

De conformidad con lo que fuera analizado en los capítulos precedentes, debido a que la globalización expulsa la posibilidad de la política, las decisiones estructurales actuales asumen en la práctica la forma premoderna definida por Carl Schmitt, es decir, del mero poder de señalar al enemigo<sup>1307</sup> acompañado de dispositivos simbólicos propios de la soberanía postmoderna.

---

<sup>1305</sup> Bung, J., “Direito penal do inimigo como teoria da vigência da norma e da pessoa”, (trad. Lobo da Costa), en Revista Brasileira de Ciências Criminas, Año 14, núm. 62, septiembre-octubre de 2006, pág. 109.

<sup>1306</sup> Cancio Melia, M., “De nuevo: ¿Derecho penal...”, op.cit., pág. 134. Sin embargo Jakobs, declara que el Derecho penal del enemigo podría tener un cierto carácter de Derecho en la medida en que sus reglas impondrían, en todo caso, ciertos límites al ejercicio de la potencia punitiva. Sólo podría ser válida la asignación del carácter de “Derecho” penal del enemigo, si aceptáramos junto con Jakobs la pertinencia de la distinción de la que parte, véase, Gracia Martín, L., “Sobre la negación de la condición de persona como paradigma del “Derecho penal del enemigo”, en Cancio Meliá, M., /Gómez Jara-Díez, C., (coords.), *Derecho penal del enemigo*, Vol. 1, op.cit., págs. 1067-1072.

<sup>1307</sup> Zaffaroni, E.R., “La legitimación del control penal de los “extraños”, en Cancio Meliá, M., /Gómez Jara-Díez, C., (coords.), *Derecho penal del enemigo...*, Vol. 2, op.cit., pág. 1119; asimismo ver Portilla Contreras, G., Prólogo de *Mutaciones de Leviatán*, op.cit., pág. 10; Brandariz García, J.A., *Política criminal de la exclusión*, op.cit., pág. 252 ss.

La categoría de enemigo hiere transversalmente la historia de la soberanía y, en consecuencia, del Derecho.<sup>1308</sup> La soberanía como concepto propio de la modernidad<sup>1309</sup> sufre una transformación apuntalada por los procesos globales. De este modo, no sólo asistimos a un cambio de estructura radical, sino a los efectos y el correlato de las consecuencias que esto habrá de provocar en el ámbito de la racionalidad política.<sup>1310</sup>

En este sentido, el proceso de disolución del Estado social trae a la palestra el problema de quién es el que decidirá respecto del trazado de los límites de la relación entre economía y política, debido a que ya no es posible escindir las esferas públicas y privadas, tornándose cada vez más compleja la resolución de los conflictos que operan en el seno de la indistinción.<sup>1311</sup>

Admitido el hecho de que se trata de una cuestión política, nuestra hipótesis es que, en este campo, resulta intolerable la legislación emergente de la *imperiosa necesidad* de construir un orden en el marco de un Estado de Derecho,<sup>1312</sup> porque toda “teoría de pluralidad de Derechos penales”<sup>1313</sup> se basó en emergencias, como afirman Baratta y Silbernagl “*la emergencia rediseña el orden de la dependencia recíproca y el entrecruzamiento entre estos diversos niveles y sectores del control social penal y produce la formación de una cultura de la emergencia que cumple la función de legitimación*”,<sup>1314</sup> o sea, en amenazas a la supervivencia misma de la sociedad que se enfrentarán en forma de “luchas” a partir de las cuales el Derecho penal quedará reducido a Derecho administrativo y las penas a coerción directa.<sup>1315</sup>

La legislación penal del enemigo se presenta como una solución totalizadora frente a la violencia generada por ciertas actividades criminales, siendo el caso más emblemático el terrorismo, que presenta la característica de constituirse como un símbolo de la “guerra permanente” para las sociedades actuales.<sup>1316</sup> La retórica que acompaña “la guerra contra los *combatientes ilegales*”

---

<sup>1308</sup> Véase Zaffaroni, E.R., *El enemigo en el Derecho penal*, op.cit., págs. 81, donde afirma que “el enemigo es una construcción tendencialmente estructural del discurso legitimante del poder punitivo.”

<sup>1309</sup> Véase *supra* 1.6; 1.7; 1.8.

<sup>1310</sup> Entre otros, Faria, J.E., *El Derecho en la economía globalizada*, Trotta, Madrid, 2001, págs. 20 ss.; Capella, J.R., *Fruta prohibida*, op.cit., págs. 180 ss.

<sup>1311</sup> Véase *supra* 2.8.

<sup>1312</sup> Zaffaroni, E.R., “*La legitimación del control penal...*”, op.cit., pág. 1120.

<sup>1313</sup> *Ibidem*, pág. 1126.

<sup>1314</sup> Baratta, A., /Silbernagl, M., “*La legislación de emergencia y la cultura jurídica garantista en el proceso penal*”, Cuadernos de Política Criminal, núm. 28, 1986, pág. 158.

<sup>1315</sup> Zaffaroni, E.R., “*La legitimación del control penal de los extraños*”, op.cit., pág. 1126; véase además Mira Benavent, J., “*Un modelo de control penal: el no-Derecho*”, en Portilla Contreras, G., (coord.), *Mutaciones de Leviatán*, op.cit., págs. 177 ss.

<sup>1316</sup> Entre otros, Ramos Vázquez, J.A., “*Símbolos y enemigos: algunas reflexiones acerca de la nueva lucha antiterrorista*”, en Cancio Meliá, M., /Gómez Jara-Díez, C., *Derecho penal del enemigo*, Vol. 2, op.cit., págs. 1425-1445; Asimismo los artículos compendiados en Morosini, P., *Verso un diritto penale del nemico?*, *Questione Giustizia*, Franco Angeli, Milano, núm. 4, 2006; Dal Lago, A., “*Il*

se nutre de la flexibilidad ofrecida por el término,<sup>1317</sup> sobre todo teniendo en cuenta que no hay un “otro” por fuera de la subjetividad imperial, es decir, el “enemigo” siempre es *hostis*.<sup>1318</sup> En el contexto actual, se imbrican las cuestiones de delincuente y enemigo, de delitos y actos de guerra. El poder soberano recurre a la *decisión* en el Estado de excepción, invocando la necesidad de proveer seguridad al individuo.<sup>1319</sup>

En este sentido, la correspondencia entre formas de soberanía y Derecho se percibe en estrategias de control de la excedencia, entre ellas, la expulsión del artículo 89 CP<sup>1320</sup> – como consecuencia de la declaración de “ilegalidad”-, operando fundamentalmente en el orden simbólico ya que, territorialmente no hay posibilidad de expulsar. No hay un “afuera” imperial, la excepción produce la transformación del Derecho. La “exclusión” es factible con sólo desplazar el Derecho; dando lugar al *homo sacer*. El hombre desnudo a quien se obligará a vivir en el estado de naturaleza creado por la razón de estado que traza idénticos contornos con el “natural.”<sup>1321</sup>

En este sentido, la situación de “constante beligerancia” que impone la necesidad del establecimiento de regímenes jurídicos de “excepción” se expande en la aplicación de medidas extremas por parte del sistema penal, utilizado como herramienta de control social más “eficiente” por una política de corte punitivo que se justifica a sí misma en la retórica invocación de un “otro” sobre quien recaerán este tipo de tácticas.<sup>1322</sup> El problema del derecho penal del enemigo parte del presupuesto, declarado o no, de la exclusión de sujetos *sospechosos* de ser peligrosos para la seguridad del Estado y de los “ciudadanos”.<sup>1323</sup>

---

*problema del contesto nell'analisi dei conflitti contemporanei (ovvero, quando il terrorismo è un feticcio)”, págs. 653-665; Morosini, P., “Contrasto al terrorismo, diritto penale del nemico e principi fondamentali”, págs. 687-698; Fanchiotti, V., “Il diritto penale del nemico e i nemici del diritto”, págs. 699-713.*

<sup>1317</sup> No hay un “afuera” del neoliberalismo, no hay síntesis posible en la impugnación de una alteridad. La apelación al término terrorismo como *lo otro*, da cuenta de la flexibilización del capital, de la necesidad de un término lo suficientemente modulable a las mutaciones permanentes producidas en la tensión que experimenta actualmente el Estado y la rearticulación de sus funciones. En la latencia y la indistinción de la amenaza del terrorismo, se produce la rearticulación de los nodos de poder y control operándose la confusión entre la policía y la guerra; a mayor abundamiento, véase Brandariz García, J.A., *Política criminal de la exclusión*, op.cit., nota 842, pág. 228.

<sup>1318</sup> Véase *supra* 3.5.a.

<sup>1319</sup> Scheerer, S., /Bohm, M.L., /Viquez, K., “Seis preguntas y cinco respuestas sobre el Derecho penal del enemigo”, en Cancio Meliá, M., /Gómez Jara-Díez, C., *Derecho penal del enemigo*, Vol. 2, op.cit., pág. 918.

<sup>1320</sup> Véase 3.4.

<sup>1321</sup> Véase *supra* punto 1.10, y bibliografía allí citada.

<sup>1322</sup> Véase Cancio Meliá, M., “De nuevo...”, op. cit., pág. 109.

<sup>1323</sup> Cornacchia, L., “La moderna *hostis iudicatio* entre norma y estado de excepción”, op.cit., págs. 416 ss.

Sin duda, la operatividad de la declaración de la incapacidad estructural para producir significado y referencias simbólicas de identidad se realiza en la excepción. Este es el *locus* propicio para el surgimiento de medidas que *indiferencian la vigencia y la validez del Derecho*, donde habita el enemigo. Podemos decir que hoy asistimos a un nuevo tipo de normalidad, porque, como sostuvo Schmitt, el estado de excepción es la medida que el *beatus possidens* -del poder formalmente legítimo- puede estructuralmente asumir para eliminar una situación de guerra civil interna. No obstante, actualmente, la violencia y la guerra no son derivaciones de un orden legítimo, sino condiciones del ejercicio del poder, es decir, de la íntima relación entre guerra y política para configurar el *nuevo orden*.

En este contexto, el valor de la amenaza como criterio ordenador de las decisiones político-punitivas, en detrimento de otras medidas de diverso carácter, da lugar a una perversión a partir de la cual, serán la amenaza y el peligro -encarnado en el autor- los que articulen la maquinaria de la reacción y los que redefinan los límites del contenido del orden, es decir, que el autor sólo quedará determinado en tanto se lo considera peligroso para la estabilidad normativa.

El trazado de los nuevos contornos subjetivos que habitarán el Estado penal será posible a partir de la decisión respecto del “significado”<sup>1324</sup> de la peligrosidad que habilitará la imposición del carácter de enemigo, apelando – como lo fuera desde Roma- a una *necesidad*.<sup>1325</sup> Es decir, la medida de la despersonalización dependerá de los cánones que se manejen frente a la amenaza representada por el enemigo, actualmente se considerará tal a *quien no ofrezca una mínima garantía de comportamientos fieles al ordenamiento jurídico*. Obviamente, como será analizado con posteridad, todo esto tiene repercusiones drásticas en lo atinente al fundamento de la pena.<sup>1326</sup>

Porque como acertadamente señala Aponte, “La *amenaza* –sin duda una pieza clave dentro de la lógica eficientista- es la que autoriza una reacción penal en aquello que en el texto de Jakobs es trabajado como –*das Vorfeld*-, es decir, el estadio previo a la comisión del delito. Es previo en relación con la realidad objetiva y, por ello, anterior a la conducta punible objetivada; pertenece por ello exclusivamente a la esfera de la subjetividad: se trata, ni más ni menos, que del *fuero interno*.”<sup>1327</sup> Consiguientemente, las características de la “técnica” legislativa

---

<sup>1324</sup> De conformidad con la teoría de la imputación personal de Jakobs, véase “*La imputación jurídico-penal y las condiciones de vigencia de la norma*”, en Gómez- Jara Díez, C., (ed.) *Teoría de Sistema y Derecho Penal. fundamentos y posibilidades de aplicación*, Comares, Granada, 2005, pág. 186 ss.

<sup>1325</sup> Agamben, G., *Estado de excepción, Homo Sacer II, 1*, op.cit. págs. 40 ss. Véase *supra* 2.6.

<sup>1326</sup> Véase *infra* 4.12.

<sup>1327</sup> Aponte, A., “*Derecho penal del enemigo en Colombia: entre la paz y la guerra*”, op.cit., pág. 222; del mismo “*Derecho penal del enemigo vs. Derecho penal del ciudadano. Günther Jakobs y los avatares de un Derecho penal de la enemistad*”, en Revista Brasileira de Ciências Criminais. Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, Año 12, noviembre-diciembre de 2004, pág. 19, donde considera que “en el marco del análisis de la actuación de un Derecho penal del enemigo, se encuentra que la

que reprime la infidelidad producen el “atropello” de la esfera privada, lo cual, según Jakobs convierte al sujeto en enemigo, debido a que lo contrapone a la concepción de ciudadano -a quien deberá respetarse su esfera de dominio privado que no puede ser invalidada en ningún caso-.<sup>1328</sup>

Asimismo, aquella afirmación invoca el establecimiento de una cesura: la categoría de *Derecho penal del ciudadano* es la que se contrapone al *derecho penal del enemigo*, este último es un *derecho* que expulsa al sujeto del pacto social, convirtiéndolo en un “extraño”, ya que la declaración de un enemigo es esencial para “legitimar” una emergencia penal que tenga por finalidad el establecimiento de las nuevas segmentaciones. La legislación punitiva denominada *derecho penal del enemigo* es el *locus* que se crea a partir de la excepcionalidad de las reglas de la identidad social y jurídica “nacional” que permite producir a “otros” y, de esta manera, lograr la rearticulación de una identidad normativa postmoderna.<sup>1329</sup> Con el agravante que, como sucede actualmente, la no declaración formal del estado de excepción apunta no sólo a su perpetuación indefinida, sino también a la omisión del reconocimiento de la suspensión de garantías,<sup>1330</sup> introducida, en el mejor de los casos, mediante “leyes ordinarias” que normalizan la excepción.<sup>1331</sup>

Si la excepción funda el Derecho,<sup>1332</sup> la política punitiva del enemigo constituye la formalización, a nivel de estructura mínima garantizada de la sociedad, del estado de emergencia.<sup>1333</sup> El Derecho penal del enemigo, como expresión del estado de excepción, prescinde de la condición de *última ratio* del Derecho penal, se configura a partir de la *declaración de un vacío* que el Derecho

---

tendencia eficientista en él explícita, es “anacrónica”. De acuerdo con esto, ella remite a un tiempo de la filosofía penal del Derecho y teoría criminal política premodernas que sólo percibía al criminal como el quebrantador de formas, como el “extraño” del que había que deshacerse. La tradición moderna, al contrario, hilada dentro de la filosofía política de la época de las luces, estuvo en capacidad de justificar los Derechos humanos y del ciudadano con fundamentos de Derecho penal y Derecho penal procesal, y permitir observar al criminal como partícipe del contrato social”.

<sup>1328</sup> Jakobs, G., “Criminalización en el estadio previo a la lesión del bien jurídico”. En esta conferencia, el autor mantuvo el reconocimiento al ciudadano de una esfera de libertad frente al Estado como uno de los presupuestos fundamentales del Estado de Derecho. No obstante, en 1999, afirma que la “despersonalización” que convierte en enemigo al individuo obtiene cobertura legal. Véase a mayor abundamiento Prittwitz, C., “Derecho penal del enemigo: ¿análisis crítico o programa del Derecho penal?”, op.cit., págs. 110 ss.

<sup>1329</sup> Cornacchia, L., “La moderna hostis iudicatio entre norma y estado de excepción”, op.cit., pág. 418; Portilla Contreras, G., “La configuración del <homo sacer>...”, op.cit., 1403; del mismo *El Derecho penal entre.....*, op.cit., págs. 81 ss.; Cancio Melia, M., “De nuevo...”, op.cit., págs. 109 ss.

<sup>1330</sup> Porque como señala Jakobs, “Derecho penal del ciudadano...”, op.cit., pág. 26, “la relación con un enemigo no se determina por el Derecho sino por la coacción”.

<sup>1331</sup> *Ibidem*, pág. 46, donde sostiene el autor que, en estas circunstancias, el Estado abole Derechos de modo jurídicamente ordenado.

<sup>1332</sup> Agamben, G., *Estado de excepción*, op.cit., que maneja esta tesis a lo largo de su formidable investigación, ver en especial págs. 122-128.

<sup>1333</sup> Cornacchia, L., “La moderna...”, op.cit., pág. 420.



intentará habitar -en tanto esencial al orden jurídico-, bajo la ficción del grado cero de la ley.<sup>1334</sup>

Lo anterior importa porque el Estado actualmente propone modelos de política punitiva que son el resultado de la evaluación respecto de la mayor funcionalidad del sistema, donde la *última ratio* no sólo deviene la *prima ratio*, sino que mantiene las características propias de la primera, es decir, todos los medios son posibles dentro de esa *última* apelación que puede hacer el poder a favor del orden, ante el vacío dejado por el Estado social y democrático de Derecho. En este sentido, las nuevas articulaciones de las instituciones penales se construyen con los materiales de las nuevas funciones *glocales*, y por ello necesitan ser reordenadas y resignificadas.

Presa de la amenaza, la *última ratio* y sus medios- los más rotundos que corresponden a la potencia punitiva-, serán activados en un primer lugar; debido a que no se trata de una cuestión de velocidades<sup>1335</sup> sino de vacío, habremos de asistir a la *criminalización de la política social*.<sup>1336</sup> Que el Derecho penal sea la *última ratio* implica, necesariamente, la crueldad de las estrategias y de las medidas, lo cual generará que cuando deviene la primera herramienta para expandirse y colmar el *vacuis*, se produzca un desplazamiento en la secuencia del control, no perdiendo por ello la potencia que lo caracteriza.<sup>1337</sup>

El *horror vacui* que pretende colmarse con la excepción se manifiesta con un no alcanzado equilibrio entre genoma y pleroma. La plenitud de poderes se conjuga con un vacío de derechos, el nexo se establece con la necesidad de adoptar medidas de excepción para salvaguardar los principios y la propia Constitución, y para ello enuncia la negación del carácter de ciudadano de quien representa una amenaza a la pervivencia del sistema. “De manera que el derecho

---

<sup>1334</sup> Véase punto 2.3.

<sup>1335</sup> Hacemos referencia aquí al modelo político-criminal propuesto por Silva Sánchez, J.M., *La expansión.....*, op.cit., *pássim*.

<sup>1336</sup> Baratta, A., “*Política criminal, entre la política de seguridad...*”, op.cit., págs. 31 y 32. En este sentido, la *decisión* entre la política social y la criminal es ideológica; en el momento actual presenciamos una “superposición de la política criminal a la política social, una criminalización de la política social”, *ibídem*.

<sup>1337</sup> *Ibídem*, pág. 64, coincidimos con Baratta cuando afirma que “la polarización social y la competencia entre los grupos poderosos, la debilidad del Estado frente a estos fenómenos, crean exigencias disciplinarias y de legitimación de los equilibrios del poder, de las cuales el sistema penal se apropia. El Derecho penal no es más la *extrema*, sino la *prima ratio* para una nueva solución de los problemas sociales, que al mismo tiempo es represiva (con el aumento de la población carcelaria y la elevación de los niveles punitivos en muchos países) y simbólica (con el recurso a leyes manifiestos, con el cual la clase política intenta recuperar ante la opinión pública la legitimidad perdida acogiendo su mayor demanda de pena. Esta demanda es la señal de complejos fenómenos de comunicación social, en razón de los cuales, en la lectura de los conflictos, adquieren prevalencia los códigos penales (delito y castigo) y morales (bien-mal). El resultado es la tendencia del sistema público y político, a privilegiar la respuesta penal como al forma más inmediata y eficaz para resolver los conflictos y problemas.”

penal del enemigo, que supone la expresión del estado de excepción, revela el ámbito de la exclusión (genoma) mediante pura coacción (pleroma)".<sup>1338</sup>

El estado de excepción es algo que, aunque esté vigente, prefiere ser disfrazado bajo los ropajes de la normalidad democrática, porque la *ratio* de la previsión constitucional para la declaración de la excepción, en el caso español en el art. 55.1 CE, está justificada en *la necesidad de la salvaguarda de la subsistencia de las instituciones*. La *necesidad* es invocada como un principio constitucional que habilita la suspensión de algunos derechos, donde el Poder Ejecutivo concentra facultades excepcionales, acompañada de la acentuación de los poderes de policía, debilitando la separación de poderes y los principios que garantizan la vigencia de los Derechos civiles, políticos y económicos de los ciudadanos.<sup>1339</sup>

La emergencia del enemigo surge con la exhortación del principio de la autoconservación del Estado, donde los derechos constitucionales no pueden invocarse en situaciones en las cuales corre peligro la desaparición del ordenamiento que prevé los principios cardinales. La cuestión de la atribución del carácter de enemigo ha impulsado la imposición por parte del legislador de un modelo diferenciado de enjuiciamiento, basado en la restricción de derechos procesales y sustantivos, por considerar que los enemigos podrían beneficiarse de aquellas "ventajas"; en este atolladero, los conceptos de guerra y proceso penal terminan por confundirse <sup>1340</sup> bajo criterios de eficacia que, en definitiva, presidirán la política criminal a fin de consolidar definitivamente la razón de estado.

Si la legitimación del Estado descansa en la eficacia, es lógico que las garantías procesales sufran graves reservas como parte esencial del aseguramiento de tales programas. De conformidad con ello, Baratta señala que cuando se busca la eficacia y la rapidez de la respuesta penal, en detrimento de las garantías, se "afecta en particular el equilibrio entre la verdad sustancial y la verdad procesal con un regreso a formas pre-modernas: el proceso crea la prueba, el proceso crea al criminal, el proceso es ya la pena".<sup>1341</sup> Porque "...la estructura del proceso penal de una nación no es sino el termómetro de los elementos corporativos y autoritarios de su constitución y que el predominio de

---

<sup>1338</sup> Cornacchia, L., op.ult.cit., nota 42, pág. 435.

<sup>1339</sup> Moreno, J.D., "¿Un Derecho procesal de enemigo?", en Cancio Meliá, M., /Gómez Jara Díez, C., (coords.), *Derecho penal del enemigo*, Vol. 1., op.cit., págs. 464 ss.; Cruz Villalón, J., "Normalidad y excepción", en *Revista española de Derecho Constitucional*, Madrid, núm. 71, 2004, pág. 195. El art. 55.2 CE establece la bases para posibilitar que mediante una ley orgánica puedan ser suspendidos, de forma individual y con la necesaria intervención judicial y adecuado control por parte del parlamento, algunos Derechos fundamentales, cuando éstos afecten a investigaciones correspondientes a la actuación de bandas armadas, y terroristas, de donde el recurso abusivo o injustificado de tal potestad dará lugar a responsabilidad penal de los culpables; Butler, J., "La detención...", op.cit., *pássim*.

<sup>1340</sup> Jakobs, G., *Derecho penal del enemigo*, op.cit., pág. 42.

<sup>1341</sup> Baratta, A., "Política criminal, entre la política de seguridad y..", op.cit., pág. 64.

uno u de otro de estos principios opuestos en el Derecho vigente, no es tampoco más que un tránsito del Derecho del pasado al Derecho del futuro.”<sup>1342</sup>

En este sentido es dable calificar a la legislación penal del enemigo como una reacción, una respuesta *de facto* del Estado, por lo que no puede ser considerada Derecho. Es indiscutible que en la realidad se encuentran dados los hechos que el concepto “derecho penal del enemigo” contempla y que la tendencia punitiva de la que deriva se acrecienta día a día, pero eso no permite llamar a tales derroteros Derecho penal. Si hay una función del Derecho penal liberal que se puede señalar sin titubeos, es la de actuar de barrera y filtro a los avances más o menos definidos del sistema de control penal. Éste es la materialización misma del poder estatal y la punta de lanza del estado de policía. Si esto, como enseña Zaffaroni, es así, entonces no puede existir algo como derecho penal del enemigo. Existirá, en todo caso, una legislación penal del enemigo ya que “en la medida en que el discurso jurídico legitima el poder punitivo discrecional y, por ende, renuncia a realizar cualquier esfuerzo por limitarlo, está ampliando el espacio para el ejercicio del poder punitivo por los sistemas penales subterráneos.”<sup>1343</sup>

Tal vez siendo consciente de ello, Jakobs señala que el derecho penal del enemigo es guerra; y por tanto, no se trata del Derecho “del enemigo” sino del Derecho a la seguridad de los demás.<sup>1344</sup> Se precisa, entonces, de una guerra preventiva,<sup>1345</sup> frente a la latencia característica del riesgo. En este plano el sistema punitivo no se atiene a las reglas del Derecho, porque al efectuar una apelación a

---

<sup>1342</sup> En la ya antigua sentencia emitida por James Goldschmidt, cita de Armenta Deu, T., “Principios y sistema del proceso penal español”, en AA.VV., *El nuevo Derecho penal español. Estudios penales en Memoria del Prof. Valle Muñiz*, Pamplona, Aranzadi, 2001, pág. 57.

<sup>1343</sup> Zaffaroni, E.R., /Alagia, A., /Slokar, A., *Derecho penal. Parte General*, op.cit., pág. 24.

<sup>1344</sup> Jakobs, G., *Derecho penal del enemigo*, op.cit., pág. 33. Esto se corresponde con una concepción acotada de la seguridad, porque como ha puesto de manifiesto Baratta, A., “Política criminal...”, op.cit., pág. 64, “una nación segura, una comunidad estatal segura, una ciudad segura son metáforas que podrían bien representar la situación de todas las personas singulares en los diversos ámbitos territoriales; pero no lo hacen porque son metáforas incompletas, metáforas ideológicas. En cuanto ideológicas traen consigo hábitos mentales selectivos, largamente representados en la opinión pública e igualmente representados en el discurso de los juristas, cuando opinión pública y juristas hacen uso del concepto de seguridad en relación con el de política criminal o de política *tout court*.”

<sup>1345</sup> Jakobs, G., *La pena estatal*, op.cit., pág. 137, “la asociación civil no puede simultáneamente perseguir la libertad e impedir todo abuso de la libertad; pues esto último presupondría una vigilancia de dimensión totalitaria, es decir lo opuesto a la libertad. Por ello, aquel Estado que se pretenda estado de libertades no puede garantizar seguridad absoluta; su estructura o, hablando en términos modernos, su identidad, es decir aquello que promete mantener, no es la preocupación por un máximo de seguridad, sino de juridicidad, esto es, vigencia del Derecho, y el Derecho está en vigor también cuando se produce una conducta antijurídica, concretamente cuando esta conducta se denomina y trata como delito. El Derecho está en vigor mientras dirija la orientación comunicativa, siendo equivalente que la dirija para la prevención de un delito, o si ello no se logra, para la reacción frente a un delito como tal. Por lo tanto el Derecho está en vigor mientras y en la medida que constituya el esquema de orientación dominante, *ibidem*, pág. 138.

la prevención, frente al riesgo que representan los enemigos, legisla mediante el aumento de las escalas penales, o mediante la disminución o directa violación de garantías del proceso, adelantamiento de la intervención, etc.; todas estas medidas seguirán la lógica propia de un Estado de policía, que se ejerce según estrategias y formas recortadas de seguridad que rearticulan el ámbito de la libertad y no pueden ser comprendidas dentro del Derecho penal.<sup>1346</sup>

No obstante, la legislación penal del enemigo no es algo inusual, sino el *dispositivo normal* al cual habitualmente recurre el poder para la rearticulación de sus nodos. Debido a que el sistema penal siempre ha tenido la función de represión o eliminación de los indeseables, “el Derecho penal del enemigo es Derecho de crisis, y en la misma medida en que las crisis son fenómenos “habituales” de sistemas políticos de poder –en el cual la conquista, el sostenimiento y el desmantelamiento del poder político se basan en la creación o utilización de situaciones de crisis –también lo es el Derecho penal del enemigo.”<sup>1347</sup>

Aquél es fundamentalmente un instrumento erigido para la superación de grandes problemas de legitimación política. En este sentido, la declaración de enemistad es esencial. Esto por varias cuestiones, en primer lugar, porque se hace acreedor al enemigo –chivo expiatorio- de la responsabilidad de la crisis, de la falta de orden y paz públicos. En segundo lugar, para la declaración de enemistad, por medio de la cual el resto de la población alcanzará tranquilidad de no estar envuelta en la situación crítica, bastará con emprender una lucha contra el enemigo, identificarlo con la crisis. En tercer lugar, la polarización y presión para el aislamiento del enemigo ejerce incluso un poder sobre la población de obtener el “consenso coercitivo” a favor del mantenimiento del *status quo* y su análisis de la amenaza, debido a que el disenso es un riesgo que el

---

<sup>1346</sup> Scheerer, S., Bohm, M.L., Viquez, K., “Seis preguntas y cinco respuestas sobre el Derecho penal del enemigo”, op.cit., pág. 924; Moccia, S., “Seguridad y sistema penal”, op.cit., págs. 304 ss. Frente a un riesgo de victimización (real, presunto, estimado, calculado, etc.) de la colectividad, por razón de los fenómenos a los que actualmente “asistimos”, el Derecho penal no puede abdicar su papel de contenedor de los excesos de la potencia punitiva, conducido a tan extrema velocidad degradando su función a la mera confirmación de la vigencia del ordenamiento jurídico y del correcto desempeño de las funciones de flexibilización que le restan del ejercicio de su soberanía en el contexto global. Respecto de las exigencias de seguridad que se suscitan siempre como caldo de cultivo para la declaración de la emergencia, el Estado de Derecho no puede y no debe nunca substituir la racionalidad práctica o axiológica que le es inherente, frente a la razón de estado, la cual apela a la vulneración de las garantías y de la que pretende derivar su legitimidad. El Estado de Derecho para salir airoso de esta situación no puede bajo ningún punto de vista renegar de su propia *ratio essendi*. Porque el ordenamiento jurídico que le es propio, no puede nunca establecerse bajo los paradigmas de racionalidad instrumental en los que los fines justifican los medios, legitimando cualquier tipo de violaciones y excepciones de los principios que le sirven de base, por cuanto “el Estado de Derecho es el propio *medio* –entendido como respeto de reglas y procedimientos- el que garantiza el *fin*”.

<sup>1347</sup> Scheerer, S., Bohm, M.L., Viquez, K., “Seis preguntas y cinco respuestas sobre el Derecho penal del enemigo...”, op.cit., pág. 926.

sistema no puede soportar sin “desordenarse.”<sup>1348</sup> De esta manera, el derecho penal del enemigo aumenta las posibilidades de que quien posee el poder pueda evitar *la puesta en peligro de la legitimidad del sistema*, superpuesta simbólicamente a la legitimación;<sup>1349</sup> lo que se protege es la seguridad de las personas frente a la amenaza de enemigo. Así las cosas, la declaración del carácter de enemigo aparecerá como el resultado del cálculo de coste-beneficios de la rentabilidad electoral a los que el Estado actual ha reducido la política democrática.

Y, dado que para Jakobs, una sociedad que construye su subjetividad sobre las coordenadas del riesgo, solamente podrá lograr alcanzar ciertos niveles de seguridad cognitiva a partir de instrumentos policiales, no existe alternativa, frente a la disolución de la sociedad (identificada al ordenamiento jurídico), al Derecho penal del enemigo.<sup>1350</sup>

#### 4.4. Norma y decisión

En este sentido, el Derecho penal del enemigo puede ser –declarado oficialmente- un Derecho de excepción, o uno que se asemeja a éste, por lo menos en su estructura y fijación del objetivo: reestablecer el orden y la paz, para hacer posible de nuevo la estabilidad normativa.<sup>1351</sup> Porque como afirma Maresca “El nuevo proyecto de dominio no puede prescindir del poder militar, policial y penitenciario porque su genética propietaria es excluyente por definición y sólo puede criminalizar la pobreza que genera la exclusión, pero necesita eliminar

---

<sup>1348</sup> En este orden de cosas, la racionalidad gerencialista envuelve el sistema de control, que se apropia de los principios de economización de los recursos, de eficacia para la obtención de beneficios (el mismo proceso que sufren los “servicios privatizados”). De este modo, De Giorgi, A., *El gobierno de la excedencia...*, op.cit., págs. 131-132, describe una racionalidad postfordista, esto es, “una racionalidad cada vez más ajena a la complejidad de lo real, incapaz de penetrar la materia sobre la cual ejerce dominio, que abandona el intento de regular las fuerzas sobre las cuales despliega su control y se limita a reducir al mínimo las potencialidades que no controla. Es precisamente la creciente dificultad de distinguir al desviado del precario, al criminal del irregular, al trabajador de la economía ilegal del de la economía informal, lo que determina el reagrupamiento de tal diversidad en términos de clases peligrosas. Salta a la luz aquí, según creo, la similitud entre un poder de control incapaz de ejercer cualquier función disciplinaria de transformación de los sujetos y una racionalidad capitalista que, igualmente distante de las dinámicas de la productividad social, se proyecta sobre la fuerza de trabajo como un puro control externo”, Véanse asimismo Diez Ripollés, J.L., “*De la sociedad de riesgo a la seguridad...*”, op.cit., págs. 17-19-21; Asua Batarrita, A., “*El discurso del enemigo y su infiltración en el Derecho penal. Delitos de terrorismo, “finalidades terroristas”, y conductas periféricas*”, en Cancio Meliá, M., /Gómez Jara-Diez, C., (coords.) *El Derecho penal del enemigo*, Vol.1, op.cit., pág. 244.

<sup>1349</sup> De conformidad con la distinción que entre los términos de legitimidad y legitimación efectúa Zúñiga Rodríguez, L., *Política criminal*, op.cit., págs. 33-34.

<sup>1350</sup> Jakobs, G., *Derecho penal del enemigo*, op.cit., pág. 35.

<sup>1351</sup> Así parece reconocerlo Jakobs al abordar en su comienzo el tratamiento del Derecho penal del enemigo como uno que se gesta en el ámbito de una excepción. En 1999, y en 2003 en su *Derecho penal del enememigo*, op.cit., pág. 19.

cualquier riesgo de que algo político, la política, se haga presente.”<sup>1352</sup> Para ello, es preciso estar delante de situaciones excepcionales que son a la postre, las que determinarán el carácter necesario y urgente de las medidas adoptadas para su eliminación.<sup>1353</sup>

Con base en la representación de los sistemas sociales de la que parte la teoría sistémica -como un conjunto de subsistemas que se autorreproducen según la norma de la compatibilidad entre los mismos-, la invocación de “funcional”<sup>1354</sup> o “eficaz” frente a la existencia de un peligro de la *grundnorm* -cual es la capacidad del sistema de seguir funcionando- permite una circularidad infinita que irá delimitando sucesivamente los campos de poder sobre los que actúe y programe. El “espacio de excepción soberano” abierto entre la norma y la decisión en países cuyas Constituciones contienen los principios del Estado social

---

<sup>1352</sup> Maresca, M., “*Antes de Leviatán. Las formas políticas y la vida social en la crisis del imperio de la ley*”, en Portilla Contreras, G., (coord.), *Mutaciones de Leviatán*, op.cit., pág. 109; en el mismo sentido Terradillos Basoco, J.M., “*Una connivencia cómplice. En torno a la construcción teórica del denominado “Derecho penal del enemigo”*”, en Cancio Meliá, M., /Gómez Jara-Diez, C., (coords.) *Derecho penal del enemigo. el discurso penal de la exclusión*, Vol. 2, op.cit., pág. 1025. “Modelos liberales, como el español, de creciente abstencionismo público, han dado generosa acogida a elementos segregadores e inocuidadores que se manifiestan paladinamente en la política criminal de inmigración, reducida, en la práctica, a la expulsión del trabajador no funcional al subsistema de explotación laboral ilegal.” La estrategia integradora necesita de la creación de un chivo expiatorio, de un demonio infiel al Derecho. Es por ello que el Derecho penal del enemigo no es exclusivo de sistemas estatales de rígida intervención, de allí que, como sucede actualmente, el estado técnicoadministrativo precisa y articula estrategias de control social cada vez más intensivas y extensivas, en aras de custodiar su retirada de los ámbitos sociales y económicos, como hubimos puesto de manifiesto a lo largo del trabajo.

<sup>1353</sup> Zaffaroni, E.R., /Alagia, A., /Slokar, A., *Manual de Derecho penal*, op.cit., pág. 198, describen la formación de los discursos de emergencia en los siguientes términos: a) identifican algo dañoso que produzca miedo a la gente; b) refuerzan los miedos y los prejuicios a su respecto; c) magnifican el peligro hasta obtener pánico social; d) imputan el peligro a grupos vulnerables considerados siempre inferiores y hasta subhumanos; e) desautorizan y estigmatizan a quienes niegan sus exageraciones o invenciones; f) neutralizan los argumentos de autoridad que provienen de su propia fuente; g) presentan al poder punitivo como el único medio para conjurar el peligro; h) descalifican también a quienes niegan que con el poder punitivo pueda resolverse el problema; i) se presentan como inmunes al mal que pretenden conjurar y a cualquier forma de corrupción; j) señalan como enemigos públicos a quienes denuncian su corrupción; k) frente a la amenaza de un peligro tan enorme que puede hacer desaparecer la especie, muestran como razonable que el poder punitivo se ejerza sin límites frente a ella, o sea, que surge un poder de excepción sólo para estos casos; l) el último paso es convertir la excepción en regla y cancelar los límites para todo el poder punitivo.

<sup>1354</sup> Como afirma Baratta, A., “*Política criminal, entre la política de seguridad...*”, op.cit., pág. 64, observado desde el enfoque sistémico, el eficientismo penal es un círculo vicioso de la respuesta a la desilusión, debida a la percepción de la ineficiencia de la respuesta penal a determinados problemas. “El eficientismo desde la perspectiva de Luhmann, no responde *cognitivamente*, sino *normativamente*; es decir, se niega a aprender y, en vez de buscar otras respuestas más eficaces, trata de tornar más efectiva la respuesta penal, aumentando con ello su intensidad, aún a costa de la propia justicia”, *ibídem*.

y democrático de Derecho<sup>1355</sup> es posible por la instrumentalización operada por los mecanismos de poder.

Necesariamente, *la normalidad de la excepción* se expresa, por un lado, en la pérdida de fuerza de la idea del “imperio de la ley”, porque en la cultura del Estado de Derecho, aquella idea está unida a la de poner límites al poder del Estado -concretamente a la idea de contención de la potencia punitiva-; y por otro, en que la excepción se llevará a cabo con o sin la concurrencia de la legalidad.<sup>1356</sup> De allí que según Schmitt el Estado de excepción es siempre algo que se diferencia de la anarquía y el caos y, en sentido jurídico, en él existe todavía un orden, aunque no un orden jurídico.<sup>1357</sup>

Porque lo nodal en la teoría schmittiana –y es la decisión que hace Jakobs para su “sistematización dogmática de la emergencia”-, es hacer posible la articulación entre el estado de excepción y el orden jurídico. Y para ello, la inscripción del estado de excepción en el ordenamiento jurídico es factible en tanto se establezca la distinción entre dos componentes fundamentales: la norma y la decisión.

Durante el Estado de excepción se suspende la norma revelando con absoluta pureza un elemento formal específicamente jurídico: la decisión, porque el soberano es el que se encuentra habilitado para decidir sobre el estado de excepción, lo cual garantiza su inserción en el ordenamiento jurídico, como pura “*auctoritas*.”<sup>1358</sup> Sin duda, lo que está en juego en la suspensión es la creación de

---

<sup>1355</sup> Entre otros, Moccia, S., “*Seguridad y sistema penal..*”, op.cit., pág. 317. Al interior de este proceso, el eficientismo penal busca hacer más rápida y eficaz la respuesta punitiva, apelando para ello a la violación de las garantías formales y adjetivas. La respuesta eternamente contrafáctica del eficientismo penal es un rasgo de la elocuencia de la inviabilidad de este tipo de respuestas sesgadas para problemas estructuralmente globales. Debido a que el eficientismo “rechaza aprender” y en lugar de contemplar un mayor espectro, sólo se atiene a la eficacia de la respuesta penal en detrimento de otras articulaciones, la espiral de violencia crece, ante la incapacidad de resolver los problemas, que pide más y más violencia, ante la acusación colectiva de una respuesta insuficientemente represiva. Habitando en el Estado postmoderno, los principios del Estado de Derecho sufren una derogación –una excepción no formalmente declarada que diluye la frontera entre regla y excepción-, para organizar y articular el discurso del Derecho penal, ante el requerimiento de actuaciones más dinámicas, flexibles y simplificadoras. Las demandas que producen la erosión de los principios de dignidad humana y de tutela de la libertad, “han determinado la pérdida de la idea fundamental que ha llevado a la adopción de los cánones “débiles” de comprensión y de interpretación de la realidad, con el recurso, en la experiencia jurídica, a lógicas miopes de inmediatez”, ibidem.

<sup>1356</sup> Maresca, M., “*Antes de Leviatán. Las formas políticas y la vida social en la crisis del imperio de la ley*”, op.cit., pág. 88; Gracia Martín, L., “*Sobre la negación de la condición de persona como paradigma del “Derecho penal del enemigo”*”, op.cit., pág. 1054.

<sup>1357</sup> Véase *supra* puntos 2.3; 2.4.

<sup>1358</sup> Porque la decisión concierne a la anulación jurídica de la norma que configura un espacio que no es un afuera ni un adentro, pero el soberano está fuera del orden jurídicamente válido y sin embargo pertenece a él, puesto que es suya la decisión sobre la excepción. Véase Agamben, G., *El Estado de excepción*, op.cit., pág. 22.

una situación que permita la aplicación de la norma “es decir, el estado de excepción separa la norma de su aplicación para hacer posible esta última.”<sup>1359</sup>

En este sentido, el estado de excepción es un espacio en el que está en juego una fuerza de ley sin ley, una ficción por medio de la cual el Derecho incorpora en su seno la anomia, tornando ambos elementos no susceptibles de ser diferenciados. En este sentido, el estado de excepción es definible como la creación de *un espacio en que aplicación y norma hacen visible su separación*. De este modo, y debido a la brecha que se establece entre la norma y su aplicación, la constitución del ámbito normativo se lleva a cabo bajo la forma de la excepción, que funda el nexo entre ambas. “En todo caso, el estado de excepción señala un umbral en el que lógica y praxis se indeterminan y una pura violencia pretende actualizar un enunciado normativo sin referencia real.”<sup>1360</sup>

Llegados a este punto consideramos oportuno señalar la perspectiva original del Derecho penal del enemigo en 1985. Jakobs lo consideró legitimado en situaciones de necesidad y de manera excepcional.<sup>1361</sup> Los enemigos se caracterizan, en primer lugar, porque rechazan la legitimidad del ordenamiento jurídico y persiguen su destrucción, y segundo, porque en virtud de ello, no prestan la garantía cognitiva mínima según la cual su comportamiento puede ser controlable y subsumible en expectativas cognitivas.<sup>1362</sup> De esta forma “emerge” el Derecho penal del enemigo, que se convierte en una reacción frente a individuos que, mediante su comportamiento, exhiben la probabilidad de que se han apartado de manera duradera del Derecho esto es, “que no prestan la garantía cognitiva mínima que es necesaria para el tratamiento como persona.”<sup>1363</sup> Porque el derecho penal del enemigo es el *locus* donde se viabiliza la *sutura entre la norma y la decisión*.

Sin embargo, en uno de los últimos escritos de Jakobs puede leerse que “una sociedad que realmente acontece no puede prescindir de una exclusión más o menos amplia de sus adversarios recalcitrantes. Sin embargo, el Derecho penal del enemigo sigue siendo *Derecho* en la medida en que *vincula* a su vez a los

---

<sup>1359</sup> Ibídem, pág. 56. Es por ello que el estado de excepción en la teoría schmittiana puede ser definido como *el lugar en que la oposición entre la norma y su aplicación alcanza su máxima intensidad*. En este sentido Agamben trae a colación una conferencia dictada por Jacques Derrida llamada *Force de loi: le fondement mystique de l'autorité* que le sirve de plataforma para afirmar que la fuerza del ley -como término técnico- define, tanto en la doctrina moderna como en el Derecho romano, una separación de la *vis obligandi* o de la *aplicabilidad de la norma con respecto a su esencia formal*, en virtud de la cual decretos, disposiciones y medidas que no tienen formalmente rango de ley adquieren, no obstante, fuerza de ley.

<sup>1360</sup> Agamben, G., *Estado de excepción*, op.cit., pág. 62.

<sup>1361</sup> Prittwitz, C., “Derecho penal del enemigo...”, op.cit., págs. 111 ss.

<sup>1362</sup> Jakobs, G., “La Autocomprensión de la ciencia del Derecho penal ante los desafíos del presente”, (trad. Manso Porto), Eser, A., Hassemer, W., Burkhardt, (Coords. Version Alemana) *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo milenio*, Muñoz Conde (Coord. Version Española), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2004, pág 53.

<sup>1363</sup> Jakobs, G., “Derecho penal del ciudadano...”, op. cit., págs. 40, 47 ss.



ciudadanos, más exactamente al Estado, sus órganos y funcionarios *en la lucha* contra los enemigos. Lo que sucede es que el Derecho penal del enemigo no es una regulación para la aniquilación ilimitada, sino, en un Estado de Derecho administrado con inteligencia, una *última ratio* que es aplicada conscientemente en cuanto excepción, como algo que no es idóneo para su uso permanente.”<sup>1364</sup> Entendemos que esta afirmación es posible porque el profesor alemán entiende unas páginas más adelante que existe “el Derecho del ciudadano a la seguridad, y este Derecho a la seguridad sólo es otra denominación *del Derecho al estado de vigencia real del ordenamiento jurídico*.”<sup>1365</sup>

De lo que Jakobs se percata -de allí sus esfuerzos por establecer la distinción entre los dos Derechos penales-, reverbera como consecuencia de la aporía de la que parte al momento de la identificación entre el ordenamiento jurídico y la identidad de la sociedad. De allí que la “persona” sea sólo aquella que presta suficiente fidelidad al Derecho; heredero de la concepción que subyace a la idea del *ius puniendi* como un Derecho subjetivo del Estado<sup>1366</sup> como producto del thánatos hobbesiano.

Frente a estas manifestaciones es necesario cuestionar, en primer lugar, si es admisible en el Estado de Derecho la categoría de enemigo y, en segundo lugar, si con base en ella se pueden limitar los Derechos y garantías de todos los miembros de la sociedad. Estas preguntas políticas no son independientes, pues descartando que el *hostis* se refiera a un grupo ópticamente diferenciable, su admisión importa una limitación a la libertad de todos los hombres. Es decir, el tratamiento penal diferenciado del *hostis* implica *una lesión a los límites del Estado respecto del ciudadano, o sea, que es un tratamiento más represivo para todos, lo que se compagina mucho más con el Estado absoluto que con el Estado de Derecho*.<sup>1367</sup>

Como corolario de lo anterior, habrá que denunciar el sistema dogmático de Jakobs en *tanto entendamos que los recortes a las garantías y los derechos convocan la definición del nuevo estatuto de la ciudadanía en el orden global*,<sup>1368</sup> porque las

---

<sup>1364</sup> Jakobs, G., *¿Derecho penal del enemigo?. Un estudio acerca de los presupuestos de la juridicidad*, (trad. Cancio Meliá), en Cancio Meliá, M., /Gómez Jara-Díez, C., *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, Vol. 2., op.cit., pág. 107, lo destacado nos pertenece.

<sup>1365</sup> *Ibidem*, pág. 115.

<sup>1366</sup> En este punto seguimos a Zaffaroni, E.R., /Alagia, A., /Slokar, A., *Derecho penal...*, op.cit., pág. 44, cuando afirman “El fracaso del pretendido límite material al *ius puniendi* lo prueban los formidables esfuerzos realizados en el campo del Derecho procesal, constitucional e internacional para roderarlo de limitaciones externas y formales, lo que no se asemeja en nada a la regulación de un Derecho subjetivo sino que constituye un enorme arsenal normativo destinado a la contención de un poder: lejos de regular un supuesto *ius puniendi* trata de contener una *potentia puniendi*. Esto pone de manifiesto la imposibilidad de limitación material, pero la impotencia no genera Derechos subjetivos ni la debilidad legitima el poder.”

<sup>1367</sup> Zaffaroni, E.R., “*La legitimación del control penal de los extraños*”, op.cit., pág. 1134.

<sup>1368</sup> En este sentido, respecto de la figura del migrante y del surgimiento de las estrategias de control desplegadas para su funcionalización, como ponen de manifiesto De Giorgi, A., *El gobierno de la excedencia...*, op.cit., pág. 87; Rodríguez, E., *El gobierno imposible...*, op.cit., pág. 130; Véase *supra* puntos 3.3 y 3.4.

violaciones de los derechos no se establecen únicamente para *los enemigos de turno*, ese no es el objetivo primordial de la declaración del *hostis*; por el contrario, de lo que se trata en este caso es de la producción de un estatus inferior de ciudadanía que será, en definitiva, el que se corresponderá con la situación estructural actual. La subjetividad correspondiente con el “Derecho flexible” es una ciudadanía recortada por los rasgos de la enemistad.<sup>1369</sup>

Para nosotros aquí reside un fuerte punto de crítica de la tan pregonada actitud descriptiva de Jakobs, porque como afirma Juárez Tavares el modelo neoliberal tiene por principio fundamental lograr la efectividad de los medios, razón por la cual aquellos que atenten contra el orden económico y contra sus metas culturales, serán objeto de diversas medidas, entre las cuales destacan la creciente legislación penal, y el aumento de los recursos disponibles a las agencias de control penal, aún reflejando graves violaciones a las garantías y derechos. Estas últimas presentan a los operadores de Derecho el siguiente dilema: frente al modelo neoliberal está el *gran desafío democrático a los juristas, desafío que se centraliza en el núcleo de la relación entre Derecho y política criminal: decidir si utilizan la dogmática penal para mantenerlo o destruirlo.*<sup>1370</sup>

#### 4.5. Fidelidad vs. Desobediencia

La búsqueda de antecedentes histórico-filosóficos emprendida por Jakobs,<sup>1371</sup> intenta configurar la base de la concepción del enemigo entendida como quien desobedece o pone en juego el orden establecido (más *aggiornadamente*, “seguridad cognitiva”) Así las cosas, aquel disidente que pone en cuestión el orden impuesto *ipso facto* deviene el enemigo; *a contrario sensu*, será ciudadano

---

<sup>1369</sup> Por su parte, Terradillos Basoco, J.M., “Una convivencia...”, op.cit., págs. 1024- 1025, señala que “los objetivos preventivos quizá hayan sido, históricamente, más el pretexto de políticas criminales ayunas de legitimación que auténticos criterios de limitación del *ius puniendi*. Pero, más allá de las fundadas críticas que provienen de las corrientes minimalistas o abolicionistas del Derecho penal, sólo la revisión de las estrategias político-criminales desde sus consecuencias, en un contexto de total vigencia de los principios de lesividad y de intervención mínima, puede ser fuente de limitación. Porque obliga a repensar esas estrategias desde el plano de lo imprescindible que, además sea, eficaz. Dicho de otro modo: desde la necesidad preventiva de pena.” La función inicial del Derecho penal del enemigo es la creación artificial de criterios de identidad entre los sujetos excluidos, a través de la exclusión, el vigor de los mecanismos excluyentes se identifica con la estabilización de normas cuyo sentido originario es la definición y neutralización del excluido. La consolidación de la norma –concebida sustancialmente- trasciendo los límites penales: porque en la individualización del otro se afirma el yo excluyente y la marginación redundante en la consolidación de éste, en torno de valores y principios que, en muchas ocasiones, no tienen más contenido que ser la negación de los ajenos.

<sup>1370</sup> Tavares, J., “A crescente legislação penal e os discursos de emergência” en Revista Discursos sediciosos: crime, direito e sociedade, Instituto Carioca de Criminologia, núm. 4, Rio de Janeiro, 1997, págs. 43-57.

<sup>1371</sup> Jakobs, G., “Derecho penal del ciudadano...”, op.cit., pág. 27.

quien se comporte de conformidad con las reglas establecidas por el poder soberano.

Jakobs se percata de la naturaleza política de la pregunta respecto de la declaración de enemistad, pero la hace detener frente a una disyuntiva polarizante discutible: muestra como posiciones radicales las de Rousseau y Fichte, para quienes todos los delincuentes serían enemigos, y como exponentes de una postura moderada a Hobbes y Kant.<sup>1372</sup>

Para Jakobs estos dos últimos autores sólo declararían como enemigos a aquellos delincuentes que amenazan permanentemente los valores de la sociedad. Frente al enemigo no resultaría indicado el Derecho penal del ciudadano, esto es, aquel que pretende garantizar el contenido de la norma frente a conductas que la cuestionan, frente a los enemigos la pena no cumpliría con esa función, puesto que la misma sería un instrumento puesto al servicio del Estado para combatir a aquél sujeto que se comportara de forma que representa un peligro permanente y futuro.<sup>1373</sup> En sus propios términos, “quien por principio se conduce de modo desviado no ofrece garantía de un comportamiento personal; por ello no puede ser tratado como ciudadano, sino que debe ser combatido como enemigo. Esta guerra tiene lugar con un legítimo Derecho de los ciudadanos, en su Derecho a la seguridad; pero a diferencia de la pena, no es Derecho respecto del que es penado; por el contrario, el enemigo es excluido.”<sup>1374</sup>

---

<sup>1372</sup> *Ibidem*.

<sup>1373</sup> Jakobs, G., *Derecho penal del enemigo*, op. cit., pág. 26.

<sup>1374</sup> *Ibidem*, pág. 55. La relación entre juridicidad y efectividad que plantea Jakobs consiste en que la pena aplicada jurídicamente implica limitaciones que una sociedad consciente de riesgos no acepta, por las restricciones que ella implica, es decir “la necesidad de un balance constante entre juridicidad y efectividad. La incompatibilidad entre juridicidad y efectividad óptimos constituye el problema central del Derecho penal (no sólo) moderno...”, (Jakobs, G., “*La ciencia del Derecho penal...*”, op.cit., nota 3, pág 27). Tomando esta dialéctica como punto de partida, la efectividad de la intervención penal ante determinados fenómenos que requieren respuesta pudiera permitir, en cierto modo, apartarse más o menos de la juridicidad de la pena. Dicha eficacia sería necesaria para mantener la incolumidad del ordenamiento y de la identidad social normativa. De este modo, la juridicidad de la pena queda asignada al Derecho penal del ciudadano, mientras que la efectividad quedaría determinando las articulaciones sucesivas del Derecho penal del enemigo. No obstante su legitimación, ello no implica que en el Derecho penal del enemigo quepan cualquier tipo de medidas, pues “no todo está permitido, incluyendo una acción desmedida; antes bien, es posible que al enemigo se le reconozca una personalidad *potencial*, de tal modo que en la lucha contra él no se puede sobrepasar la medida de lo necesario” (Jakobs, G., *Derecho penal del enemigo...*, op.cit., pág. 30). Fundado en criterios de eficacia, Jakobs afirma que el Estado tiene Derecho a “procurarse seguridad ante individuos que reinciden persistentemente en la comisión de delitos”, y un Derecho de los ciudadanos consiste en “exigir del Estado que tome las medidas adecuadas, es decir, tienen un Derecho a la seguridad” *Ibidem*, nota 4, pág. 32. La actitud de la sociedad frente a la violencia se ve como canal viabilizador de la utilización de términos como lucha, eliminación, inocuización, exclusión, etc., en perjuicio de actitudes solidarias; asimismo produce el abandono de la prevención entendida como resocialización o no-desocialización de la pena, para entender por prevención la herramienta eficaz frente a la violencia y el delito. Porque se trata de la imposibilidad de una juridicidad completa, es decir, contradice la equivalencia entre

Hobbes, frente a quien hace la guerra al Estado, sea interno o externo, afirma que no puede ser considerado un ciudadano, sino un enemigo frente al cual no valen las reglas del Derecho, sino las de la fuerza -en el contexto de la vuelta al estado de naturaleza-,<sup>1375</sup> de modo que este abandono del Derecho no está permitido contra ciudadanos que no le hacen la guerra al Estado, sino contra enemigos a los cuales debe hacer la guerra; y en la guerra la espada no distingue, ni tampoco el vencedor, entre culpables e inocentes.<sup>1376</sup>

La inclinación hacia Hobbes mostrada por Jakobs es deliberada. Porque *el derecho penal del enemigo* es el producto de una decisión que incluye la razón de Estado -integrada por la seguridad frente al temido estado de naturaleza-. Se trata del castigo de aquel que atenta contra la *ley natural* de la conformación misma del Leviatán.<sup>1377</sup>

Sin embargo, pueden ser diferenciadas dos grandes corrientes filosóficas sobre el particular, de conformidad con la ubicación del énfasis de los componentes de la relación política; o bien, haciendo hincapié sobre el desarrollo del sujeto, o bien en la articulación de la autoridad. Sin embargo, Jakobs, con la selección que hace para llevar a cabo su argumentación olvida por ejemplo a Locke quien, desde un punto de vista dinámico, construye la relación entre súbdito y poder. Para este último, la obediencia no sería como en Hobbes un acto debido, sino que se realiza bajo la condición de que el soberano cumpla las condiciones del pacto de sujeción, en un intento de liberar a los súbditos del fantasma de la tiranía. Por el contrario, aquellos que privilegian la obediencia, parten desde una visión estática de la relación política que deberá permanecer intacta desde la celebración del contrato de sujeción.<sup>1378</sup>

En este sentido, Kai Ambos resalta que "(m)ientras que en este punto se trata de la vida común de unos ciudadanos con otros y de la exclusión de aquellos que abandonaban el pacífico estado natural -y que por tanto deben ser tratados como animales carnívoros-, en otro lugar Locke se refiere a la

---

racionalidad y personalidad, es por esto que se produce el quiebre de este segundo elemento para dar lugar a la formación de un Derecho penal para no personas. Jakobs, G., "*La Autocomprensión de la ciencia del Derecho penal ante los desafíos del presente*", op.cit., pág. 61.

<sup>1375</sup> Véase *supra* punto 2.2.

<sup>1376</sup> Jakobs, G., "*Derecho penal del ciudadano...*", op.cit., pág. 28.

<sup>1377</sup> En este sentido Jakobs se acerca en el razonamiento a Schmitt, porque éste considera que la unidad política de un pueblo basada en la amistad política que rige en un espacio concreto en una determinada situación histórica. La lógica inherente a la distinción entre amigo-enemigo puede suponer la criminalización de la disidencia. Véase Estudio Preliminar de Monereo Pérez, J.L., op.cit., pág. XX; Asimismo, Pastor, D., "*El Derecho penal del enemigo en el espejo del poder punitivo internacional*", en Cancio Meliá, M., /Gómez Jara-Díez, C., *Derecho penal del enemigo.....*, Vol. 2, op.cit., pág. 481.

<sup>1378</sup> Zaffaroni, E.R., *El enemigo en el Derecho penal*, op.cit., págs. 122 ss.; Zaffaroni, E.R., /Alagia, A., /Slokar, A., *Derecho Penal. Parte General*, op.cit., págs. 277-278.

vulneración de los Derechos políticos y al resultante Derecho de resistencia del pueblo frente al enemigo común...<sup>1379</sup>

El ciudadano es aquel que se somete y no trasgrede el orden, mientras que el enemigo es aquel que, de cualquier forma, se atreve a enfrentarse o cuestionar el orden. Kant y Hobbes son dos filósofos que parten desde este último punto de vista reseñado, en los cuales Jakobs encuentra autorización para dar forma a la legitimidad de la declaración de la enemistad. A pesar de los elementos liberales presentes en Kant, en lo atinente al poder de obediencia se acerca a Hobbes, porque a la hora de fundamentar la inviolabilidad del poder establecido niega al pueblo cualquier derecho de resistir a los actos del soberano.<sup>1380</sup>

La visión de Hobbes respecto del contrato social es sustancialmente individualista, en virtud de lo cual Pérez del Valle afirma que es precisamente esta perspectiva la que le permite escindir entre dos categorías de sujetos y, a la postre, tratar como enemigo a quien se manifieste en contra del contrato social. Esto significa que “el Derecho penal del enemigo en Hobbes no implica -en principio- la reacción de un poder estatal total frente a los discrepantes -frente a los enemigos del poder estatal totalitario- sino tan sólo que quienes no asumen el estado civil han de ser tratados con las reglas del estado de naturaleza, en el que la enemistad de uno contra otro es consustancial.”<sup>1381</sup> Si la característica esencial del estado de naturaleza es el miedo de unos a otros, habrá de configurarse un Derecho penal con diferentes reglas a las que rigen en el estado civil. Ello, como hubimos afirmado *supra*, basado en un discurso que intenta sentar las bases propias de las *necesidades* de defensa invocadas por el Estado frente a aquellos que no han asumido el pacto.<sup>1382</sup>

Se cristaliza de esta manera la distinción entre Estado de Derecho/Estado de excepción que es lo que en verdad está detrás del par conceptual ciudadano-enemigo, donde prima la defensa de la seguridad del Estado y la ausencia de

---

<sup>1379</sup> Ambos, K., “Derecho penal del enemigo”, (trad. Gómez Jara-Díez), en *Derecho penal del enemigo. El discurso de la exclusión*, Vol.1, op.cit., pág. 123.

<sup>1380</sup> Kant, I., *La metafísica de las costumbres*, (estudio preliminar de Cortina, trad. y notas, Cortina, A, /Conill Sancho, J.,) Tecnos, Madrid, 1994, págs. 149-151. Véase Pérez del Valle, C., “La fundamentación iusfilosófica del Derecho penal del enemigo. precisiones sobre la interpretación de Kant” en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm., 10-03, (2008) disponible en [www.criminet.ugr.es/recpc](http://www.criminet.ugr.es/recpc)

<sup>1381</sup> Pérez del Valle, C., “Derecho penal del enemigo ¿escarnio o prevención de peligros?”, en Cancio Meliá, M., /Gómez Jara-Díez, C., *Derecho penal del enemigo....*, Vol. 2, op. cit., pág. 605, afirma en este sentido que “Hobbes contempla dos tipos de órdenes jurídicos contra los cuales el delito puede cometerse, bien el delito es cometido frente a las leyes del Estado y, por tanto, por el ciudadano, que se comporta como el mal ciudadano y es sancionado; bien el delito es cometido frente a la ley natural que presupone la existencia del mismo estado, de tal modo que quien lo comete ya no es ciudadano, sino enemigo del estado contra quien se reacciona de acuerdo con el Derecho de la guerra y no con el Derecho del estado.”

<sup>1382</sup> Véase Agamben, G., *Estado de excepción*, op.cit., págs. 109 ss.

principios para el enemigo.<sup>1383</sup> Porque de admitirse la negación del Estado de Derecho, aún mediante la apelación a la excepción –limitada en el tiempo y en las medidas- se impone la transformación del ordenamiento jurídico en uno de carácter meramente tecnocrático y funcional, sin referencia axiológica alguna, autolegitimándose en una falsa antinomia entre vigencia y juridicidad.<sup>1384</sup> Ello se transforma en el Derecho del Estado, en el que el Derecho se somete a los intereses del –*dominus*-, de la razón de Estado como fundamento del Derecho penal.<sup>1385</sup>

Efectivamente, desde antiguo se ha intentado reaccionar con Derecho excepcional y jurisdicción especial contra *riesgos concretos* para la seguridad pública, fueran ellos ficticios o reales, donde la constatación indiscutible de la existencia permanente del abuso del poder punitivo por medio de la cultura de la emergencia<sup>1386</sup> y la excepción, debe ser reconocida como la principal enseñanza que nos brinda la historia -si no la subestimamos-, para realizar un análisis de la cuestión. Ferrajoli ve en estos esquemas de excepción,<sup>1387</sup> previstos para evitar que el ordenamiento jurídico sucumba, un paliativo del antiliberal principio *salus rei publicae, suprema lex*, “porque el Derecho penal nunca se inventa nada nuevo: este modelo sustancialista está ligado a una tradición antigua y recurrente de *decisionismo penal* que celebró sus mayores fastos precisamente en materia de delitos políticos y de *crimina maiestatis*”.<sup>1388</sup>

---

<sup>1383</sup> Como afirma Ferrajoli, L., *Derecho y razón...*, op.cit., pág. 808, “la alteración de las fuentes de legitimación ha consistido precisamente en la asunción de la *excepción* o la *emergencia* como justificación política de la ruptura o, si se prefiere, del cambio de 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 razón de estado sobre la razón jurídica como criterio informador del Derecho y del proceso penal, aunque sea en situaciones excepcionales como la creada por el terrorismo 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 de garantías sino supraordenado a ella. *Salus rei publicae, suprema lex* : la salvación o incluso el bien del Estado es la *Grundnorm* del “Derecho de emergencia”, la ley suprema a la que han de plegarse todas las demás, incluidos los principios generales, de los cuales legitima el cambio.”

<sup>1384</sup> Cfr. Jakobs, G., “*¿Derecho penal del enemigo?...*”, op.cit., págs. 97-101.

<sup>1385</sup> Véase *supra* punto 4.7.

<sup>1386</sup> Ramos Vázquez, J.A., “*Símbolos y enemigos: algunas reflexiones*”, op.cit., pág. 1428.

<sup>1387</sup> Ferrajoli, L., *Derecho y razón*, op.cit., págs. 816 ss., donde describe las tres etapas por las que atraviesa la emergencia penal: el Derecho especial de policía, el Derecho penal político especial y el Derecho penal diferenciado.

<sup>1388</sup> *Ibidem*.

#### 4.6. Desintermediación del Derecho: efficientismo penal. Del riesgo de contaminación

Todo lo anterior se coherente con la finalidad atribuida por el autor alemán al Derecho penal, en la medida en que éste procura garantizar la identidad de la sociedad, abogando por la destrucción de la capacidad mediadora del Derecho, es decir de las normas.<sup>1389</sup>

Jakobs no se aboca únicamente a la descripción de *lege lata* de unas “leyes de lucha” con las cuales se combaten individuos “que en su actitud (delitos sexuales), en su vida económica (criminalidad económica, tráfico de drogas y otras modalidades de criminalidad organizada) o por su participación en una organización criminal (terrorismo, criminalidad organizada) se han apartado, probablemente, de modo permanente pero en todo caso con cierta seriedad, del Derecho, dicho de otro modo: que no prestan la garantía cognitiva mínima que es imprescindible para ser tratado como persona en Derecho.”<sup>1390</sup>

Mediante la identificación de aquellas *normas de combate* lo que intenta es la construcción de otros criterios que le permitan otorgar legitimidad sistémica a las normas que para él conforman el derecho penal del enemigo. Esta construcción deviene como algo “natural” del desarrollo -en el transcurso de tres décadas- de la concepción de la pena de la que parte.<sup>1391</sup> En definitiva, queda claro que quien debe ser tratado como enemigo es aquel que niega de hecho la legitimidad del ordenamiento jurídico y pretende destruirlo, es un *ruido* en el sistema de comunicación sobre el que se estructura la sociedad.<sup>1392</sup> De este modo, extiende el concepto ya sin referencia a tipos concretos, y amplía la definición en términos que recuerdan la caza de brujas “puesto que quien se comporta continuamente como Satán, al menos no podrá ser tratado como persona en Derecho en lo que se refiere a la confianza de que cumplirá con sus deberes.”<sup>1393</sup>

Si bien se trata de dos *status* que no se dan de forma totalmente diferenciada, el del ciudadano y del enemigo, Jakobs asume la tarea de mostrar las dos tendencias que asumiría actualmente el contexto jurídico-penal, porque

---

<sup>1389</sup> Véase *infra* 4.11.

<sup>1390</sup> Jakobs, G. “*La Autoconciencia de la ciencia...*”, op.cit., pág. 44.

<sup>1391</sup> Cfr. Cancio Meliá, M./ Feijóo Sánchez, B., *¿Prevenir riesgos o confirmar normas? La teoría funcional de la pena de Günther Jakobs. Estudio preliminar*”, en Jakobs, G., *La pena estatal: significado y finalidad*, op.cit. págs. 17 ss. Asimismo, Jakobs, G., “*¿Derecho penal del enemigo? Un estudio acerca de los presupuestos...*”, op.cit., pág. 114; Silva Sánchez, J.M., “*Del Derecho abstracto al Derecho “real”*”. *Recensión a Günther Jakobs, La pena estatal: sentido y finalidad*, (trad. y estudio preliminar Cancio Meliá, M./ Feijóo Sánchez, B.) Thompson, Civitas, Madrid, 2006”, *Indret*, núm. 4/2006, disponible en [www.indret.com](http://www.indret.com)

<sup>1392</sup> Polaino-Orts, M., *Derecho penal del enemigo. Desmitificación de un concepto*, Ed. Mediterránea, Buenos Aires, 2006, págs. 74 ss.

<sup>1393</sup> Ambos, K, “*Derecho penal del enemigo*”, op.cit., nota 91, pág. 135.

“quien no diferencia con claridad entre enemigo y delincuente civil no debe sorprenderse si confunde los conceptos de guerra y proceso penal.”<sup>1394</sup>

Sin embargo, aun ante la incapacidad de establecer distinciones inmaculadas entre estas dos categorías,<sup>1395</sup> aquí reside el nudo del análisis que postula el autor. Delimita dos formas de actuación en que la pena se orientará a distintos destinatarios, dependiendo de la función: el efecto confirmador se dispone para personas participantes de la comunicación y la apostasía hacia quienes no están dispuestos jurídicamente. Para la determinación del enemigo, Jakobs estima que puede encontrárselo en la realidad, acercándose a las palabras de Schmitt cuando afirma que “En cualquier caso aquí no nos interesa saber si es rechazable o no el que los pueblos sigan agrupándose de hecho según que se consideren amigos o enemigos, ni si se trata de un resto arcaico de épocas de barbarie, tampoco vamos a ocuparnos de las esperanzas de que algún día esa distinción desaparezca de la faz de la tierra, ni de la posible bondad o conveniencia de hacer, con fines educativos, como si ya no hubiese enemigos. No estamos hablando de ficciones ni de normatividades, sino de la realidad óptica, y de la posibilidad real de esta distinción.”<sup>1396</sup>

Las razones que expone Jakobs para la incorporación a los ordenamientos jurídicos actuales de normas que corresponden al derecho penal del enemigo son dos: el enemigo amenaza la pervivencia de la *sociedad, porque representa un riesgo*<sup>1397</sup> *para el orden social, y la segunda, como consecuencia de ello, es el enemigo que*

---

<sup>1394</sup> En este sentido afirma Zaffaroni, E.R., *El enemigo...*, op.cit., pág. 25, que “El concepto mismo de enemigo introduce de contrabando la dinámica de la guerra en el estado de Derecho como una excepción a su regla o principio, sabiendo o no sabiendo (la intención pertenece al campo ético) que esto lleva necesariamente al estado absoluto, porque el único criterio objetivo para medir la peligrosidad y dañosidad del infractor no es otro que la peligrosidad y dañosidad (real y concreta) de sus propios actos, es decir, de sus delitos, por los que debe ser juzgado y en su caso condenado conforme a Derecho. En la medida en que se abandone ese criterio objetivo se entra en el campo de la subjetividad arbitraria del individualizador del enemigo, que siempre invoca una necesidad que nunca tiene límites, una *not* que no conoce *gebot*. De todas formas, lo que se discute en doctrina penal es la admisibilidad del concepto de enemigo en el Derecho penal del estado de Derecho y se considera como tal al que es penado sólo en razón de su condición de ente peligroso o dañino para la sociedad, sin que sea relevante si la privación de los Derechos más elementales a que se lo somete (sobre todo, a su libertad) se practique con cualquier otro nombre diferente del de pena y sin perjuicio, tampoco, de que se le reconozca un remanente de Derechos más o menos amplio.”

<sup>1395</sup> Entre los autores que niegan la capacidad tanto epistemológica como sistemática de la lógica binaria con que estructura la respuesta penal Jakobs se encuentra Donini, M., “*El Derecho penal frente al “enemigo”*”, (trad. Cancio Meliá/Faraldo Cabana), en Cancio Meliá, M., /Gómez Jara-Diez, C., *Derecho penal del enemigo. El discurso penal...*, Vol.1., op.cit., págs. 608 ss., quien desde una lógica *fuzzy* admite matices entre el amigo y el enemigo, porque no existe una realización del Derecho que sea puramente amistosa o belicosa.

<sup>1396</sup> Schmitt, C., *El concepto de lo político*, op.cit., pág. 58.

<sup>1397</sup> De acuerdo con lo expuesto en capítulos anteriores, el riesgo es un constructo normativo, en tanto producto de la combinación de los materiales epistemológicos, políticos, y subjetivos de un determinado momento y lugar. Es por ello que habiendo analizado la sociedad del riesgo, la



se autoexcluye mediante sus actos de los “beneficios” que le conferiría el comportarse de conformidad con las normas y por ello ostentar el status de ciudadano.<sup>1398</sup>

Cuando el autor evoca el peligro que produce la “pluralidad extrema” y la fuerza explosiva de la multiculturalidad, las reflexiones se orientan sobre todo hacia “los otros” -extranjeros-, donde si el fin de la pena es confirmar la identidad de la cultura dominante –haciendo abstracción de la realidad de unas sociedades múltiples y plurales- éste no presta la seguridad cognitiva básica que prescribe Jakobs.<sup>1399</sup>

Es ineludible la crítica respecto de una fundamentación del Derecho penal pétrea y universalmente válida como la de Jakobs. En este sentido, habrá de destacarse la imposibilidad de la justificación de un modelo basado en estas proposiciones, en la medida en que las expectativas sociales tendentes a la configuración de una identidad cultural determinada varían de conformidad con la complejidad en cada medio donde el Derecho penal tenga incidencia.

Según el autor la situación de emergencia actual va *in crescendo*, y encuentra su génesis en la disminución de fuerza vinculante en la sociedad (como consecuencia de los procesos globalizadores, en los cuales el trabajo ya no opera como subjetividad, y los Derechos actuales quedan configurados como el resto mínimo de las políticas de flexibilización).

Asimismo, la pérdida de respaldo en las instituciones modernas (religión, nacionalidad, familia, trabajo, etc) lo lleva a afirmar que tal deterioro concede al individuo “un gran número de posibilidades de construir su identidad al margen del Derecho o, al menos, más de las que podría ofrecer una sociedad de vínculos más fuertes”, expuesta como la barbarie del estado de naturaleza<sup>1400</sup> y, para la cual, el Derecho penal tradicional tendría una solución de tipo tangencial. Como tuvimos oportunidad de analizar, las condiciones del pacto social se encuentran directamente relacionadas con cuanto se tema al estado de naturaleza, con cuanta violencia le sea adjudicada al momento en el que se aprecia la crisis en el trazado

---

subjetividad que le corresponde, entendemos que actualmente la legitimidad pretende derivarse de la retórica estructurada en el caos al que nos enfrentaríamos en caso del desmoronamiento de las instituciones que ejercen el poder. En este contexto, Jakobs busca la producción de tranquilidad y seguridad a partir de la obediencia y el terror frente al estado de naturaleza – caracterizado en la actualidad por la globalización- y el dominio del sistema económico que exigirían –según esta gramática de control- a la ciencia penal “efectividad” en la protección de bienes jurídicos asimilados ahora con las normas que mantienen el ejercicio de poder, donde una “sociedad consciente de los riesgos” “no tendría otra alternativa que construir un Derecho penal del enemigo” para aquellas personas que se han alejado permanentemente del Derecho.

<sup>1398</sup> Con base de sentido en la distinción afirma Jakobs, G., *¿Derecho penal del enemigo? Acerca de los presupuestos...*, op.cit., pág. 109, “en la búsqueda de respuesta a esta pregunta tampoco formularé postulados de política legislativa, sino que describiré cómo el Derecho vigente distingue entre la punición de un ciudadano que cometido un delito y el trato con un enemigo”, el subrayado no pertenece al original.

<sup>1399</sup> Aquellas afirmaciones permiten su acercamiento con la teoría formulada por Sartori de los inintegrables culturales y del choque de civilizaciones de Hungtinton.

<sup>1400</sup>Jakobs, G., *Dogmática de Derecho penal y configuración normativa de la sociedad*, op.cit., 45 ss.

de las fronteras entre inclusión y exclusión. Así, el estado de naturaleza deberá ser presentado como una instancia lo suficientemente temible para que las condiciones del pacto nunca revelen lo que hay detrás de esta retórica: la razón de Estado, es decir, la razón de conservar el *dominus* de los capitales transnacionales que apuestan por la imposición de sus reglas a todas las relaciones sociales, transformándolas, sometiéndolas a la lógica unidimensional del neoliberalismo.<sup>1401</sup> Si el Estado regula y custodia su propia desregulación, necesitará de un estado de guerra, al cual simbólicamente deberá oponerse una *pax perpetua*. La creación del enemigo oculta la razón de Estado, que es finalmente la que produce la declaración de la excepción, para custodiar su desregulación.<sup>1402</sup>

En vistas de la situación política, social y económica, “se trata del restablecimiento de unas condiciones de entorno aceptables, por medio de la (...) neutralización de aquellos que no ofrecen una garantía mínima cognitiva, la cual es necesaria para que, a efectos prácticos, puedan ser tratados actualmente como personas. Es verdad que el procedimiento para el tratamiento de *individuos hostiles está regulado jurídicamente, pero se trata de la regulación jurídica de una exclusión: los individuos son actualmente no-personas*. Indagando en su verdadero concepto, el Derecho penal del enemigo es, por tanto, una guerra cuyo carácter limitado o total depende (también) de cuánto se tema al enemigo. Todo esto suena chocante, ciertamente, lo es, pues se trata de la imposibilidad de una juridicidad completa, es decir que contradice la equivalencia entre racionalidad y personalidad.”<sup>1403</sup>

En consecuencia, la propuesta jakobsiana versa en la *estructuración de un tratamiento específico para los enemigos dentro del Derecho penal* que implica pérdida de garantías individuales, el aumento en las penas, y la apelación a medidas de seguridad, puesto que “el Derecho penal del enemigo existe en los hechos y, por eso, es preferible someterlo a reglas dentro del Derecho penal con medidas excepcionales que dejarlo *fuera* y permanecer sin control.”<sup>1404</sup>

Es por ello que en uno de sus últimos escritos el autor plantea el siguiente interrogante: ¿Es legítimo un Derecho penal del enemigo? y de ser contestado

---

<sup>1401</sup> Véanse los trabajos compendiados en Bacigalupo, S./Cancio Melía, M., (coords.) *Derecho penal y política transnacional*, Atelier, Barcelona, 2005, en especial Tavares, J., “Globalización, Derecho penal y seguridad pública”, *pássim*.

<sup>1402</sup> De acuerdo a lo expresado por Prieto Navarro, E., “Excepción y normalidad como categorías de lo político”, en Cancio Meliá, M., /Pozuelo Pérez, L., (coords.), *Política criminal en vanguardia*, op.cit., pág. 122, “el motivo de la enemistad aparece aquí referido muy directamente al de la homogeneidad de la comunidad política. Ya Schmitt había señalado el carácter alógeno, existencialmente ajeno, del enemigo, lo que permite intuir una idea de pureza amenazada en el interior del organismo social. Contaminación y peligro aparecen vinculados inextricablemente, como también lo están la conservación y la expeditividad de los medios para restablecer la necesaria homogeneidad interna.”

<sup>1403</sup> Jakobs, G., “La autocomprensión...”, op.cit., pág. 45.

<sup>1404</sup> Jakobs, G., *Derecho penal del enemigo..*, op.cit., pág. 22, del mismo; “¿Terroristas como personas en Derecho?..”, op.cit., pág. 81.

afirmativamente, ¿hasta qué punto? La respuesta deberá ser inferida no de un concepto *abstracto* de Estado de Derecho, ello porque las instituciones y medidas propias del Derecho penal del enemigo -en caso de ser renunciadas- vacían de contenido el Derecho del ciudadano a la seguridad, y este Derecho a la seguridad sólo es otra denominación del Derecho al estado de vigencia real del ordenamiento jurídico. Del mismo modo los conceptos de persona, de vigencia real del Derecho y de Estado de Derecho son reales por más que sean postulados, “y quien defienda la posición de que en el Estado de Derecho siempre *todo* deba convertirse en realidad, sin concesiones, debería saber que aquel “todo” en la realidad concreta se ve acompañado por un “o nada”, sobre todo, si se tiene en cuenta que un Estado de Derecho perfecto ofrecería a los terroristas una ventaja comparativa de ubicación de dimensiones tan enormes que prácticamente los invitaría a permanecer en su ámbito de vigencia, más exactamente: a desplegar sus actividades allí.”<sup>1405</sup>

De esta manera se trata de lo óptimo en la práctica, es decir, que el derecho penal del enemigo deberá estar limitado a lo *necesario*, “y ello con completa independencia del mandato racional preexistente de limitar la violencia física por sus efectos secundarios corruptores” resultando imprescindible porque “es fácil llegar a un acuerdo acerca de un mundo ideal, pero con ello nada se ha ganado para la vida en el mundo real.”<sup>1406</sup>

Por ello, considera Jakobs esencial evitar la contaminación de ambos Derechos penales “...el Derecho penal conoce dos polos o tendencias de sus regulaciones. Por un lado, el trato con el ciudadano, en el que se espera hasta que éste exterioriza su hecho para reaccionar, con el fin de confirmar la estructura normativa de la sociedad, y por otro, el trato con el enemigo, que es interceptado muy pronto en el estadio previo y al que se le combate por su peligrosidad.”<sup>1407</sup> La distinción se efectúa mediante una alteración en el orden de la intervención en los eventos. Así el autor explica que existen actividades especialmente peligrosas que justificarían una reacción desmedida por parte del ordenamiento jurídico por medio de penas que logren disuadir al infractor. Por consiguiente, estima que es tarea principal mantener un derecho penal del enemigo como mejor fórmula para conservar el Derecho penal de ciudadanos.<sup>1408</sup>

No obstante, consideramos junto con Feijóo Sánchez que la idea esencial de Jakobs de que un derecho penal del enemigo claramente delimitado es mejor para el Estado de Derecho que entremezclar todo el Derecho penal con fragmentos de regulaciones propias del derecho penal del enemigo, no sólo no es compartible, sino de plano inviable,<sup>1409</sup> porque expone su decisión político-

---

<sup>1405</sup> Jakobs, G., “¿Derecho penal del enemigo? Un estudio acerca de los presupuestos...”, op. cit., pág. 115.

<sup>1406</sup> *Ibidem*, pág. 116.

<sup>1407</sup> Jakobs, G., “Derecho penal del ciudadano...”, op.cit., pág. 47.

<sup>1408</sup> Jakobs, G., “¿Derecho penal del enemigo?...”, op.cit., pág. 116.

<sup>1409</sup> Feijóo Sánchez, B., “El Derecho penal del enemigo y el Estado democrático...”, op.cit., págs. 801-802.

criminal para la construcción de una dogmática funcional al objetivo de obtener obediencia al pacto neoliberal.

Lo anterior se infiere de la posibilidad misma de la pena contra un enemigo postulada como una consecuencia lógica de la finalidad y función del Derecho penal otorgada por Jakbos.<sup>1410</sup> Si lo que se busca es mantener la vigencia de la norma, necesariamente hemos de convocar sujetos obedientes, de otro modo no es factible este programa. El derecho penal del enemigo es una instancia más de estas premisas.<sup>1411</sup>

En la misma línea, Daniel Pastor sostiene que “una separación resulta impracticable, pero no sólo a grandes rasgos, como cree Jakobs, sino que en modo alguno se va a poder mantener un Derecho penal sin ser contaminado hasta la expropiación por el Derecho penal del enemigo. La historia del funcionamiento de los aparatos penales desmiente la confianza jakobsiana en la eficacia básica de un muro que separe el Derecho penal del ciudadano de las agresiones regladas y controladas contra los enemigos. Las reglas derogatorias de los derechos fundamentales de los criminales y sospechosos, han surgido históricamente, como excepciones ocasionales y aisladas que después se han extendido como los carcinomas a todo el cuerpo del Derecho penal, esto es, también al de ciudadanos.”<sup>1412</sup>

Sin duda, se trata de un Derecho penal que pretende legitimar sus excesos en la emergencia. Según Zaffaroni “todo discurso de emergencia penal es un discurso inquisitorial. Todo discurso de emergencia penal envenena el discurso penal liberal y nos lleva a un discurso penal autoritario... con el gravísimo riesgo de que suceda lo mismo que sucede con muchas otras emergencias, que estas mismas instituciones se vayan corriendo paulatinamente al Derecho penal común

---

<sup>1410</sup> En este sentido se expresan Cancio Meliá y Feijóo Sánchez en “¿Prevenir riesgos...”, op.cit., pág. 18, cuando afirman que, “en el marco de esta nueva racionalidad cambia la idea de prevención: lo que la pena previene son los efectos negativos que pueden derivar del delito para el sistema social y no lesiones o puesta en peligro de bienes jurídicos por parte de conductas individuales”. Lo anterior da lugar a la metodología que estructura la propuesta política criminal que emprenderemos en el capítulo siguiente.

<sup>1411</sup> Esta tesis, si bien describe perfectamente lo que ocurre, es voluble, porque como afirmara Zaffaroni, E.R., “¿Es posible un Derecho Penal del enemigo no autorizado?”, en AA.VV., *Homenaje al Profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Civitas, Madrid, 2005, pág. 1091, “pretender compartimentar fuerzas que interactúan permanentemente en forma contraria, cuando una de ellas tiende a expandirse sin límites y la otra constituye, precisamente, su contención, importa un error de percepción cuyas consecuencias pueden resultar trágicas, pues en tanto que tiende a liberar de toda contención las pulsiones del estado de policía, deja sin función al poder jurídico de contención del Estado de Derecho. Éste es el mayor riesgo de una visión parmenídica del poder punitivo, generadora de una distorsión perceptiva que permita legitimar la potencia del estado de policía y neutralice la función de contención del estado de Derecho.

<sup>1412</sup> Pastor, D, “El Derecho penal del enemigo en el espejo del poder punitivo internacional”, op.cit., pág. 504.

y enterremos al Derecho penal de garantías o Derecho penal liberal.”<sup>1413</sup> en el mismo sentido expresa que “en realidad el Derecho penal siempre ha aceptado el concepto de enemigo y éste resulta incompatible con el estado de Derecho, lo que en verdad correspondería es una renovación de la *doctrina penal correctora de los componentes autoritarios que la acompañaron a lo largo de casi todo su recorrido; en otras palabras, un ajuste del Derecho penal que lo compatibilice con la teoría política que corresponde al estado constitucional de Derecho y lo depure de los componentes propios del estado de policía incompatibles con sus principios.*”<sup>1414</sup>

Por lo tanto, afirmamos junto a Quintero Olivares, “lo preocupante no es sólo que se resquebraje el ideal de igualdad, sino que la experiencia enseña que cuando las garantías se rebajan para unos acaban rebajándose para todos y, lo que es peor, los problemas que se invocaron para justificar la “especialidad penal” por lo común no se han resuelto con ella.”<sup>1415</sup>

*Ab initio*, la distinción se presenta quimérica, ello debido a que la retórica de la emergencia no se aboca solamente a la tarea de “gestionar” el terror de los posibles infractores, como de inculcar miedo a los ciudadanos. Es por ello que el Derecho penal del enemigo no sólo estabiliza normas, ni sirve exclusivamente a los fines de prevención general positiva, sino que logra la *sutura entre la norma y la decisión mediante* la demonización de sujetos, de tal manera que no se penaliza una infracción, sino un infractor previamente estigmatizado.<sup>1416</sup>

#### 4.7. *Necessitas legem non habet*

La legislación penal del enemigo, fundada en la *necesidad*<sup>1417</sup> -como apelación retórica para la pervivencia y conservación del poder-, es sólo una manifestación más de la moderna razón instrumental basada en la eficacia. Es por ello que estimamos pertinente hacer aquí una pequeña digresión respecto de la invocación de la *necesidad* que funda el “espacio excepcional” para normar lo real, porque ella constituye el pilar sobre el cual se estructura la retórica que permite la expansión del discurso punitivo imperial.

El término *necesidad* -en el adagio que da nombre al presente epígrafe- admite dos sentidos: el primero es que la necesidad no conoce ley alguna; el segundo es que la necesidad crea su propia ley. En ambos casos, la teoría del estado de excepción se resuelve íntegramente en la del *status necessitatis*, de

---

<sup>1413</sup> Zaffaroni, E.R., “Tóxicos y ley penal” en AAVV, *Problemas vinculados al consumo de sustancias adictivas*, Tomo II, Nemgraf, Montevideo, 1998, págs. 270 y 274.

<sup>1414</sup> Zaffaroni, E.R., *El enemigo en el Derecho penal*, op.cit., pág. 26, el subrayado no pertenece al original.

<sup>1415</sup> Quintero Olivares, G., *Adónde va el Derecho Penal*, op.cit., pág. 136.

<sup>1416</sup> Cfr. Cancio Meliá, M., *“Terrorismo y Derecho Penal: sueño de la prevención....”*, op.cit., págs. 322-324.

<sup>1417</sup> Agamben, G., *Estado de Excepción*, op.cit., págs. 40-49.

manera que el juicio sobre la existencia de éste agota el problema de la legitimidad de aquél. El tratamiento de la estructura y el significado del estado de excepción presuponen un análisis del concepto jurídico de necesidad.

De acuerdo con Graciano, más que hacer lícito lo ilícito, *la necesidad opera como la justificación de la transgresión en un caso específico a través de la construcción de una excepción*. Según Agamben, la teoría de la necesidad no es más que una teoría de la excepción, en virtud de la cual un caso queda sustraído a la obligación de observancia de la ley; por lo tanto, la apelación a la necesidad reside en *sustraer de la aplicación general de la ley a una situación concreta*. Sin embargo, entiende que “el fundamento último de la excepción no es aquí la necesidad, sino el principio según el cual “toda ley está ordenada a la salvación común de los hombres, y sólo por ello tiene fuerza y razón de ley; si incumple esto, no tiene fuerza de obligar.”<sup>1418</sup>

En estos términos, apelar a la necesidad implica la derogación de la *vis obligandi* en la que se funda la ley. Si a través del Estado de necesidad pretende incluirse dentro del ordenamiento jurídico a la excepción, la necesidad se convierte en el fundamento último de la ley. La necesidad como fundamento de la ley, lejos de revelar un dato objetivo, aparece como un juicio subjetivo, en tanto que, necesarias y excepcionales son las circunstancias que han sido declaradas como tales. En efecto, el apelativo de “necesario” descansa en la finalidad que se pretende conseguir, ello en virtud de que ella implica una toma de postura moral o política mediante la cual se juzga el orden jurídico y se lo considera digno de ser protegido o conservado, o flexibilizado hasta la medida de su conculcación.

Sin embargo Maresca introduce algunas importantes matizaciones al interpretar que no nos enfrentamos a un retorno del estado de naturaleza, sino a una restauración de la razón de Estado en todos sus términos y hasta sus más ínfimos detalles. No es un retorno al estado de naturaleza porque “la restauración de la razón de estado significa la imposición de una situación de hecho previa a la existencia de individuos en el sentido moderno de la palabra, es decir, sujetos formalmente libres y libres de asociarse o no mediante el contrato social, individuos que, convertidos en el *hombre natural* gracias a la abstracción de sus condiciones históricas, permiten formular esa hipótesis del estado de naturaleza y sentar las bases de la política legitimada desde la teoría del contrato social. Por tanto, lo que ahora se restaura es anterior y, sobre todo, ajeno a la secuencia que lleva desde la hipótesis del estado de naturaleza para sentar las bases de la política legitimada desde la teoría del contrato social.”<sup>1419</sup>

La doctrina de la razón de Estado es anterior a la del contrato social en el sentido de que para los teóricos de la razón de estado, el objetivo de la acción de gobierno es la conservación del poder, entendida como conservación del status de poder de un individuo o una familia. En suma, estamos frente a una

---

<sup>1418</sup> Ibídem, pags. 41-42.

<sup>1419</sup> Maresca, M., “*Antes de Leviatán...*”, op.cit., págs. 94-95.

representación de la política en la que no están presentes aun los individuos como portadores de una razón separada y secreta del príncipe: el *dominus*.<sup>1420</sup>

Sin embargo, tomando en consideración que, tanto el contrato social como el estado de naturaleza como instancia previa al orden, son operativas en tanto que ficciones, ambos términos cooperan como dispositivos epistemológicos que diferencian entre lo natural y lo artificial, relegando a la inapelabilidad al primero de ellos por parte del segundo. En este sentido, la razón de estado los invoca permanentemente como dos momentos en los cuales descansa su justificación. De acuerdo con Hobbes, sólo por la intermediación de la razón, podrá hacerse el pasaje del estado de guerra perpetua hacia un estado de seguridad. Por lo tanto, la distinción entre la restauración de la razón de Estado y la vuelta al estado de naturaleza, pueden converger, en clave interpretativa, en el concepto de imperio anteriormente analizado.<sup>1421</sup>

Asimismo, retomamos la definición que efectúa Meinecke de la *razón de Estado*: Razón de Estado es la máxima del obrar político, la ley motora del Estado. La razón de Estado dice al político lo que tiene que hacer, a fin de mantener al Estado sano y robusto. Y como el Estado es un organismo, cuya fuerza no se mantiene plenamente más que si le es posible desenvolverse y crecer, la razón de Estado indica también los caminos y las metas de este crecimiento. La "razón" del Estado consiste pues, en reconocerse a sí mismo y a su ambiente y en extraer de este conocimiento las máximas del obrar<sup>1422</sup> reproduciendo asimismo el concepto acuñado por el italiano Giovanni Botero quien define la Razón de Estado como "*notitia de mezi atti a fondare, conservare e ampliare un Dominio*."<sup>1423</sup>

Por ello, la falta de seguridad cognitiva, asimilable al estado de naturaleza hobbesiano según Jakobs, remite a un enemigo no identificable claramente, sino el "peligro de disolución del cuerpo político por la actuación de sus enemigos", que actúan en contra del *derecho natural* y frente a ellos reverberará el *derecho original* a hacer la guerra. Paradójicamente, los enemigos no son tanto infractores del Derecho como individuos que configuran su existencia por fuera del pacto; es por ello que, "las reacciones de la comunidad política frente a sus enemigos no persiguen el restablecimiento de la identidad social a través de la confianza en las normas del Derecho, sino que constituyen una búsqueda de la seguridad cognitiva de las personas que forman parte de la sociedad."<sup>1424</sup>

En este sentido, el adelantamiento de las barreras de intervención, como característica del derecho penal del enemigo, está estrechamente relacionado con la obtención de seguridad cognitiva, debido a que no puede saberse de antemano

---

<sup>1420</sup> Cfr. Neumann, U., "*Derecho penal del enemigo*", (trad. Gómez-Jara Díez), en Cancio Meliá, M., /Gómez Jara-Díez, C., *Derecho penal del enemigo...*, Vol.2, op.cit., pág. 397.

<sup>1421</sup> Véase *supra* la soberanía imperial 1.8 y 1.9.

<sup>1422</sup> Meinecke, F., *La idea de la razón de Estado en la Edad Moderna*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1983, pág. 3.

<sup>1423</sup> *Ibidem*.

<sup>1424</sup> Donini, M., "*El Derecho penal frente al "enemigo"*", op.cit., págs. 608 ss.

quién o quiénes permanecen en estado natural y atentarán contra la subsistencia del pacto, y por ello se habrán de construir los tipos penales de manera que puedan ser identificados “los enemigos” antes de la concreta existencia del riesgo. La distinción schmittiana es la base existencial del Estado, porque el *ius belli*, es decir, la posibilidad real de determinar el enemigo y combatirlo, es configurador de identidad y sustenta un proceso político que, en última instancia, eleva al estado de excepción a estado permanente.<sup>1425</sup> La cuestión a dilucidar consiste en si el concepto de derecho penal del enemigo institucionaliza el estado de excepción, es decir, la suspensión de los derechos fundamentales para el mantenimiento del orden.

Como acertadamente afirma Bastida Freixedo “la exigencia de fidelidad al ordenamiento que redundaba en la concepción del Derecho como una fábrica de identidad, el tratamiento del desobediente a la autoridad como un enemigo o como traidor, la estigmatización de aquellos que no participan de un “estado comunitario legal”. El enemigo, es el que pone en tela de juicio configuraciones sociales esenciales y especialmente vulnerables, por decirlo con Jakobs, es, con frecuencia, alguien que siglos atrás hubiera invocado el Derecho de resistencia.”<sup>1426</sup> Consecuentemente, la flexibilización de los principios y la desintermediación que determinan el estatuto actual de la ley penal ostentan consecuencias imprevisibles, por más que Jakobs emprenda la tarea de la no contaminación. No hay ámbito material susceptible de ser definido, justamente por la laxitud íntima del carácter de enemigo, que no es de naturaleza ontológica, sino una construcción a partir de una *invocada necesidad*,<sup>1427</sup> para llevar a cabo la flexibilización del derecho y la configuración del *universal*.

Todo lo anterior denota que no es arbitraria la selección de los filósofos que hace Jakobs,<sup>1428</sup> por el contrario, busca hacer hincapié en la autoridad como garante del derecho a la seguridad del ciudadano, y en elementos que maximicen el valor de aquélla y del orden, fundada en una concepción estática del poder, de mantenimiento del *status quo*, del carácter incólume del *dominus*<sup>1429</sup> y las necesidades invocadas para su perpetuación.

---

<sup>1425</sup> Müssig, B., “Derecho penal del enemigo: concepto y fatídico presagio. Algunas tesis”, (trad. Cancio Meliá), Cancio Meliá, M., / Gómez Jara-Díez, C., *Derecho penal del enemigo*, Vol. 2, op.cit., pág. 383.

<sup>1426</sup> Bastida Freixedo, X., “Los bárbaros en el umbral. Fundamentos filosóficos del Derecho penal del enemigo”, en Cancio Meliá, M., /Gómez Jara-Díez, C., *Derecho penal del enemigo. El discurso penal...* Vol. 1., op.cit., pág. 292; de la misma opinión Cancio Meliá, “De nuevo: ¿Derecho penal del enemigo?”, op.cit., pág. 98; Zaffaroni, E.R., *El enemigo en el Derecho penal*, op.cit., págs. 122 ss.

<sup>1427</sup> Es por ello que como sostiene Müssig no hay delitos materiales de enemigos, de modo que de esta forma carente de conceptualización en Derecho sustantivo se desprenden consecuencias jurídico-procesales inadmisibles. En un Derecho penal del enemigo la presunción de inocencia no tiene potencialidad de existir; porque éste conduce inexorablemente a la ausencia de las barreras de protección que pretenden la protección del “sospechoso”, *ibídem*, pág. 389.

<sup>1428</sup> Véase *supra* 4.3

<sup>1429</sup> Como afirma Zaffaroni, E. R., *El enemigo en el Derecho penal*, op.cit., pág. 82, “Como el mal que amenaza –la emergencia que se invoca- requiere una guerra, la necesidad de neutralizar el mal en



#### 4.8. La despersonalización

La conversión del Derecho penal en un derecho penal de autor<sup>1430</sup> opera como catalizador donde se reproducen importantes hibridaciones imperiales; en primer lugar, se confunde al enemigo con las “clases peligrosas”, en segundo, la guerra con la actuación policial y, por último, las relaciones internacionales con la política interior. Este desconcierto entre medidas policiales y represivas genera la alteración y posterior reorganización de las garantías que hacen a la esencia constitutiva del Derecho penal y, por ello, es insusceptible de ser separado en dos categorías, la *contaminación* es inherente porque permite la rearticulación de la subjetividad en la transición propugnada por los procesos globales.<sup>1431</sup>

En el presente epígrafe analizaremos, tomando como una consecuencia necesaria de la teoría normativista de Jakobs, la separación esencial que subyace al nacimiento del derecho penal del enemigo.<sup>1432</sup> Porque la *despersonalización* viene a llenar el vacío que se producía en su teoría entre las categorías de “persona” e “individuo”. De este modo, lograr salvar la categoría de persona de aquellos que, sin alejarse permanentemente del Derecho y de la sociedad no obstante, quebrantan la norma.<sup>1433</sup>

---

acto impone la eliminación de todos los obstáculos para la defensa frente al enemigo poderoso, o sea, la plena disposición del poder ilimitado por parte del *dominus*, que siempre actúa por y para el bien. Tengamos en cuenta que el *dominus* no es tal porque siempre actúa para el bien, sino que siempre actúa para el bien porque es *dominus*. Cuando ello sucede, el Derecho penal se identifica con las *medidas administrativas de coerción directa*, o sea, las que proceden cuando es necesario neutralizar un peligro en acto o inminente. En otras palabras, frente a la emergencia, pierde todo sentido la distinción entre la coerción que ejerce el policía para detener a quien intenta apuñalarnos y la que se practica luego como pena: ambas pasan a tener la misma naturaleza discursiva.”

<sup>1430</sup> El espacio del estado de excepción permite la ruptura con el carácter general de la ley, mediante la incorporación de tipos de “autor.”

<sup>1431</sup> Véase *supra* capítulo 2.

<sup>1432</sup> Dentro de una perspectiva funcional, el concepto de persona es totalmente normativizado, porque en definitiva se trata de la construcción de un espacio epistemológico a través de un método que crea el objeto mismo, prescindiendo de otros datos. Entre otros, Yacobucci, J.G., “*El dilema de la legalidad en el Derecho penal de los Derechos humanos*”, op.cit., pág. 1086; Neumann, U., “*Derecho penal del enemigo...*”, op.cit., pág. 396.

<sup>1433</sup> Abanto Vázquez, M.A., “*El llamado Derecho penal del enemigo. Especial referencia al Derecho penal económico*”, en Cancio Meliá, M., /Gómez Jara-Díez, C., (coords.), págs. 12 ss., al cuestionar cómo es posible mantener el carácter de “persona” contra quien ha puesto en cuestión la vigencia de la norma afirma que la respuesta por parte de Jakobs significó el desarrollo de la teoría del Derecho penal del enemigo, cuya pena consiste en la aplicación de medidas de seguridad hacia aquellos que no prestan las “garantías mínimas para tratarlos como personas”. Por lo tanto, el derecho penal del enemigo es inmanente a la construcción normativista de Jakobs, porque opera como el salvavidas de la aporía antes señalada.

En aras de hacer posible lo anterior, Jakobs establece una doble clasificación de personalidad, una de carácter material que actúa de conformidad con la norma, y otra de carácter formal, la de aquél que infringe la norma, pero aún así tiene la aptitud de permanecer en el Derecho.<sup>1434</sup>

Conforme la concepción de la teoría de la pena de Jakobs, la función de la misma es oponer al hecho una “contradicción”, inclinada al mantenimiento de la norma y de la supervivencia de la confianza en ella; en este sentido, es un medio de interacción simbólica, donde los efectos preventivos sólo desarrollan un papel residual,<sup>1435</sup> de modo que sólo será necesario el aseguramiento cognitivo de la norma.

Frente a esta concepción, se agrega, en los trabajos más recientes del autor, una revaloración de los elementos disuasorios, a partir de distinguir entre la función manifiesta y la confirmación de la existencia de la norma y, con ello, de la identidad de la sociedad, así como también, las funciones latentes de la profilaxis del delito mediante la influencia en la motivación de autores potenciales. Ello se cristalizará en la separación entre las dos categorías de Derecho penal, ya que el Derecho penal del ciudadano mantiene la vigencia de la norma, mientras que el derecho penal del enemigo combate peligros. Esto implica que el primero se orienta hacia el significado de la pena, en tanto que el segundo se orienta hacia efectos de aseguramiento de la pena de prisión y de la medida de seguridad, porque el Derecho penal del enemigo consiste en la lucha frente a los peligros en lugar de comunicación.<sup>1436</sup>

A partir de aquellos postulados, habría que aceptar entonces que el derecho penal del enemigo es consecuencia de la concepción sobre la función de la pena, en tanto que Jakobs le otorga a la misma una función comunicativa y rechaza la instrumentalización del autor con finalidad disuasoria. De ello se deriva la tesis de Jakobs en la existencia de límites en el derecho penal del enemigo, porque ello es necesario para mantener las reglas del Derecho penal del ciudadano.<sup>1437</sup>

El Derecho penal preventivo, en la medida que sólo siga su propia lógica, debe adelantar las barreras de intervención en aras de ser eficaz en la praxis, concomitantemente al momento en que se les deniega la calidad de ciudadanos a ciertos sujetos -previo deterioro de la posición jurídica frente a la persecución estatal-. El cambio en la función de la pena que se da en el seno del derecho penal del enemigo, parte asimismo de la despersonalización efectuada con base en los

---

<sup>1434</sup> Cfr. Neumann, U., “*Derecho penal del enemigo...*”, op.cit., págs. 396 ss.

<sup>1435</sup> Gómez Martín, V., “*Sobre la distinción entre Derecho penal del ciudadano y Derecho penal del enemigo en la concepción de Günther Jakobs*”, en Cancio Melia/Gómez Jara-Diez, Vol. 1, op.cit. pág. 1026.

<sup>1436</sup> Pastor, D., “*El Derecho penal del enemigo en el espejo del poder punitivo internacional...*”, op.cit., pág. 477.

<sup>1437</sup> *Ibidem*, pág. 479.

*ruidos* en la comunicación que, en perspectiva de Jakobs, impide la consideración del emisor del mensaje como persona.<sup>1438</sup>

Ahora bien, la condición del aseguramiento cognitivo como requisito lógico de una teoría funcionalista-sistémica, basada en el cumplimiento de las expectativas normativas, es la que configura el concepto de persona. Sin embargo, esto no alcanza para determinar por qué un individuo que no cumple con tales expectativas deberá ser tratado de forma diferente. En este sentido, como sostiene Neumann, “debe recordarse que esta fundamentación no la proporciona la constatación de que la no-persona es percibida como un peligro o como una fuente de peligros. Y ello debido a que la cuestión decisiva es en qué medida los derechos a la libertad del individuo “peligroso” ponen límites a las medidas de lucha contra el enemigo; y para ello será necesario “el empobrecimiento de los contenidos.”<sup>1439</sup>

La personalidad en Jakobs, con una fuerte carga normativa, viene definida predominantemente por las obligaciones más que por los derechos, ya que estos últimos se encuentran en un nivel de subordinación respecto del cumplimiento de las primeras. Con base en criterios funcionales queda planteado el binomio ciudadano-enemigo, esto es, que el carácter de persona quedará supeditado al previo cumplimiento de la norma. Esta consecuencia se inscribe en las concepciones contractualistas de donde se infiere que el no respeto a la norma implica el quiebre del pacto social, con la consecutiva pérdida de derechos y la vuelta al estado de naturaleza.<sup>1440</sup>

Del mismo modo que la expectativa normativa no puede sustentarse sin cierto “cimiento cognitivo”, tampoco la personalidad del individuo puede mantenerse exclusivamente sobre la base de una reacción comunicativa contrafáctica que no contenga ningún tipo de refuerzo cognitivo, “si se pretende no sólo introducir al otro en el cálculo como individuo, es decir, como ser que evalúa en función de satisfacción e insatisfacción, sino tomarlo como persona, lo que significa que se parte de su orientación con base en lo lícito y lo ilícito, entonces también esta expectativa normativa debe encontrarse cimentada, en lo

---

<sup>1438</sup> Palermo, O., “La legítima defensa: ¿Reacción contra un enemigo o protección frente a un ciudadano?”, en Cancio Melía, M., /Gómez Jara-Díez, C., (coords.), *Derecho penal del enemigo...*, op.cit., Vol. 2, pág. 438.

<sup>1439</sup> Neumann, U., op.ult.cit., pág. 407.

<sup>1440</sup> Véase *supra* 4.3. No obstante, Jakobs, G., ¿*Terroristas como personas en Derecho?*, op.cit., pág. 80, esgrime una salvedad, al referirse a la separación entre vigencia del ordenamiento y la seguridad de los bienes, ello en virtud de que estos dos elementos terminan por unirse. Lo afirma en estos términos “Una expectativa contrafáctica sólo podrá mantenerse si no amenaza seriamente la pérdida de partes significativas del bienestar: pues de lo contrario, el tratamiento del hecho injusto como injusto sólo realiza una prestación para quien tiene la expectativa si éste tiene una actitud heroica o de mártir.... Cuánto más pese un bien, más seguro habrá de estar para que no se rompa la prestación de orientación de la norma correspondiente, esta ruptura se aprecia en la transición de la orientación desde la expectativa normativa hacia una expectativa que ya (sólo) es cognitiva: se recurre a la autoprotección...”

fundamental, de manera cognitiva, y ello con tanta mayor claridad como mayor sea el peso que corresponda a las normas en cuestión.”<sup>1441</sup>

El enemigo pone en cuestionamiento todo el Derecho como tal, mediante la puesta en riesgo de la seguridad de los bienes, y no sólo de éstos, sino fundamentalmente de la identidad normativa de la sociedad.<sup>1442</sup> Según Jakobs el poder penal ha desarrollado, en la actualidad, este polo excepcional del Derecho para el terrorismo, la criminalidad económica y organizada, los delitos sexuales, la criminalidad de drogas, etc.<sup>1443</sup> La excepcionalidad del trato de estos casos supera las reglas del derecho material y se percibe notoriamente su presencia en un sinnúmero de medidas diferenciales del Derecho procesal penal.<sup>1444</sup>

Sin embargo, esta distinción no supone novedad alguna, pues ha sido el método más habitual para la reconfiguración de las sucesivas etapas por las cuales ha ido discurriendo la soberanía.<sup>1445</sup> Claro está que lo sorprendente no es, por tanto, la existencia de esa legislación y la constante anulación de garantías para los afectados por ella, sino la aparición de sustento doctrinal que avala la necesidad de un derecho garantístico para personas, y otro, privado de garantías, para las no personas.<sup>1446</sup> Porque según afirma Jakobs, “En la medida en que se lo prive de derechos, no es tratado -por definición- como persona en derecho. Este es el núcleo de mis consideraciones: si se elimina este núcleo, mi tesis se derrumba; si se mantiene, todo lo demás sólo afecta a cuestiones de detalle, no al principio.”<sup>1447</sup> De esta manera, la exclusión del ámbito del derecho imputada al propio “delincuente” no habilita la apelación por parte de un Estado de Derecho

---

<sup>1441</sup> Jakobs, G., *Derecho penal del enemigo*, op.cit., pág. 38.

<sup>1442</sup> Silva Sánchez, J.M., *La expansión...*, op.cit. 165. Porque de acuerdo a lo señalado por Cancio Meliá, M., /Feijóo Sánchez, B., *¿Prevenir riesgos...?*, op.cit., pág. 48, “(...) a partir de esa identificación entre orden social y orden normativo se identifica lesión de la identidad de la sociedad con quebrantamiento de la norma.”

<sup>1443</sup> Jakobs, G., *Derecho penal del enemigo*, op.cit. págs. 29-39.

<sup>1444</sup> Entre otros, Aponte, A., “*Derecho penal del enemigo vs. Derecho penal del ciudadano. Günther Jakobs y los abatares de un Derecho penal de la enemistad*”, op.cit. págs. 188 ss.; del mismo “*Derecho penal del enemigo en Colombia: entre la paz y la guerra*”, op.cit., pág. 219; Terradillos Basoco, J.M., “*Una convivencia cómplice...*”, op.cit., pág. 1029; Zaffaroni, E.R., *Crimen organizado y globalización*, 2007, disponible en [www.cienciaspenales.net](http://www.cienciaspenales.net); de acuerdo con el autor, el Derecho penal antiliberal se caracteriza, en lo sustantivo, por la violación de los principios de legalidad y lesividad, por la multiplicación de los verbos típicos, por la asimilación entre autoría y participación, etc.; y en el ámbito procesal se caracteriza por la introducción de elementos inquisitivos, como el premio al delator, la habilitación al espía, la figura del agente provocador, los jueces anónimos, etc.

<sup>1445</sup> Prieto Navarro, E., “*Excepción y normalidad como categorías de lo político*”, op.cit., pág. 132.

<sup>1446</sup> Portilla Contreras, G., “*La legitimación doctrinal de la dicotomía schmittiana en el Derecho penal y procesal penal del “enemigo”*”, en Cancio Meliá, M./Gómez Jara-Díez, C., *Derecho penal del enemigo...* op.cit., Vol. 2, pág. 658.

<sup>1447</sup> Jakobs, G., “*¿Derecho penal del enemigo?...*”, op.cit., pág. 106.

a un Estado de excepción como producto de la escisión del ordenamiento jurídico en una pléyade de obscuridades normativas en contra del Estado de Derecho.<sup>1448</sup>

De allí emerge la bifurcación en dos derechos penales: uno para los súbditos, a los que se les aplican penas establecidas legalmente -castigo contractual- y otro para los enemigos, es decir, quienes habiendo actuado con anterioridad como súbditos, se rebelan contra el poder y, por tanto, estarán a merced de la voluntad *decisoria* del soberano.<sup>1449</sup>

En efecto, a pesar de los esfuerzos que hace Jakobs por ofrecer una delimitación entre los dos derechos retomando definiciones de filósofos como Kant o Hobbes.<sup>1450</sup> Por ello consideramos que es la teoría de la excepción y el binomio schmittiano, además del estructural funcionalismo de Luhmann, lo que define el propósito de Jakobs,<sup>1451</sup> “la auténtica base de su construcción.”<sup>1452</sup>

---

<sup>1448</sup> Jakobs, G., *Derecho penal del enemigo*, op.cit., pág. 32. En el contexto de la guerra de todos contra todos, el miedo y la inseguridad sólo pueden conjurarse en tanto sometimiento de la libertad de cada uno para la configuración del poder soberano, para proveer seguridad y orden. De allí que Hobbes sostenga que no es suficiente la firma del pacto para garantizar la seguridad, sino que es necesaria la presencia de un poder común en virtud del cual los individuos particulares sean gobernados por miedo al castigo. Agamben, por su parte, sostiene que el fundamento del poder soberano en Hobbes no debe buscarse en la libre cesión por parte de los súbditos de su Derecho natural, sino más bien en la conservación, por parte del soberano, de su Derecho natural de hacer cualquier cosa a cualquiera, que se presenta ahora como un Derecho de castigar. Porque si el poder del Estado reside en garantizar la seguridad recíproca de los Derechos de todos ante todos, entonces el delito excluye al sujeto de la protección del Estado. De allí el devenir “cosa” del condenado, sin Derecho a nada. Ese silogismo implica que la ejecución no ostente carácter de castigo, sino de medida de seguridad del ámbito policial.

<sup>1449</sup> Véase *supra* capítulo 2.4; 2.5.

<sup>1450</sup> Aunque asuma, igual a como lo hiciera Carl Schmitt, la importancia del fundamento de sus desarrollos en la obra de Hobbes; véase Schmitt, C., *El leviathan en la teoría del...*, op.cit., *passim*. Asimismo, el discurso jakobsiano persigue afinar sus bases en el ideal universalista kantiano. La idea central de Kant se encuentra en la instauración de una Constitución civil, por medio de la cual se garantiza la salida del estado de naturaleza. No obstante, es dable señalar que Kant introduce el binomio categórico justo-injusto para referirse al enemigo. De allí que el enemigo injusto sea aquel cuya voluntad manifestada públicamente es evidencia de una máxima según la cual no sería posible un estado de paz entre los pueblos, sino que habría de eternizarse el estado de naturaleza. Se retrocede desde una interpretación jurídica del concepto de *iustus hostis* a un concepto casi teleológico de enemigo, hasta el punto de que resulta imposible distinguir entre enemigo y criminal entre el enemigo con Derecho y el enemigo sin Derechos.

<sup>1451</sup> Es posible –además– que el concepto de enemigo contradiga lógicamente una de las principales premisas de las que parte la construcción normativista de Jakobs, aquella según la cual la persona no sería sino un constructo social. En efecto, si desde el criterio epistemológico social comunicativo adoptado por Jakobs, lo que importa en la persona no es su dimensión empírico-subjetiva, esto es, lo que piensa o desea o su actitud interna que muestra ante lo que le rodea, sino el significado de lo que comunica a la sociedad mediante sus actos, ¿cómo se explica entonces que el autor exija como una cualidad del enemigo que el individuo muestre una especial perversidad subjetiva, acreditada en una particular peligrosidad futura y en una actitud de desobediencia ante la norma? El modo más razonable de resolver esta contradicción pasaría por entender que Jakobs concibe no sólo a la persona, sino también a la no persona como un constructo social. En el caso del enemigo, se trataría de un constructo social que el sistema

Se verifica, en la definición de Schmitt, que el soberano estatal se convierte en el portador de la nueva ordenación del espacio dentro de su territorio cerrado y delimitado, y tiene la posibilidad de superar la guerra civil por medio de la *decisión soberana*. La semántica propuesta por Jakobs muestra similitudes con Schmitt de forma reiterada a lo largo de su obra, al ubicar severamente la lucha contra el enemigo fuera de la constitución civil, en el estado de naturaleza. Por ello en el paradigma del enemigo la lucha debe ubicarse fuera del marco constitucional; en esos casos no puede afirmarse que exista un estado real de vigencia del Derecho, sino tan sólo un postulado de realización, ya que donde rige el estado de naturaleza no hay reglas.<sup>1453</sup>

Schmitt, siguiendo el sendero hobbesiano, le atribuye al Estado la tarea de procurar la paz, la seguridad, el orden, generando así una situación de normalidad que “constituye el presupuesto necesario para que las normas jurídicas puedan tener vigencia, ya que toda norma presupone una situación normal y ninguna norma puede tener vigencia en una situación totalmente anómala por referencia a ella”.<sup>1454</sup> De allí que sea connatural al Estado la definición del enemigo interior, y que sea “el protector el que determine quién es el enemigo, sobre la base del nexa externo de protección y obediencia.”<sup>1455</sup>

---

jurídico habría creado con el objetivo de dotar a la sociedad y a los ciudadanos de una identidad cohesionadora. Esta nueva construcción social se habría llevado a cabo de un modo esencialmente arbitrario, a juzgar por la disparidad existente entre los distintos grupos de delitos de enemigo enunciados por Jakobs.

<sup>1452</sup> Aponte, A., “Derecho penal del enemigo vs. Derecho penal del ciudadano”, op.cit., nota 1, pág. 163. En el marco de la discusión sobre el Derecho penal del enemigo, también se polemiza respecto de la fidelidad de Jakobs a la sociología de Luhmann. De acuerdo con Portilla Contreras, G., “La legitimación doctrinal de la dicotomía...”, op.cit., pág. 668, “hay que reconocer finalmente la dificultad que entraña elaborar una crítica a la tesis sistémica en general y al neofuncionalismo penal en particular. La causa de tal dificultad reside en que al reproche se le refutará que son cuestiones que no se deciden en el ámbito del subsistema Derecho penal sino en el terreno del subsistema político”, concluyendo, no obstante, que “es precisamente aquí donde radica el germen de la destrucción de la propia teoría sistémica. Ese discurso no puede contener la imparable marcha de otros tipos alternativos de racionalidad, basados en el sujeto como titular de todos los Derechos, que se enfrentan formalmente con las prácticas ideológicas mercantilistas”. La segunda consideración es que da la impresión de que el núcleo de la discusión se sitúa, en última instancia, en el rol que cada una de las partes atribuye al científico jurídico-penal.

<sup>1453</sup> Cfr. Reyes Alvarado, Y., “Normativismo y Derecho penal del enemigo”, en Cancio Meliá, M., /Gómez Jara-Díez, C., (coord.), *Derecho penal del enemigo...*, op.cit., Vol. 2, pág. 806; para Jakobs, en el concepto mismo de guerra se inserta el Derecho penal del enemigo, debido a que el carácter limitado o total de aquella dependerá de cuánto se tema al enemigo. En aquellas hipótesis lo que está en discusión es más la legitimidad que la vigencia de la norma. Ello deriva del fracaso de soluciones políticas y económicas a la desactivación del conflicto que abren paso a una expectativa eternamente contrafáctica; frente a lo cual resulta preferible admitir su existencia y someterlo a las reglas propias del Derecho de gentes que intentar controlarlo a través de las disposiciones legales que conforman el Derecho penal mediante la creación de una categoría que, como la del Derecho penal del enemigo, desnaturaliza tanto la guerra como el Derecho penal.

<sup>1454</sup> Schmitt, C., *El concepto de lo político*, op.cit., pág. 75.

<sup>1455</sup> *Ibidem*, pág. 81.

La tarea que pretende Jakobs es trazar la frontera que divide dos estructuras jurídicas que conviven simultáneamente y se imbrican, en virtud de otorgarle la venia al legislador que es quien *decide* la transformación de un Derecho de aseguramiento en ordenamiento penal,<sup>1456</sup> cuestión sobre la cual él no hará apreciaciones, sólo descripciones.<sup>1457</sup>

Jakobs propugna, siguiendo a Luhmann, la elaboración de la definición de persona. Ésta exige acudir a ciertos conceptos sociales, como el de competencia, o el de norma como expectativa social institucionalizada. En su libro *Sociedad, Norma y Persona*, establece que en una sociedad como la actual, el anonimato sólo permite que conozcamos a una persona por lo que hace, con base en ello la única forma de organizarse racionalmente que la sociedad tiene a su disposición es mediante la confección de *standars* o roles como un barómetro objetivo, ya que de lo contrario la sociedad no sabría qué esperar de los demás. Esta confusión entre individuo y sociedad, agravado en este caso en virtud de que es el Estado el que destina o niega el carácter de persona, conlleva la adscripción a ciertos sujetos de la incapacidad de producir comunicaciones relevantes con sentido social o para comunicarse de tal modo que sea posible elaborar con respecto a su comportamiento expectativas normativas.<sup>1458</sup>

---

<sup>1456</sup> Jakobs, G., *¿Derecho penal del enemigo..?*, op. cit., pág. 109.

<sup>1457</sup> En este sentido expresan Cancio Meliá, M./Feijóo Sánchez, B., “*¿Prevenir riesgos....?*”, op.cit., pág. 46, “En definitiva que la posición de observador que pretende sólo describir es epistemológicamente imposible y en el transfondo de su teoría existirían una serie de decisiones valorativas cuyo problema es que no son expuestas y sometidas a discusión.” Véase Jakobs, G., *El Derecho penal como disciplina científica*, (trad. Van Weezel), Civitas, Madrid, 2007, en especial, págs. 106 ss.

<sup>1458</sup> Cfr. Garcia Amado, J.A., “*El obediente, el enemigo, el Derecho penal y Jakobs*”, en Cancio Meliá, M., /Gómez Jara-Díez, C., (coord.), *Derecho penal del enemigo*, Vol. 1, op.cit., págs. 895 ss. Asimismo véase *infra* 5.2. Sobre este punto, es decir, si éstos son los antecedentes de la pretendida distinción de dos modelos de Derecho penal, el nudo se encuentra en una reinterpretación de la teoría de Luhmann quien acuña un concepto de persona que se funda en la comunicación social y no en la mera individualidad. Así las cosas, mediante el deslindamiento de los sistemas psíquicos del concepto de persona, cuando el concepto aparece unido al problema de los sistemas sociales -en los que se condiciona la realización de los partícipes como personas a la correspondencia de los demás respecto de cada uno de ellos-, produce que su concepción se acerque a la ficción kelseniana de un sistema circularmente justificado. Si hay una “persona”, también habrá no-personas. Asimismo, el sociólogo funcionalista adjudica la libertad e igualdad al contrato social, las diferencias se originan a partir del uso de la libertad de los concretos sistemas parciales y particularmente de la idea de organización formal. Las expectativas dirigidas hacia las personas se basan, ante todo, en el contraste entre pasado y futuro, centrado en la biografía. Ello genera que no todos puedan ser partícipes de modo integral en los sistemas, puesto que dependerá de las formas de organización que adquiera la comunicación. De este modo, se pauta una separación entre la igualdad formal en el ámbito del sistema parcial y la desigualdad real en el espacio de organización formal. La exclusión del individuo como persona puede acontecer, bien por la exclusión del sistema formal o, bien por la autoexclusión del contrato social que impide la participación en el sistema parcial.

En efecto, el delito del ciudadano consiste en la puesta en cuestión de la norma que se subsana con la aplicación de la pena de carácter contrafáctico.<sup>1459</sup> Pero, en todo caso, es previa la asignación – en función de la obediencia- del carácter de persona, calificándose los hechos como normales (dentro de la norma que lleva implícito su incumplimiento). El autor, a pesar de su hecho ofrece garantías que se conducirá como ciudadano, es decir “como persona que actúa en fidelidad al ordenamiento jurídico.”<sup>1460</sup>

Por el contrario, aquellos que por su forma de vida pueda predicarse que se han alejado temporal o definitivamente del Derecho son considerados enemigos debido a que ya no cumplen con el requerimiento de prestar la seguridad de realizar comportamientos “personales”. El contenido de esta condición de permanencia de la personalidad proviene de la necesidad de colmar al vacío, en palabras de Jakobs, en última instancia el “gran desafío del presente, el dominio del sistema económico y, como consecuencia de ello, la internacionalización de todas las instituciones, va a imponer de todas formas un nuevo orden.”<sup>1461</sup>

En consecuencia, los *riesgos concretos* que darán sustento a las regulaciones específicas del derecho penal del enemigo son la habitualidad y profesionalidad de sus actividades, entendidas como la puesta en cuestión de la legitimidad del ordenamiento jurídico. Estos individuos persiguen la destrucción del ordenamiento y, en virtud de ello, representan especial peligrosidad para el orden, dado que su comportamiento ya no es *calculable* en función de las expectativas normativas vigentes en la sociedad. Aparece entonces el individuo interpretado cognitivamente y no ya normativamente.<sup>1462</sup>

Aquello daría lugar a la aparición del individuo peligroso, el enemigo,<sup>1463</sup> puesto que la existencia de enemigos en el sentido descrito es real y que el orden jurídico se encuentra seriamente puesto en juego, no resultan suficientes los medios del Derecho penal ordinario ni los medios policiales, y de allí la necesidad de configurar un derecho penal del enemigo, diferenciado en sus principios y reglas.<sup>1464</sup> Dejando a un lado cuestiones valorativas, se resuelve que la legitimidad y legitimación que tendría tal ordenamiento o el que el derecho penal del enemigo defiende, encuentra fundamento en lo “común” originario del Estado.

---

<sup>1459</sup> Cancio Meliá, M., /Feijóo Sánchez, B., “¿Prevenir riesgos...?”, op.cit., págs. 31-34.

<sup>1460</sup> Entre otras obras de Jakobs, G., véase “¿Terroristas como personas en Derecho?”, op.cit., págs. 80-81.

<sup>1461</sup> Jakobs, G., “La autocomprensión de la ciencia del Derecho penal ante los desafíos del presente”, op.cit., pág. 52.

<sup>1462</sup> Jakobs, G., ¿Terroristas...”, op.cit., pág. 82.

<sup>1463</sup> Jakobs, G., Derecho penal del enemigo, op.cit., pág. 14; del mismo “¿Terroristas como...?”, op.cit., pág. 81; La pena estatal..., op.cit., pág. 164.

<sup>1464</sup> Jakobs, G., “La autocomprensión de la...”, op.cit., pág. 53.



Así las cosas, no se trata del castigo de acciones que lesionan bienes jurídicos, como en el caso del Derecho penal ordinario, sino de la producción, en el entorno, de condiciones soportables por medio de las cuales sean eliminados todos aquellos que no ofrecen la garantía cognitiva mínima necesaria para poder ser tratados como personas, con la finalidad que el *sistema se legitime una vez más sin heteroreferencias de principios o valores*. A fin de cuentas, se trata de la regulación jurídica de la exclusión, de una guerra cuyo alcance depende del nivel de temor que se tiene, “pura reacción defensiva de hecho frente a sujetos excluidos.”<sup>1465</sup>

Por su parte, Schünemann critica la deriva teórica de Jakobs cuando retoma los filósofos contractualistas.<sup>1466</sup> Sin embargo el “desacierto decisivo” lo sitúa en establecer la distinción entre los dos “Derechos penales” en la función de cada uno de ellos, de modo que el del ciudadano custodiaría el mantenimiento de la norma, mientras que el reservado para los enemigos sólo combatiría peligros.<sup>1467</sup>

Los argumentos de Jakobs otorgan racionalidad al llevar a cabo la despersonalización jurídica, debido a que la reacción contra el enemigo depende de lo que se tema de él. En este sentido, la amenaza deberá ser aumentada, puesto que bajo esta categoría diferenciada se fundamenta el reconocimiento que se le otorga al enemigo de poner en peligro la vigencia de la norma, donde la división entre peligro real o meramente postulado desaparece.<sup>1468</sup>

Desde criterios funcional-sistémicos bajo los cuales tanto delito como pena ostentan un sentido *simbólico-comunicativo*, el primero de ellos se dispone como la expresión de una configuración contraria a la vigencia de la norma y la pena será impuesta en aras de mantener las expectativas defraudadas. Desde esta perspectiva *se entrelazan la expresión de sentido que cumple la pena con el reconocimiento de la competencia comunicativa del sujeto*, que devendrá persona, porque ésta quedará configurada en tanto reproductora del consenso.

A partir de la relevancia otorgada a la amenaza, propuesta como criterio orientador de las estrategias político-punitivas, se desestructura la relación entre los propios ciudadanos, porque “en este esquema el ciudadano es concebido como un menor de edad, él mismo no puede diferenciar lo que es bueno o malo para él o para otros; de esa diferenciación lo desea preservar el Estado mediante

---

<sup>1465</sup> Silva Sánchez, J.M., *La expansión del Derecho penal...*, op.cit., pág. 166.

<sup>1466</sup> Schünemann, B., “*¿Derecho penal del enemigo? Crítica a las insoportables tendencias erosivas en la realidad de la administración de justicia penal y de su insoportable desatención teórica*” (trad. Gómez Jara-Díez), en Cancio Meliá, M., /Gómez Jara-Díez, C., *Derecho penal del enemigo.....*, Vol. 2, op.cit., págs. 977-981.

<sup>1467</sup> Cfr. Cancio Meliá, M., /Feijóo Sánchez, B., “*¿Prevenir riesgos....?*”, op.cit., pág. 41.

<sup>1468</sup> Prittwitz, C., “*Derecho penal del enemigo...*”, op.cit., pág. 116.

la amenaza de castigo frente a otros –los enemigos.”<sup>1469</sup> Si la sociedad se entiende como un sistema de normas, lo que se deduce es una concepción de un Estado en el que los deberes de los individuos prevalecerán sobre sus Derechos.<sup>1470</sup> El deber de obediencia es el que le otorgaría la condición de sujeto de Derecho. De allí que, en el sistema jakobsiano, el Estado importa en tanto que pueda mantener el orden y pueda garantizar la seguridad compeliendo a la obediencia. En ese punto, considerado axial y desde el cual partiremos para el análisis de este concepto, el sector del ordenamiento denominado derecho penal del enemigo ha encontrado rechazo doctrinal tanto como discurso teórico dogmático, como al planteamiento político criminal.

Lo fundamental radica en la distinción de la que parte el derecho penal del enemigo entre el ser humano como concepto prejurídico y la persona como constructo normativo de la imputación jurídico-penal. Sólo cuando se construye “normativamente” a la persona como destinataria de las normas penales, más concretamente, cuando la aplicación de un Derecho penal del ciudadano se hace derivar de la atribución previa de esta característica, a la no-persona sólo le resta la aplicación de un derecho penal del enemigo. A partir de la crítica al normativismo,<sup>1471</sup> desaparece la distinción básica sobre la que Jakobs funda la distinción entre Derecho penal del ciudadano y del enemigo.

Siempre resulta más fácil preconizar respuestas excepcionales, entendiendo por tales las que suponen un recorte sustancial del sistema de garantías penales, si se las disfraza de solución transitoria para hacer frente a fenómenos estructurales. Cuando los medios propuestos como excepcionales han echado sus raíces en la práctica, han de surgir centros de poder que no están

---

<sup>1469</sup> Albrecht, P.A., “Das Strafrecht auf dem Weg vom liberalen Rechtsstaat zum sozialen Interventionsstaat” en *KritV*, cuaderno 3/1988, págs. 182-209, citado por Aponte, A. “Derecho penal del enemigo vs. Derecho penal del ciudadano”, op.cit., pág. 169.

<sup>1470</sup> Se puede entender, a *contrario sensu*, que el enemigo deviene tal en función de que sus comunicaciones son relevantes, mucho más que las del ciudadano. Es decir, el enemigo con sus actos o actitud infiel produce una comunicación de mucha mayor entidad en comparación con el ciudadano que “se equivocó”. El infiel produce un espacio simbólico que muestra la inoperancia de la eficacia que sostiene el sistema. El papel residual de la intervención estatal en el mercado, la flexibilización de los Derechos, la pérdida del valor del trabajo, etc, como fenómenos actuales, cuya legitimidad descansa en criterios de eficacia y de eficiencia, dan lugar al Derecho penal del enemigo. Este último es la evidencia incontestable de la falla del sistema. La grieta fundante del papel del Derecho en los procesos de transición globales. Por su propia naturaleza el Derecho resulta simbólico, ya no ordena, ya no puede regular relaciones entre partes, porque se trata de una obediente adhesión, no de acuerdos, ni de contemporización de intereses; la templanza del ejercicio democrático ha devenido en la unilateralidad de la razón de estado. Cfr. Piña Rochefort, J.I., “La construcción del “enemigo y la reconfiguración de la “persona”. Aspectos del proceso de formación de una estructura social”, en Cancio Meliá, M., /Gómez Jara-Díez, C., (coord.), *Derecho penal del enemigo...*, Vol. 2, op.cit., pág. 589.

<sup>1471</sup> Cfr. Moreno Hernández, M., “Ontologismo o norativismo como base de la dogmática penal y de la política criminal” en AA.VV., *Modernas tendencias en la ciencia del Derecho penal y en la Criminología*, op.cit., pássim.

dispuestos a dejar de serlo y se instala definitivamente una cultura policíaca. El Derecho penal del enemigo, hereda elementos de la emergencia y les da confesadamente carácter permanente.<sup>1472</sup> Porque como afirma Schünemann el diseño de normas especiales y por tanto el atentado contra el carácter general de la ley es una consecuencia de los intentos de fundar un nuevo sujeto obediente frente al vacío.<sup>1473</sup>

Por lo expuesto, cuando recae la evaluación sobre la aplicación de la pena en la declaración de invalidez comunicativa del “otro”, asistimos a la consolidación paulatina de la “guerra preventiva”<sup>1474</sup> como el paradigma orientador de la política criminal.<sup>1475 /1476</sup>

#### 4.9. Ineficacia normativa e infidelidad

En la primera exposición sobre el Derecho penal del enemigo en 1985 Jakobs no hace referencia a la guerra,<sup>1477</sup> sino que alude a una tendencia registrada en la legislación de adelantamiento de la punición del estadio previo a la lesión que, en cuanto tal, desconoce el status de ciudadano por atentar contra esferas de libertad. La función que cumplía en origen el concepto era ofrecer una explicación dogmática de determinados tipos de la parte especial, con la dureza punitiva que los caracteriza, en los cuales el adelantamiento no supone una disminución de la pena. No obstante ser ambiguo en su denominación, era factible en ese momento que el concepto sirviera como parámetro político

---

<sup>1472</sup> Terradillos Basoco, J.M., “Una connivencia cómplice...”, op.cit., pág. 1015; Zaffaroni, E.R., “La legitimación del...”, op.cit., pág. 1225.

<sup>1473</sup> Schünemann, B., “¿Derecho penal del enemigo? Crítica a las insostenibles tendencias...”, op.cit., pág. 983.

<sup>1474</sup> Badiou, A., *Filosofía del presente*, (trad. Falcón), Libros del Zorzal, Buenos Aires, 2005, págs. 23-24, afirma “En efecto, a partir del momento en que vivimos indistintamente la guerra de las democracias contra el terrorismo islámico, o incluso, simplemente, en la guerra del Bien (democrático) contra el Mal (dictatorial), las operaciones de la guerra, las expediciones, los bombardeos, tiene tanta necesidad de ser solemnemente anunciados como un allanamiento policial en casa de unos malvivientes. De todos modos, asesinar jefes de Estado, a sus mujeres, a sus hijos y nietos, o ponerle un precio a su cabeza como en un western ya no sorprende a nadie. Así, poco a poco, se va instaurando la *continuidad* de la guerra, cuya declaración, en el pasado, manifestaba por el contrario que era el presente de una discontinuidad. Ahora, esta continuidad impide distinguir la guerra de la paz... entendamos esto: la paz estadounidense y “occidental”, la *pazguerra* democrática, cuyo contenido pleno es la seguridad del confort de los antedichos “demócratas” contra la agresividad bárbara de los pobres.”

<sup>1475</sup> Bergalli, R., /Rivera Beiras, I., *Política Criminal de la guerra*, Introducción, op.cit., pág. 12.

<sup>1476</sup> Cfr. Portilla Contreras, G., “La legitimación doctrinal de la dicotomía schmittiana...”, op.cit., pág. 670.

<sup>1477</sup> Jakobs, G., “Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico”, en Jakobs, G., *Estudios Penales*, (trad. Peñaranda Ramos), Civitas, Madrid, 1997, págs. 237 ss.; del mismo *Derecho penal del enemigo...*, op.cit., pág. 48.

criminal de deslegitimación.<sup>1478</sup> En aras de fijar límites materiales a las “*criminalizaciones en el estadio previo*” a la lesión de un bien jurídico, Jakobs afirmaba que sólo un comportamiento que va más allá de la esfera privada puede ser relevante para el Derecho penal. En virtud del principio *cogitationis poenam nemo patitur*, sólo serán legítimas aquellas conminaciones que respeten la esfera privada del ciudadano. Así sólo podrá considerarse un comportamiento que perturbe objetivamente, de modo que produzca un resultado exterior, porque el dato subjetivo no puede fundamentar la punición.<sup>1479</sup>

En una segunda fase,<sup>1480</sup> el derecho penal del enemigo alcanza una nueva dimensión, y se convertirá en el elemento estructural de la teoría del Derecho penal y de la pena de Jakobs. La evolución de su pensamiento, esta vez focalizada en el intento de distinción entre la categoría de ciudadano y otra de enemigo, pasa a ser una perspectiva compuesta por elementos legitimantes. Ello porque el autor ofrece un concepto de enemigo claramente deducible de su teoría funcional de la pena, a partir de lo cual llegará a afirmar que determinados sujetos deberán ser tratados como no personas.

Mediante la introducción de perspectivas inocuidadoras o de prevención individualizada, habrá que separarse de quien no admite ser incluido en una constitución civil. En este esquema analítico termina asignándole a la pena funciones de seguridad cognitiva,<sup>1481</sup> y por lo tanto, habilita la introducción de elementos propios de un estado totalitario en el Estado de Derecho.<sup>1482</sup>

Desde este punto de partida, el delincuente sólo puede ser tratado como persona y no como objeto de riesgo en la medida en que pueda garantizar su fidelidad en el futuro. Ello es una derivación de su concepto de persona que, sobre todo a partir de 1995,<sup>1483</sup> ha intentado resolver. No obstante, no se ha

---

<sup>1478</sup> Muchos autores señalan el cambio de la deriva teórica de Jakobs, situándola en la diferencia que va formulando el autor a medida del avance de sus escritos a partir del año 1985, fecha en la cual incorpora en la doctrina su neologismo y luego en 1999 y 2003 y en sus últimos escritos en donde puede leerse una postura que legitimaría en última instancia el abuso por parte del Estado al recurso del *ius puniendi*, ello por entender que los límites y facultades estarán marcadas por el temor que se tenga hacia el enemigo.

<sup>1479</sup> Véase, entre otros, Greco, L., “*Acerca del llamado Derecho penal del enemigo*”, en Cancio Meliá, M., /Gómez Jara-Díez, C., (coords.), *Derecho penal del enemigo...*, Vol.1., op.cit., pág. 1084.

<sup>1480</sup> Prittwitz, C., “*Derecho penal del enemigo...*”, op.cit., pág. 111, señala el cambio de postura de Jakobs en su intervención de 1985 que empleó la definición de manera peyorativa para estigmatizar la tendencia antiliberal y bélica que, en 1999, legitimaría.

<sup>1481</sup> Jakobs, G., *La pena estatal...*, op.cit., pág. 174.

<sup>1482</sup> Entre otros, Feijóo Sanchez, B., “*El Derecho penal del enemigo y el estado democrático de Derecho*”, op.cit., pág. 809.

<sup>1483</sup> Nos referimos a la obra de Jakobs, G., *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional*, (trad. Cancio Meliá/Feijóo Sánchez), Civitas, Madrid, 1996. La teoría funcional de Jakobs ya no se estructura solamente a partir de dos elementos esenciales, -los conceptos de sociedad y de norma- sino también el concepto de persona como término fundamental, porque lo que importa, desde la perspectiva dogmática, no es el *homo phaenomenon*, sino también como persona

limitado a otorgar mayor contenido al concepto de carácter normativo que se ha tornado una parte esencial de su construcción sistemática. Es por ello que “(s)us más recientes trabajos sobre la distinción entre el Derecho penal de enemigos y el de ciudadanos no son más que una concreción de su reelaboración en clave funcional del concepto de persona, y de la idea de que el sujeto de imputación jurídico-penal destinatario de las normas no es un ente natural o psicofísico, sino una persona configurada socialmente.”<sup>1484</sup>

La construcción dogmática del Derecho penal del enemigo revela un mayor énfasis en su idea central de fidelidad al Derecho, que ha mantenido inamovible en el tiempo.<sup>1485</sup> En este sentido, el concepto de ciudadano quedará definido por el cumplimiento de deberes, es decir, que a través de la fidelidad al ordenamiento jurídico quedan constituidas las personas, lo cual deriva en que será “asunto particular del ciudadano el preocuparse de adquirir suficiente fidelidad al Derecho.”<sup>1486</sup>

En 2003 llega a afirmar que “cuando un esquema normativo, por muy justificado que esté, no dirige las conductas de las personas, carece de realidad social...idéntica a la situación del Derecho en sí mismo es la de las instituciones que crea y, especialmente, la de la persona: si ya no existe la expectativa seria, que tiene efectos permanentes de dirección de la conducta, de un comportamiento personal –determinado por Derechos y deberes- la persona degenera hasta convertirse en un mero postulado, y en su lugar aparece el individuo interpretado cognitivamente.”<sup>1487</sup> Ello significa, para el caso de conducta cognitiva, la aparición del individuo peligroso, el enemigo.

Pero subyace a tal analogía un paralelismo posiblemente injustificado entre lo que es una propiedad de las normas o instituciones del sistema y lo que

---

jurídica, es decir como construcción social, donde es el orden normativo el que atribuye y reconoce tal personalidad.

<sup>1484</sup> Feijóo Sánchez, B., op.ult. cit., págs. 810-811, cuando entiende que la raíz de la cuestión del Derecho penal del enemigo se encuentra en la definición de la persona como individuo fiel al Derecho, desarrolla este mismo argumento Gracia Martín, L., “Sobre la negación de la condición de persona como paradigma del Derecho penal del enemigo”, op.cit., en especial págs. 1060-1065.

<sup>1485</sup> Feijóo Sánchez, B., op.ult.cit, pág. 812; del mismo y Cancio Meliá, en Estudio preliminar *La pena estatal...*, op.cit., pág. 21.

<sup>1486</sup> Jakobs, G., *Sociedad, norma y persona*, op.cit., pág. 65.

<sup>1487</sup> Como afirman Cancio Meliá, M., /Feijóo Sánchez, B “¿Prevenir riesgos...?”, op.cit., pág. 51, “Jakobs, coherente con su particular punto de partida, había omitido en los años noventa un tratamiento de la cuestión de cuál es el sentido que tiene para los ciudadanos (personas en Derecho y no individuos que se rigen por un código de satisfacción/insatisfacción)el que el sistema castigue y que castigue más o menos. Por ello no le resultaba posible tratar de forma satisfactoria algunas cuestiones como, por el ejemplo, el desarrollo de criterios para una teoría de la determinación de la pena o la necesidad de que la pena suponga dolor o sufrimiento. De hecho, en su tercera y –hasta ahora- última fase evolutiva ha tenido que volver a tratar el tema del acoplamiento psicológico entre la pena y los ciudadanos y “recognitivizar” de forma creciente su teoría”. Ésta queda configurada como una teoría mixta en la que se fusionan elementos normativos con otros de carácter cognitivo, y resurgen orientaciones inocuizadoras.

es una característica de los sujetos. Se está equiparando la ineficacia normativa con la desobediencia subjetiva.<sup>1488</sup> Y aquí reside la cuestión que le permitirá *establecer el espacio de exclusión de la ciudadanía para ciertos sujetos* con su comprensión moderna de soberanía y de poder punitivo. Ello permite hablar de una transposición del *thánatos* hobbesiano que queda plasmada en la configuración jurídica del sujeto dependiente de fidelidad: persona será el individuo obediente. “La persona sería la suma de dos elementos: uno normativo, consistente en ser centro de imputación de obligaciones por parte del sistema jurídico y otro empírico-subjetivo, cual es una determinada actitud frente a tales obligaciones jurídicas imputadas.”<sup>1489</sup>

En este sentido, para Jakobs la personalidad es irreal como construcción exclusivamente normativa. Sólo será *real* cuando las expectativas que se dirigen a una persona también se cumplan en lo esencial.<sup>1490</sup> Ciertamente una persona también puede ser construida contrafácticamente como tal, pero precisamente no de modo permanente o siquiera preponderante. Quien no presta una seguridad cognitiva suficiente de un comportamiento personal, no sólo no puede esperar ser tratado aún como persona, sino que el Estado no debe tratarlo como tal.

Es aquí donde se puede detectar una grieta en el salto lógico que propone el autor, porque incurriendo en este aspecto en un cierto naturalismo al momento de la constatación de una actitud infiel, deduce una conclusión normativa: el que él define como enemigo ya no puede ser tratado como persona, o más bien, debe ser tratado de una manera que resulta intolerable para cualquier persona; un dato fáctico desnudo da lugar a una determinada decisión normativa, cual es la de establecer una sutura fundamental para hacer posible la aplicación de la norma, creando un espacio de indeterminación de la misma, que denominará “derecho penal del enemigo”. Ello descarta que la neutralidad sea factible; parte de una valoración político-criminal que no concuerda con el ordenamiento que Jakobs propone poner a salvo de las actitudes infieles.

Como corolario, Feijóo Sánchez expresa, en los siguientes términos que, “la existencia de enemigos no tiene por qué generar necesariamente una consecuencia normativa como la que afirma Jakobs....el sistema jurídico puede reaccionar como dice Jakobs, pero no tiene por qué ser necesariamente así.”<sup>1491</sup>

---

<sup>1488</sup> García Amado, J.A., “*El obediente, el enemigo, el Derecho penal y Jakobs*”, op.cit., pág. 889.

<sup>1489</sup> *Ibidem*.

<sup>1490</sup> Jakobs, G., *Sociedad, norma y persona...* op.cit., pág. 79, cuando afirma que “es el correspondiente complejo de normas el que constituye los criterios para definir lo que se considera una persona. En la práctica, un sujeto es siempre persona en muchos sentidos, debido a que desempeña diversos roles. La identidad subjetiva está más conseguida cuanto más clara es la línea que sigue la persona que se representa; ciertamente una línea absolutamente recta puede ser muestra de incapacidad de evolucionar, pero las rupturas violentas evidencian hipocresía.”

<sup>1491</sup> Feijóo Sánchez, B., “*El Derecho penal del enemigo y el Estado democrático de Derecho*”, op.cit., págs. 815-816. Asimismo, véase Cancio Meliá, M., *Derecho penal del enemigo*, op.cit., págs. 98 ss.

De allí que Jakbos afirme que cualquier sociedad, en términos abstractos pueda declarar *persona en Derecho* a quien quiera, pero precisamente esa arbitrariedad le quita fuerza orientativa. Obviamente, una vez que el individuo decide alejarse de la sociedad; la sociedad, identificada hegelianamente con el Estado, decidirá quién de todos aquellos infieles será susceptible de la calificación de no persona. Pero, claro está, que Jakobs no se referirá a esta decisión, porque la misma es una cuestión política. Con su construcción llega hasta ahí, a la perimetración de un espacio que será habitado por los infieles, de entre los cuales, será cuestión política quién resultará ser enemigo o no, todo ello fundado en criterios de funcionalidad.<sup>1492</sup>

Luego, dar cabida a un contenido de alta facticidad -como el de enemigo- quiebra una estructura altamente normativizada como la esgrimida por Jakobs, aunque él mismo pretenda justificarlo en el peso que tiene el subsistema de la economía, con sus necesidades cognitivas (obediencia), presente en las sociedades occidentales. Es por ello que "Jakobs tiene una teoría normativa del Derecho penal para ciudadanos y una teoría no normativa para enemigos",<sup>1493</sup> porque la revitalización de la inocuidad a través de la teoría de la pena, aunque se intente camuflar bajo el manto de que se desprende de una mayor culpabilidad, supone una quiebra en el sistema de Jakobs.<sup>1494</sup>

En esta instancia, el tratamiento de la culpabilidad dentro del paradigma del Derecho penal del enemigo elimina algo tan caro a la teoría de Jakobs como la *diferencia entre expectativas cognitivas y normativas*. En este ámbito de lo que se trata es la defraudación de las expectativas de carácter cognitivas porque "Si se pretende que una norma determine la configuración de una sociedad, la conducta conforme a la norma realmente debe ser esperable en lo fundamental, lo que significa que los cálculos de las personas deberían partir de que los demás se comportarán conforme a la norma, es decir, precisamente no infringiéndola. Al menos en los casos de las normas de cierto peso, que se pueda esperar la fidelidad a las mismas se precisa cierta corroboración cognitiva para poder convertirse en real... sin una suficiente corroboración cognitiva de la norma ella se erosiona y se convierte en una promesa vacía, vacía porque ya no ofrece una configuración social realmente susceptible de ser vivida."<sup>1495</sup>

---

<sup>1492</sup> En Hegel, como destino inexorable de la razón hacia sí misma, tampoco caben los antagonismos. De este modo, como señala Herrera Flores, J., *Los Derechos humanos...*, op.cit., pág. 232, "se idealiza el orden establecido como racionalidad de lo real y se adoptan sus componentes contradictorios como premisas y conclusiones necesarias de todo discurso racional, por ello mismo, insuperable.... La "idea" en Hegel se despliega, pues, desde sí misma y para sí misma. y lo social termina escindido entre lo político y sus mismas condiciones de reproducción material. Si los hechos desmienten tal idealización, "pues peor para los hechos". En el mismo sentido se expresan Cancio Meliá, M./Feijóo Sánchez, B., *¿Prevenir riesgos...?*, op.cit., pág. 49.

<sup>1493</sup> Feijóo Sánchez, B., "El Derecho penal del enemigo.....", op.cit., pág. 817.

<sup>1494</sup> Cancio Meliá, M., *El Derecho penal del enemigo*, op.cit., págs. 94 ss. Asimismo junto a Feijóo Sánchez, B., *¿Prevenir riesgos...?*, op. cit., págs. 79 ss.

<sup>1495</sup> Jakobs, G., *Derecho penal del enemigo*, op.cit., págs. 36-37.

García Amado también destaca esta incongruencia, y sostiene que sólo hay dos maneras de salir de este atolladero: a) entender que la pérdida de condición de persona no se sigue de datos subjetivos, sino de elementos perfectamente objetivos como el número o tipos de delitos cometidos; en tal caso, Jakobs debería justificar por qué unos delitos sí desposeen y otros no, de la calidad de persona; b) entender que tal condición de peligrosidad extrema e incompatibilidad con los fundamentos cognitivos del sistema jurídico la imputa el sistema jurídico mismo, en aras de reforzarse en sus fundamentos, tanto normativos como cognitivos, *mediando* la construcción de enemigos. Lo que implica que, en aras de la realización de sus necesidades internas y de integridad del sistema, la peligrosidad estaría determinada por el sistema jurídico, con el propósito de fundar consenso social que le debe servir de base, y sobre todo en esta época en que se ha tornado dificultosa tal prestación por otros subsistemas como el moral, el religioso, donde el pluralismo y el multiculturalismo acabarían con ellos. De conformidad con ello, puede anotarse el desatino en la enumeración de ejemplos de enemigos dados por Jakobs, reunidos en torno a la temida peligrosidad; porque la necesidad de señalar enemigos proviene de la conveniencia de construir a los “los otros”, por cuyo contraste nos afirmaremos y aglutinaremos nosotros<sup>1496</sup> en el desconcierto de los procesos globalizadores.

El valor emérito de la seguridad y la eficacia se convierten en el fin por antonomasia de la política punitiva actual, un momento en el que tienden a difuminarse las fronteras entre seguridad interior y exterior en el contexto de la excepción permanente. Por ello, como afirma Agamben “...con una tendencia que se manifiesta en todas las democracias occidentales, la declaración del estado de excepción ha sido substituida de forma progresiva por una generalización sin precedentes del paradigma de la seguridad como técnica normal de gobierno”.<sup>1497</sup> Las medidas adoptadas contra el enemigo dentro de un Estado de Derecho pretendidamente legitimado en la necesidad invocada, dan lugar al estado de excepción, que no es una dictadura, sino un espacio vacío de Derecho, una zona de anomia en que todas las determinaciones jurídicas –y sobre todo, la distinción misma entre lo público y lo privado- son desactivadas.<sup>1498</sup> Así la posición de

---

<sup>1496</sup> García Amado, J.A., *El obediente, el enemigo, el Derecho penal y Jakobs...*, op.cit., págs. 890-891.

<sup>1497</sup> Agamben, G., *El Estado de excepción*, op.cit., pág. 27.

<sup>1498</sup> *Ibidem*, pág. 75; en la página siguiente, Agamben acusa de falsedad a las doctrinas que tratan de anexionar la teoría del estado de excepción al Derecho; tanto la teoría de la necesidad como fuente jurídica originaria, como aquella que habla de un derecho de defensa del Estado o de la recuperación de un orginario estado pleromático del Derecho (los plenos poderes). Asimismo califica de falaz la doctrina de Schmitt al momento en que trata de inscribir el estado de excepción en un ámbito jurídico, fundándolo en la división entre normas de Derecho y normas de realización del Derecho, entre poder constituyente y poder constituido, entre norma y decisión. El estado de necesidad no es un “estado de Derecho”, sino un espacio sin Derecho (aunque no es un estado de naturaleza, sino que se presenta como la anomia que resulta de la suspensión del Derecho. Tal espacio de vacío de Derecho parece ser de carácter esencial al ordenamiento jurídico (orden-vacio= chaos) que habrá necesariamente de buscar una conexión con él, como si para



Jakbos termina “justificando una guerra sin cuartel contra el enemigo donde pueden acabar desapareciendo todos los límites inherentes a un Estado democrático de Derecho, especialmente cuando se combaten riesgos”.<sup>1499</sup>

En consecuencia, la pretendida distinción entre los dos Derechos penales es falaz, ya que se trata del cambio en el estatuto de la ley penal, no de dos categorías de derecho diferenciables. En este contexto, la función de la norma consiste en instar a la obediencia, debido a que el sistema penal no reprime el delito, sino la heterodoxia.<sup>1500</sup> Así las cosas, la norma penal no es el esquema dual que asocia la juridicidad a un comportamiento y la antijuridicidad al comportamiento opuesto, sino el diseño de un modelo único de conducta, que no admite, por tanto, más respuesta que la obediencia que funda y permite la reproducción del sistema.<sup>1501</sup> En este contexto, la obediencia es elevada a supremo bien jurídico, porque “el hecho significa una rebelión contra la norma, y la pena rechaza esa rebelión, al mismo tiempo, mediante el dolor que aquella inflinge, se elimina el riesgo de una erosión general de la vigencia de la norma: a esto se llama prevención general positiva... lo decisivo es la protección de la vigencia de la norma”.<sup>1502</sup>

No obstante, en el caso del Derecho penal del enemigo evidentemente esto muestra falencias, ya que no basta sólo con reiterar a los ciudadanos a través de la pena que la norma continúa vigente, sino que ahora cobra preeminencia la seguridad cognitiva, debido a que la función comunicativa de la pena opera sólo entre quienes están de acuerdo en los contenidos de tal comunicación, pues detentan la disposición jurídica de acatar las normas. Pero con el que no está de acuerdo, el sistema no se toma la molestia de comunicar nada, simplemente lo excluye de la comunicación, y con ello de los derechos.<sup>1503</sup>

Siguiendo los derroteros de aquél silogismo, sólo hay Derecho para quienes adhieran al consenso de las normas que los otorgan o limitan; es decir, para los partícipes que son quienes “prometen” fidelidad al ordenamiento

---

fundarse tuviera que mantenerse necesariamente imbricado con una norma. Se produce así la siguiente situación, el vacío jurídico que se plantea en el estado de excepción parece absolutamente impensable por el Derecho, no obstante, esta circunstancia de inaprehensibilidad reviste una relevancia inusitada para el orden jurídico, ya que este último hará cualquier cosa para no dejar escapar la posibilidad de fundar una estrategia a partir de ese vacío; las tácticas que diagrama a fin de fundar una legitimación que coincida con la nueva soberanía.

<sup>1499</sup> Feijóo Sánchez, B., “*El Derecho penal del enemigo y el ...*”, op. cit., pág. 820.

<sup>1500</sup> García Amado, J.A., “*El obediente...*”, op.cit., pág. 900; Feijóo Sánchez, op.ult. cit., pág. 820.

<sup>1501</sup> Schünemann al respecto subraya que en el sistema de Jakobs no interesa el individuo concebido como sujeto aislado, sino la sociedad concebida como un sistema social autopoiético para el que los hombres sólo adquieren relevancia en tanto que personas, es decir, en tanto que portadores de roles integrantes de la comunicación.

<sup>1502</sup> Jakobs, G., *Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal*, (trad. Cancio Meliá- Feijóo Sánchez), Civitas, Madrid, 2003, pág. 48.

<sup>1503</sup> Jakobs, G., “*¿Derecho penal del enemigo? Un estudio acerca de los presupuestos...*”, op.cit., págs. 106 ss.

jurídico y, en virtud de ello, tendrán derecho a ser tratados como personas. De este modo, “los disidentes no tienen derechos porque no admiten el derecho.”<sup>1504</sup> Ello, porque no se trata de un Derecho penal que reprima hechos, sino actitudes internas, donde la seguridad cognitiva derivará entonces de que se consiga apartar de la sociedad al delincuente, coligiéndose que este factor aumentará proporcionalmente con el adelantamiento de la intervención bajo la bandera de la sospecha. Porque, como expresa Jakobs “la reacción del ordenamiento jurídico frente a esta criminalidad se caracteriza... por la circunstancia de que no se trata en primera línea de la compensación de un daño a la vigencia de la norma, sino de la eliminación de un peligro: la punibilidad se adelanta un gran trecho hacia el ámbito de la preparación, y la pena se dirige hacia el aseguramiento frente a hechos futuros, no a la sanción de hechos cometidos.”<sup>1505</sup>

De acuerdo con ello el Derecho penal funcionará con base en el presente esquema: a) las normas penales constituyen al ciudadano estableciendo qué deberes de obediencia lo caracterizan, b) dichas normas también prevén el precio que el ciudadano debe pagar por sus incumplimientos ocasionales de tales deberes y para no perder la condición de ciudadano, c) el Derecho penal no se refiere a los ciudadanos que no quieren obedecer, y al no referirse a ellos los deja sin los derechos que son el correlato de la aptitud general de obediencia de la que tal sistema penal parte.<sup>1506</sup> Todo lo cual demuestra que el enemigo sí es centro de imputación de obligaciones jurídicas, pero en tanto que éstas anteceden a los derechos, el incumplidor pierde su derecho a ser considerado persona, y se lo sitúa en un espacio anómico, en el cual la sociedad es la que decide si su conducta infiel puede ser calificada como peligrosa y devenir *ipso facto* enemigo.

De lo anterior se deduce que no hay alternativas a la obediencia –entendiéndose por tal “funcional”–, es un sistema que se afirma en la supresión de la disidencia, porque se confirma que quienes no obedecen dejan de pertenecer al grupo social; por lo tanto no hay diferencia en la finalidad de los ambos Derechos penales, éstos buscan la fidelidad al sistema jurídico.<sup>1507</sup>

Ahora bien ¿quién puede ser categorizado como enemigo? Debido a la heterogeneidad de los supuestos y caracteres que maneja Jakobs, el enemigo sólo se puede entender de la siguiente manera, tal como lo afirma García Amado: enemigo es todo aquel que en sus comportamientos o actitudes diverge de la propensión a la obediencia con que se delimita al ciudadano.<sup>1508</sup>

Porque, al intentar explicitar los caracteres propios del Derecho penal del enemigo, alude Jakobs a la función de combatir la delincuencia -toda y cualquier tipo de delincuencia-, en una suerte de enumeración abierta, donde no es el tipo de delito o su potencial dañosidad lo que lo situaría en esta modulación especial

---

<sup>1504</sup> Cfr. García Amado, J.A., “El obediente...”, op.cit., nota 11, pág. 896.

<sup>1505</sup> Jakobs, G. *Derecho penal del enemigo*, op.cit., pág. 40.

<sup>1506</sup> García Amado, J.A., op.utl.cit., pág. 901.

<sup>1507</sup> En el mismo sentido Cancio Meliá, M., /Feijóo Sánchez, B., *¿Prevenir riesgos....?* op.cit., pág. 49.

<sup>1508</sup> García Amado, J.A., op.ult.cit., pág. 907.

de Derecho penal, sino *ciertas actitudes* frente a la normatividad social. Puede observarse cómo se yuxtaponen hegelianamente la sociedad con el ordenamiento al identificarse como fines de la pena el mantenimiento de la norma y la identidad de la sociedad, quedando palmariamente clara la pérdida de importancia del bien jurídico, porque lo que se erige como tal es el correcto funcionamiento del sistema cuya base se establece en la fidelidad al ordenamiento.<sup>1509</sup>

La búsqueda de seguridad cognitiva da lugar a la expansión ilimitada, cristalizada en el Derecho penal de autor, porque lo que se pretende combatir “en cada uno de estos casos a individuos que en su actitud (por ejemplo en los delitos sexuales), en su vida económica (así, por ejemplo en el caso de la criminalidad económica, de la criminalidad relacionada con las drogas tóxicas y de otras formas de criminalidad organizada) o mediante su incorporación a una organización (en el caso de terrorismo, en la criminalidad organizada, incluso ya en la conspiración para delinquir)... Se han apartado probablemente de manera duradera, al menos de modo decidido, del Derecho, es decir, que no prestan la garantía cognitiva mínima que es necesaria para el tratamiento como persona.”<sup>1510</sup>

De este modo el Derecho penal del enemigo no es Derecho sino guerra; sin embargo, esta afirmación conduciría a negar la existencia del derecho penal del enemigo, con base en que las medidas adoptadas por el Estado en su contra son actos de defensa y, en cuanto que tales, no subordinados al Derecho interno. No obstante, Jakobs intenta rescatar el concepto de tal fisura al señalar que aunque en principio el Estado estaría legitimado para hacer cualquier cosa con el enemigo, no siempre lo hace; por lo tanto, el Derecho penal del enemigo es una forma de limitar esa respuesta adoptando medidas de seguridad que no privan al enemigo de todos sus derechos, dejando siempre abierta la puerta para un eventual restablecimiento de las relaciones pacíficas.<sup>1511</sup>

En consecuencia, como afirma Grosso García, “pareciera como si el planteamiento de Jakobs fuera que el Derecho penal del enemigo es una dádiva del Estado, que ante la declaración de guerra del primero, reaccionaría moderadamente, absteniéndose de eliminarlo o desterrarlo, para, en su lugar, tomar tan sólo una medida de aseguramiento, que de todas maneras le daría la posibilidad de replantear su actitud en el futuro. Ésta es la razón por la cual entiende este autor, que el Derecho penal distingue entre ciudadano infractor y enemigo.”<sup>1512</sup>

Con base en esta racionalidad, el Derecho penal del enemigo sería tan legítimo como el de los ciudadanos, en la medida en que el primero representaría

---

<sup>1509</sup> Véase *infra* 5.3; 5.4.

<sup>1510</sup> Jakobs, G., *Derecho penal del enemigo*, op.cit., págs. 39-40.

<sup>1511</sup> *Ibidem*, pág. 33.

<sup>1512</sup> Grosso García, M.S., “¿Qué es y qué puede ser el “Derecho penal del enemigo? Una aproximación crítica al concepto”, en Cancio Meliá, M., /Gómez Jara-Díez, C., (coords.), *Derecho penal del enemigo.....*, Vol. 2, op.cit., pág. 8.

una atenuación al uso eliminatorio del enemigo, al que el Estado perfectamente podría recurrir; el Derecho penal del enemigo sería un instrumento de guerra para combatir a los enemigos. De ello se deduciría que existe el Derecho penal del enemigo porque existen los enemigos, quienes no se dejan pacificar.

En lugar de definir qué características debe tener un individuo para ser susceptible de ser denominado enemigo, Jakobs recoge aquella apelación de la legislación penal, de lo cual se podría afirmar que, en definitiva, es el legislador penal quien decide quién es enemigo. En efecto, el concepto expone que no se puede demostrar empíricamente que la condición de ciudadano o enemigo exista por fuera del tratamiento que el Derecho penal le otorgue a determinados comportamientos.<sup>1513</sup>

Sin embargo es Jakobs quien afirma que la condición de ciudadano no es algo que exista *per se* y que se requiere una constatación empírica, en tanto que, para ser considerado persona debe conducirse como tal. Pero, si por enemigo se entiende aquel que por su falta de fidelidad no ofrece garantías de comportarse de conformidad con lo que corresponde al del ciudadano, es decir que, de antemano, se juzga que no habrá de comportarse con la fidelidad que le impone el orden jurídico, ¿qué sentido tiene la norma en este caso? Si se afirmara que la norma tiene un carácter general y abstracto, y que entonces será el individuo quien con su acción decide si se cobija bajo la personalidad o por el contrario la rechaza, lo que se estaría planteando es que “la condición de ciudadano o enemigo, respecto del Derecho penal, es un plus que tiene siempre el individuo frente a su comportamiento social, con lo cual el concepto de enemigo se desdibujaría por completo y se estaría referenciando en términos de obediencia/desobediencia.”<sup>1514</sup>

Todo lo anterior expone palmariamente que, en la actualidad, la norma penal es el instrumento utilizado por el Estado para la perimetración del espacio de exclusión de la pertenencia a la ciudadanía. El recorte discursivo efectuado por Jakobs hiere la seguridad y la deja mutilada de sentido mediante la acuñación de su “derecho penal del enemigo”, es decir, de esa legislación legitimada para el mantenimiento del *status quo*, porque sin “una base de miedo correspondiente a un prejuicio, es imposible construir un enemigo”<sup>1515</sup> y mucho menos mecanismos que logren hacerlo claudicar.<sup>1516</sup>

En el sentido expuesto, para Zaffaroni la cuestión del enemigo contiene una capacidad civilizatoria enorme y “la contradicción básica que late en la cultura,

---

<sup>1513</sup> Zaffaroni, E.R., “La legitimación...”, op.cit., pág. 1130.

<sup>1514</sup> García Amado, J.A., “El obediente.....”, op.cit., pág. 908.

<sup>1515</sup> Zaffaroni, E.R., *El enemigo en el Derecho penal*, op.cit., nota 60, pág. 33.

<sup>1516</sup> *Ibidem*. El autor continúa afirmando que la técnica *völkisch* (o populachera) consiste en alimentar y reforzar los peores prejuicios para estimular públicamente la identificación del enemigo de turno. Al analizar el nazismo se llamó la atención sobre esta técnica y se la bautizó, especialmente porque está íntimamente vinculada con el discurso que privilegia en lo teórico la pretendida democracia plesbicitaria, anticipada por Weber y sostenida por Schmitt, asociada con su concepto decisionista de lo político basado en la distinción de amigo/enemigo.

que se traduce en una incompatibilidad de fondo entre la concepción antropológica que funda los Derechos humanos y la inevitable idea de venganza dependiente de la noción del tiempo lineal y propia de una medieval forma de conocimiento inquisitorio señorial que legitima la violencia del poder (saber) necesariamente condicionante de la jerarquización de seres humanos”<sup>1517</sup> y agrega que “El Derecho penal no ha hecho más que traducir esta contradicción durante ocho siglos y empeñarse, teóricamente, en los dos últimos en *compatibilizar lo incompatible*. De allí que, sobre la base de estas observaciones propias de la antropología cultural, se pueda explicar –sin sorpresa alguna– la constante facilidad con que se introduce el *enemigo* o *extraneus*, el *hostis*, en la realidad operativa del poder punitivo en la teorización legitimante correspondiente.”<sup>1518</sup>

#### 4.10. Rasgos fenotípicos del “Derecho penal del enemigo”

El derecho penal del enemigo se convierte en la opción política de un Estado en crisis en el cual la ciudadanía transformará su derecho a la libertad por un derecho a la seguridad privatizado. ¿Cómo romper con la retórica de la inseguridad? Consideramos que la legislación de combate del enemigo no ofrece posibilidades reales de solución a los problemas estructurales que aquejan a nuestras sociedades, de modo que esta *opción de política simbólica* no es más que el cumplimiento de rituales propios de la política del espectáculo.<sup>1519</sup>

En este sentido, el derecho penal del enemigo expresa la preferencia de la defensa de la funcionalidad del sistema en detrimento de la contención de la potencia punitiva, convirtiéndose en un derecho punitivo policial -o del orden- con un revestimiento jurídico-penal, que no reacciona sólo contra situaciones de desorden, sino frente a autores (grupos de riesgo). Es el *ius puniendi* “de aquellos que forman contra el enemigo; frente al enemigo es sólo coacción física, hasta llegar a la guerra.”<sup>1520</sup>

Como señaláramos anteriormente, una primera manifestación del derecho penal del enemigo está representada por aquellos tipos penales que dan lugar a una amplia anticipación de la punibilidad a momentos en los que actos realizados sólo tienen carácter de preparatorios de los hechos futuros.<sup>1521</sup> Estos tipos penales toman como base los datos específicos de abandono permanente del Derecho y de amenaza a los principios de la sociedad, aprehensibles así, ya

---

<sup>1517</sup> *Ibidem*, pág. 42, el subrayado pertenece al original.

<sup>1518</sup> *Ibidem*, el subrayado es original.

<sup>1519</sup> Esta característica de la política deriva de la filosofía situacionista de Guy Debord, *La sociedad del espectáculo*, op.cit.

<sup>1520</sup> Jakobs, G., “Derecho penal del ciudadano...”, op.cit., pág. 26.

<sup>1521</sup> Jakobs, G., “La autocomprensión...”, op.cit., pág. 52; del mismo *Derecho penal del enemigo*, op.cit., pág. 8.

que, su objetivo no es la comisión de hechos concretos y determinados, sino cualquier conducta informada y motivada para operar por fuera del Derecho.<sup>1522</sup>

En este plano, lo que está en primer lugar es el aseguramiento en contra del autor, bien mediante una custodia de seguridad identificada como tal, bien mediante una pena que garantice el aseguramiento, es decir, una pena de libertad excesivamente intensa. Esto último y la intimidación conforman algunas de las razones de las penas elevadas que se prevén para la fundación de asociaciones terroristas; comprensibles sólo bajo la lógica que la representa en función del carácter latente de la amenaza que reputan.<sup>1523</sup>

El Derecho penal sustancial del enemigo comporta la introducción de tipos delictivos relacionados “simbólicamente” con atentados contra la identidad normativa, y con el agravamiento de los ya existentes. Con base en ello, se *pautan incriminaciones de complicidad marginales*, mediante la estructura de los tipos de asociación y de consumación anticipada, actos preparatorios, etc. Para ello se recurre al uso de coeficientes puramente subjetivos para la configuración del desvalor del tipo, hasta poner en el centro las características del delincuente.<sup>1524</sup> Las características de este “derecho” aparecen claramente en las nuevas figuras delictivas incorporadas a los códigos penales; éstas son conductas estructuradas en torno del delito de asociación y de tipos contruidos bajo la lógica de la anticipación, incluyendo la mera sospecha y los actos preparatorios.<sup>1525</sup> Inmediatamente se recurre al uso de elementos puramente subjetivos para determinar el desvalor del tipo, hasta llegar a la valoración de la personalidad, *tipos de autor*.<sup>1526</sup>

---

<sup>1522</sup> Cfr. Zaffaroni, E.R., “*Crimen organizado...*”, op.cit., pág. 10.

<sup>1523</sup> Ramos Vázquez, J.A., “*Símbolos y enemigos...*”, op.cit., pág. 1440.

<sup>1524</sup> Véase, entre otros, Cornacchia, L., “*La moderna hostis iudicatio entre norma y estado de excepción*”, op.cit., págs. 426 ss.; Resta, F., “*Enemigos y criminales...*”, op.cit., pág. 741; Donini, M., “*El Derecho penal frente al “enemigo”*” (trad. Cancio Meliá), en Faraldo Cabana, P., (dir), *Derecho penal de excepción*, op.cit., págs. 28 ss.

<sup>1525</sup> Corcoy Bidasolo, M., “*Sistema de penas y líneas polímicriminales de las últimas reformas del Código Penal. ¿Tiende el Derecho penal hacia un “Derecho penal de dos velocidades”?*”, en Cancio Meliá, M., /Gómez Jara-Díez, C., (coord.), *Derecho penal del enemigo*, Vol. 1, op.cit., págs. 394 ss.; Pérez Cepeda, A.I., “*El paradigma de la seguridad en la globalización: guerra, enemigos y orden penal*”, op.cit., págs. 107 ss.; Cancio Meliá, M., “*Algunas reflexiones preliminares sobre los delitos de terrorismo: eficacia y contaminación*”, op.cit., pág. 165; Gómez Martín, V., *El Derecho penal de autor*, Tirant lo blanch, Valencia, 2007, en especial, págs. 263 ss.

<sup>1526</sup> Según refieren Cancio Meliá, M., /Feijóo Sánchez, B., *¿Prevenir riesgos..?*, op.cit., págs. 66-67, “en efecto, la identificación de un infractor como enemigo por parte del ordenamiento penal, por mucho que pueda parecer a primera vista una calificación como “otro”, no es en realidad una identificación como fuente de peligro, no supone declararlo un fenómeno natural a neutralizar, sino por el contrario, es un reconocimiento de competencia normativa del agente mediante la atribución de perversidad, mediante su demonización y ¿Qué otra cosa es Lucifer que un ángel caído? Visto desde esta perspectiva el proceso simbólico, el elemento decisivo es que se produce una *exclusión* de una determinada categoría de sujetos del círculo de ciudadanos, por lo que puede afirmarse en este ámbito que la defensa frente a riesgos –que es el denominador esencial de la agenda político criminal explícita- es lo de menos....La función de *identificación (mediante*

Asimismo se prevén medidas de seguridad, y medidas preventivas,<sup>1527</sup> junto al agravamiento de las penas que reniegan del principio de proporcionalidad. Todo ello produce la *aparente paradoja* -engrosando la consabida selectividad del sistema penal- que señalara Baratta: la *despenalización*; entendiéndose por ésta “el hecho de que un Derecho penal eficientista, al aumentar el número de actos para penalizar, aumenta simultáneamente el número de eventos impunes, los cuales en un Derecho penal normal representan un porcentaje altísimo de todos los eventos penalmente relevantes. Extendiendo desmesuradamente los programas de acción del sistema de justicia criminal, sin que pueda corresponder a ello un aumento adecuado de los recursos a disposición (lo cual llevaría a una especie de militarización de toda la sociedad) el eficientismo penal eleva los niveles de selectividad del sistema penal, al mismo tiempo que permanecen inalterables las variables tradicionales de la selectividad: también el Derecho penal eficientista puebla las cárceles de sujetos débiles. En algunos países europeos que practican este modelo de Derecho penal, más de la mitad de la población carcelaria está formada por tóxicodependientes y extranjeros no pertenecientes a la Comunidad Europea.”<sup>1528</sup>

De esta manera, la selectividad que describe la operatoria del poder punitivo queda desvelada, esto se produce debido a que “la cuestión penal es el campo preferido de las pulsiones del Estado de policía, pues es la pared más débil de todo Estado de Derecho. Cuantas más habilitaciones de poder punitivo hay en las legislaciones, mayor será el campo de arbitrio selectivo de las agencias de criminalización secundaria y menores podrán ser los controles y contenciones del poder jurídico a su respecto.”<sup>1529</sup> El sistema penal opera como una herramienta ineludible para regular los procesos sociopolíticos de exclusión, de tal manera que puedan ser conducidos jurídicamente y esto les otorge legitimidad y racionalidad. De lo dicho se desprende un referente conceptual: la ley penal como estrategia de organización social; un referente material, constituido por el binomio exclusión-inclusión como mecanismo de organización social; la peligrosidad como estrategia normativa que reorientará la determinación de la personalidad y con ella, la pena; la protección de la seguridad de los ciudadanos frente a la amenaza presentada por el enemigo,

---

*exclusión) de una categoría de sujetos como enemigos, y la correspondiente orientación al Derecho penal de autor de la regulación”.*

<sup>1527</sup> Véase Pastor Muñoz, N., “El hecho: ¿ocasión o fundamento de la intervención penal? Reflexiones sobre el fenómeno de la criminalización del peligro del peligro” en Cancio Meliá, M., /Gómez Jara- Díez, C., (coords.), *Derecho penal del enemigo. El discurso de la exclusión*, Vol. 2, págs. 528 ss.

<sup>1528</sup> Baratta, A., “Política criminal. Entre la política...”, op.cit., pág. 66.

<sup>1529</sup> Zaffaroni, E.R., *El enemigo en el Derecho penal*, op.cit., pág. 166.

funciona mediante la exclusión jurídica y física<sup>1530</sup>; todas éstas son encuadrables en la *punitive segregation* como elemento de la *criminology of the other*.<sup>1531</sup>

En consecuencia, el sistema penal que emprende el combate al enemigo como “instrumento racional” de una eficiencia meramente simbólica, brinda validez normativa a la exclusión y renuncia al carácter socialmente integrador que se le atribuyó.<sup>1532</sup>

Deslegitimados los fines resocializadores de la pena, el poder no despliega operaciones en términos de inclusión social y, por ello, la legislación penal prescinde de ulteriores consideraciones al reconocimiento de la norma y su reestablecimiento por vía coactiva.<sup>1533</sup> Por lo tanto, debe esperarse un retroceso en la normativa que integra el Estado de Derecho, dado que restarle importancia a las garantías y derechos de un determinado grupo de sujetos evidencia la falta de capacidad de los gobernantes para respetar las bases constitutivas del Estado democrático,<sup>1534</sup> porque como hubimos puesto de manifiesto “el exceso de poder punitivo es la confesión de la incapacidad estatal para resolver su conflictividad social.”<sup>1535</sup>

Frente al paradigma postmoderno de control, Jakobs, al tiempo que reconoce que la defensa frente a riesgos es competencia de la policía, formula el siguiente interrogante: ¿Por qué asume el Derecho penal esta tarea a pesar del riesgo de policización? Y ubica la respuesta en varios planos: el primero es que “la policía no puede vincular al supuesto de hecho de la constitución de una asociación terrorista consecuencias jurídicas aseguradoras de larga duración; y no *debe* hacerlo; en un segundo plano, porque se pretende dar al Derecho penal del enemigo al menos una parte de las garantías propias del estado de Derecho que existen en el Derecho penal material y procesal, para hacerlo soportable en

---

<sup>1530</sup> Jakobs, G., “Derecho penal del ciudadano...”, op. cit., pág. 48.

<sup>1531</sup> Véase *supra* 2.5; 2.8. Así, las estrategias político criminales se estructuran no en función de la prevención de conductas lesivas de sujetos, sino de grupos de sujetos considerados como productores de riesgo que serán el objeto de las políticas de control –interior y exterior- que reorganizarán la función de la cárcel, esta vez desprovista de los eufemismos de la resocialización y operando como el espacio de la expulsión social. Aquella promete reducir los efectos de los delitos en la sociedad, a través del reacondicionamiento de la distribución de los delincuentes en el contexto social. Porque una vez deslegitimada la función resocializadora de la cárcel a partir del discurso del *nothing works* de los think tanks, al menos ésta operará como espacio de exclusión. Cuanto mayor sea el tiempo y mayor la cantidad de personas dentro de la cárcel, se verán resultados inmediatos en el ambiente urbano y en la subjetividad social. Excluir e incapacitar por el mayor tiempo posible a los enemigos para neutralizar el peligro que representan y brindar así seguridad a los ciudadanos, al menos simbólicamente.

<sup>1532</sup> Brandariz García, J.A., “Nuevos riesgos, nuevas ansiedades y expectativas sociales en materia de seguridad ante el delito”, op.cit., págs. 139 ss.

<sup>1533</sup> Véase Bello Rengifo, C.S., “Las razones del Derecho penal”, en Cancio Meliá, M., /Gómez Jara-Díez, C., (coords.), *Derecho penal del enemigo*, Vol. 1, op.cit., págs. 320 ss.

<sup>1534</sup> Scheerer, et.al., “Seis preguntas...”, op.cit., pág. 933.

<sup>1535</sup> Zaffaroni, E.R., /Alagia, A., /Slokar, A., *Manual de Derecho penal. Parte General*, op.cit., págs. 8-9.



términos de Estado de Derecho, pero también para ocultar la diferencia frente al Derecho penal del ciudadano, lo que, en esta medida, resulta perfectamente comparable con las medidas de seguridad y, en este ámbito, de modo muy específico con la custodia de seguridad, que “entran en el bote” del Derecho penal material en cuanto medidas de control de riesgos, siendo a su vez instituciones del Derecho penal del enemigo.<sup>1536</sup>

Encontramos que esas son respuestas factibles en tanto que el derecho penal del enemigo tiene el cometido de garantizar la seguridad frente al riesgo de la pérdida de vigencia del ordenamiento jurídico, como se puede deducir del fin de la pena que propone Jakobs; el Derecho penal del ciudadano, garantía del ordenamiento jurídico, se transmuta en defensa frente a riesgos.<sup>1537</sup> Porque en definitiva el derecho penal del enemigo, como construcción epistemológica, evidencia que el “adelantamiento está relacionado directamente con la búsqueda de seguridad cognitiva: el cuerpo político no sabe quién es el individuo o los individuos que permanecen en “estado natural” y que ponen en peligro su propia subsistencia, y necesita identificarlos antes de que ese riesgo tenga lugar y “para ello, necesita sancionar antes de que el concreto riesgo exista en la realidad.”<sup>1538</sup>

#### 4.11. La protección de la funcionalidad

A continuación expondremos la forma en que Jakobs, siguiendo la lógica intrasistémica de su teoría, niega simultáneamente dos elementos esenciales del Derecho penal liberal: el bien jurídico y el principio de culpabilidad. En este sentido, su teoría alcanza un elevado nivel de abstracción en busca de algún elemento de diferenciación funcional que permita que la pena, en cualquier sistema jurídico, preste una función para la que ya no queden equivalentes funcionales. Esta búsqueda concluye en la confirmación de la identidad<sup>1539</sup> de la sociedad, ya que concibe el Derecho penal como la estructura básica de la ésta.<sup>1540</sup>

---

<sup>1536</sup> Jakobs, G., “¿Derecho penal del enemigo? Un estudio...”, op.cit., págs. 112-113; el resaltado no pertenece al original.

<sup>1537</sup> Jakobs, *La pena estatal*, op.cit., pág. 180, en este sentido, sostiene que “igual que resulta deshonesto evitar la difícil legitimación del Derecho penal del enemigo introduciéndolo (más exactamente: escondiéndolo) de modo más o menos clandestino en el Derecho penal del ciudadano –en vez de ubicarlo en una posición autónoma–, resulta deshonesto abusar del carácter evidente del Derecho penal del ciudadano declarando ciudadanos a los enemigos, lo que, sin embargo, ocurre con cierta frecuencia en tiempos modernos.”

<sup>1538</sup> Pérez del Valle, C., “Derecho penal de enemigo ¿escarnio o prevención de peligros?”, op.cit., págs. 559 ss.

<sup>1539</sup> Como afirman Cancio Meliá, M.,/Feijóo Sánchez, B., *¿Prevenir riesgos...?*, op.cit. pág. 49, “la pena contribuye a confirmar la identidad de la sociedad confirmando y manteniendo de cara al futuro la vigencia de la norma. La confirmación de la identidad de la sociedad es exactamente lo mismo que el mantenimiento de la vigencia de la norma. Lo cual inhabilita una vez más el

Respecto de la garantía cognitiva, la protección de bienes jurídicos experimentó una reinterpretación teórico-normativa que confunde la frontera entre el derecho penal del enemigo y del ciudadano, contrariando la intención crítica originaria (1985) cual fuera la de tratar el adelantamiento de las barreras de protección.

En este sentido, para el profesor de Bonn el bien jurídico representa un papel secundario, porque lo relevante es que el delito pone en tela de juicio la norma en tanto que orientadora de la acción. El delito es siempre de *lesa majestad*, porque es expresión de una falta de fidelidad al orden establecido, de allí que la pena sea la estrategia que restablezca la confianza y anule el cuestionamiento.

Asimismo, la categoría de culpabilidad sufre una restricción grave en sus contenidos, a partir de la cual el sujeto de imputación se convierte en el depositario de la acción simbólica de la reafirmación. En efecto, el derecho penal del enemigo, en particular el Derecho penal dirigido contra los terroristas, tiene más bien el cometido de garantizar seguridad que el de mantener la vigencia del ordenamiento jurídico, como cabe detectar con base en el fin de la pena y en los tipos correspondientes.<sup>1541</sup>

En este sentido, el Derecho penal del ciudadano, garantía del ordenamiento jurídico, se transmuta en defensa frente a riesgos.<sup>1542</sup> El contenido de prevención general positiva queda integrado en un concepto más amplio de retribucionismo funcional;<sup>1543</sup> ya que cuando se desvincula al sujeto de sus comportamientos, los criterios de definición de lo punible adquieren la plasticidad necesaria para recubrir cualquier planteamiento de que *otra sociedad es posible*.<sup>1544</sup>

En consecuencia, la prevención general positiva significa para Jakobs que el destinatario del proceso punitivo es la sociedad, que debe quedar confirmada en su actitud de fidelidad al ordenamiento mediante la imposición de una

---

recurso de Jakobs de evitar la contaminación. El sentido de la pena es el mismo en los supuestos "dos Derechos penales".

<sup>1540</sup> Véanse los trabajos editados por Gómez- Jara Diez, C., *Teoría de sistemas y Derecho Penal. Fundamentos y posibilidades de aplicación*, Comares, Granada, 2005, entre otros, Peñaranda Ramos, E., "Sobre la influencia del funcionalismo y la teoría de sistemas en las actuales concepciones de la pena y del delito", págs. 228 ss; Bleckmann, F., "Derecho penal y teoría de sistemas", (trad. Cancio Meliá), op.cit., págs. 345 ss; Gómez Jara-Diez, C., "Teoría de sistemas y Derecho Penal: Culpabilidad y pena en una teoría constructivista del Derecho Penal", op.cit., págs. 414 ss.

<sup>1541</sup> Schünemann, B., *¿Derecho penal del enemigo...?*, op.cit., pág. 965.

<sup>1542</sup> Entre otras publicaciones de Jakobs, G., véase "¿Derecho penal del enemigo?Un estudio...", op.cit., pág. 113.

<sup>1543</sup> Portilla Contreras, G., "La legitimación doctrinal...", op.cit., págs. 666-667.

<sup>1544</sup> Jakobs, G., *La imputación jurídico-penal y las condiciones de vigencia...*, op.cit., pág. 182, haciendo referencia a las normas sociales y su diferencia con las reglas científico-naturales que se autoestabilizan.

pena.<sup>1545</sup> Con ello, la pena acrecienta los niveles de simbolismo de un sistema que permanece incólume aún frente a las mayores amenazas.

Como afirma Portilla Contreras “Proteger la seguridad cognitiva se convierte en la finalidad principal del Derecho penal del enemigo, esto es, la conservación del ordenamiento de las personas frente a todo lo que provoca un grave trastorno interno social, por lo que serán eliminadas aquellas condiciones ambientales que no ofrecen garantías cognitivas mínimas y que impiden en la práctica comportarse como personas.”<sup>1546</sup>

En este punto inmediato se hibridan la idea de la pena como contradato simbólico respecto de la violación de la estabilidad normativa en el pensamiento de Jakobs y la filosofía de Hegel, en la cual, aún admitiéndose que la pena podría explicar también fines de intimidación y enmienda, representa en primer lugar el restablecimiento del orden jurídico violado por el delito, -acto intrínsecamente irracional- en cuanto pretende negar los Derechos de los demás, para afirmar su propia entidad.<sup>1547</sup>

El carácter metafísico de la negación hegeliana subsiste en Jakobs en la medida en que la pena exige una objetivización correspondiente a aquella realizada por el delito. Sin embargo, la pena actúa contra esa voluntad particular puesta en marcha con el delito, enfrenta una voluntad general objetivada en el orden jurídico. En este pleonasma reside la defensa de la sociedad, de sus valores, frente al caos postmoderno, la creación de un enemigo del que habrá que defenderse ante la inseguridad que genera su existencia<sup>1548</sup> porque “(e)l Derecho penal del enemigo es el Derecho de aquellos que forman contra el enemigo.”<sup>1549</sup>

---

<sup>1545</sup> Jakobs, G., *Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal*, (trad. Cancio Meliá/Feijóo Sánchez), Civitas, Madrid, 2003, pág. 47, sostiene que si el delito es la rebelión contra la norma, la pena representa la correspondencia a tal rebelión, mediante el dolor que inflige elimina una erosión general de la vigencia de las normas, de modo que aparece como decisivo el aspecto de la protección de la vigencia de la norma y no de bienes jurídicos, partiendo de que el Derecho es una relación entre personas a través de la cual sólo a modo de acompañamiento incorpora la perspectiva relativa a los bienes.

Aquello que, por lo demás, cualifica el delito es el hecho de que provoca la defraudación de una expectativa normativa dirigida sobre el sujeto de modo que la pena deviene un contra-hecho simbólico de tal traición, modalidad cognitiva de intimidación del reo y de la sociedad entera. A pesar de ello, aunque la intimidación represente un fin secundario de la pena, desde luego no constituye el fundamento, que radica, en cambio, en la reafirmación de las estructuras normativas de la sociedad. El principio de culpabilidad garantiza la atribución del hecho al autor, es decir, la expresión comunicativa de su propia configuración del mundo que pretende ser determinante, atribuyendo de este modo una validez social y comunicativa a su propio acto, y en segundo lugar indica cómo el sujeto puede intervenir en la sociedad. El acto culpable genera un conflicto en orden a la configuración de la sociedad; la pena, entonces, debe ser una coacción que inflinja dolor: una respuesta comunicativa dirigida a negar validez a aquello que el acto del reo pretendía afirmar, para restablecer la vigencia.

<sup>1546</sup> Portilla Contreras, G., “*La legitimación doctrinal....*”, op.cit., pág. 677.

<sup>1547</sup> Cancio Meliá, M., Feijóo Sánchez, B., *¿Prevenir riesgos...?*, op.cit., págs. 49-52

<sup>1548</sup> Resta, F., “*Enemigos y criminales. Las lógicas del control*”, op.cit., pág. 745.

<sup>1549</sup> Jakobs, G., *Derecho penal del enemigo*, op.cit., pág. 34.

El aumento de la sensibilidad frente al riesgo implica entonces que si en el Derecho penal normal la seguridad cognitiva representa una condición que puede alcanzarse también de modo incidental, en el derecho penal del enemigo se convierte en el objetivo principal, no tratándose del mero mantenimiento del orden frente a conflictos coyunturales, *sino del establecimiento de una situación estructural aceptable mediante la neutralización de aquellos que no ofrezcan una garantía mínima de seguridad cognitiva necesaria para el reconocimiento del individuo como persona.*<sup>1550</sup>

Bajo esos postulados, la norma se convierte en un instrumento de legitimación de lo existente que no cuestiona sobre razones axiológicas, de este modo, cualquier ordenamiento tendría la misma legitimidad, en tanto persista la vigencia<sup>1551</sup> de ciertas expectativas que subyacen a la ausencia de disfunción.<sup>1552</sup> Es decir, como no se trata de la lesión del bien, sino del contenido de la valoración impresa en la norma, aquella se identificará con la lesión del deber, puesto que un valor ideal no puede lesionarse materialmente, sino sólo menoscabarse en su vigencia, en su pretensión de respeto. Lo que caracteriza la lesividad social de la acción delictiva será entonces el *significado* de la conducta en cuanto expresión de la lesión de la vigencia de la norma; un daño simbólico.<sup>1553</sup>

En la dinámica sistémica el principio de lesividad carece de eficacia limitadora cuando el enemigo encarna la lesividad misma. Esto se deriva de la ya previamente tergiversada categoría de bien jurídico, porque más allá del abuso

---

<sup>1550</sup> Jakobs explica que muchas veces se encuentran confundidos los componentes de la prevención general positiva y especial negativa. La razón de esta confusión, es que ambas contienen funciones coercitivas; la función especial negativa conmina al sujeto a comportarse conforme a Derecho, mientras que la prevención positiva lo obliga a resarcir el daño producido en la vigencia de la norma. No obstante, surge una diferencia de carácter ontológico entre ambas: la prevención general positiva necesita de un sujeto imputable, porque sólo frente a ellos son exigibles las expectativas normativas. En el caso de los inimputables, enemigos, no personas, prevalece el efecto inocuidador, porque frente a ellos *el dolor de la pena no se refiere a una valoración retrospectiva respecto de actos cometidos, sino que la pena cumple la función de aseguramiento frente a la peligrosidad manifestada en la voluntad de autoexclusión.* Según la construcción funcionalista sistémica, las expectativas se dirigen hacia portadores de rol, de este modo el objetivo de estabilización social adjudicado a la pena conlleva necesariamente la instrumentalización del individuo para la configuración de la identidad social, arribando a una concepción meramente utilitarista de la pena. Véase Baratta, A., *“Integración y prevención: una “nueva fundamentación de la pena dentro de la teoría sistémica”*, Revista Doctrina Penal, año 8, núm. 29, 1985, pág. 16.

<sup>1551</sup> En este sentido, expresa Jakobs, G., *La pena estatal...*, op.cit., pág. 141, que “la situación cambia cuando la pena no se pone en relación con la contradicción del deber ser jurídico mediante el hecho, sino con la validez fáctica de la norma menoscabada por ese último”. Ello en virtud de que en el caso concreto la validez fáctica de una norma depende de su efectiva observancia, de donde la validez fáctica se denomina validez, y la validez normativa, en cambio, vigencia. “Para mantener la vigencia de la norma, se precisa de la *instrumentalización del sujeto eliminándolo de su rol de destinatario de la comunicación*, el fin de la pena es que mediante la reacción frente al hecho cuestionador se logre asegurar la “naturalidad” de la fidelidad de la mayoría”, *ibidem*, pág. 144.

<sup>1552</sup> Véase *infra* 5.3.

<sup>1553</sup> Alcácer Guirao, R., *Sobre el concepto de delito*, op.cit., págs. 69 ss.

de los tipos de peligro o de tomar como objeto jurídico de protección lo que no son sino *ficciones abstractas* o coyunturales programas políticos, configura una cuestión insoslayable el hecho de que no puede admitirse un sistema punitivo cuya función no sea la de castigar lesiones de bienes jurídicos.<sup>1554</sup> Si el bien jurídico no suministra el criterio de identificación de los marcos de intervención penal, puede, al menos, ofrecer criterios negativos de deslegitimación para afirmar que una determinada prohibición penal o la punición de un concreto comportamiento prohibido carecen de justificación suficiente.<sup>1555</sup>

De este modo asistimos a un discurso dogmático que propone la superación del modelo penal garantista,<sup>1556</sup> donde los postulados básicos del Derecho penal, su racionalidad, y la protección de la libertad y dignidad del ser humano no sólo en su carácter de destinatario de las normas, sino en la racionalización de los intereses jurídicos tutelables por el Derecho penal, cede su lugar a un Derecho penal orientado hacia la eficacia, el control y el intervencionismo.<sup>1557</sup> En este sentido, cuando el poder punitivo invoca que es menester su intervención en un proceso lesivo en curso o inminente, se convierte en coerción administrativa directa y “el propio discurso jurídico-penal pasa a tener el carácter de una legitimación ilimitada del poder de coerción directa frente a una amenaza descomunal. Se administrativiza el Derecho penal debido a que, *“con las emergencia del poder punitivo carece de límites y el Derecho penal se convierte en coacción directa del Derecho administrativo y reduce su contenido pensante a niveles muy bajos.”*<sup>1558</sup>

En la misma línea argumentativa Demetrio Crespo sostiene que “(e)l Derecho penal, al convertirse en gran medida en un Derecho de gestión punitiva de riesgos generales y no limitarse, como había venido haciendo, a la reacción frente a un hecho lesivo individualmente delimitado, corre el riesgo de administrativizarse y perder su configuración garantista.”<sup>1559</sup> Lo que se revela aquí es que “el control social de la comunidad lo interpreta de manera acorde: la preservación de la seguridad pública mediante la ejecución sin compromisos de significados de pretensiones penales estatales en esquemas de orden concretos. A

---

<sup>1554</sup> Terradillos Basoco, J.M., *“Una convivencia cómplice. En torno a la construcción teórica del denominado “Derecho penal del enemigo.”*, en Cancio Meliá, M., / Gómez Jara-Díez, C., (coord.), *Derecho penal del enemigo. El discurso de la exclusión*, Vol. 2, op.cit., pág. 1023.

<sup>1555</sup> Ibidem.

<sup>1556</sup> Díez Ripollés, J.L., *“De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana”* en Cancio Meliá, M., /Gómez Jara-Díez, C., (coord.), *Derecho penal del enemigo. El discurso...*, Vol. 1, op.cit., pág. 553.

<sup>1557</sup> Moccia, S., *“De la tutela de bienes a la tutela de funciones: entre ilusiones postmodernas y reflujos liberales”*, op.cit., *pássim*.

<sup>1558</sup> Zaffaroni, E.R., /Alagia, A., /Slokar, A., *Manual de Derecho penal*, op.cit., pág. 19, subrayado en el original.

<sup>1559</sup> Demetrio Crespo, E., *“Del “Derecho penal liberal” al “Derecho penal del enemigo”*, en Pérez Álvarez, F., (ed.), *Serta. In Memoriam Alexandri Baratta*, op.cit. pág. 1047; asimismo en la misma obra ver Navarro Cardoso, F., *“El Derecho penal del riesgo y la idea de seguridad”*, ibídem, págs. 1321-1347.

partir de ese momento, la realidad adquiere una función de establecer el Derecho, por eso Schmitt resalta la transformación de estado de legislación a estado de administración.”<sup>1560</sup>

De acuerdo con la teoría de sistemas, la administrativización, que finalmente se traduce en la flexibilización del Derecho, se explica como un conjunto de subsistemas que se autorreproducen según la norma de la compatibilidad entre ellos mismos, de forma tal que, aún cuando la expansión de uno de ellos fuera de sus límites no ponga en peligro su propia funcionalidad,<sup>1561</sup> *deberá estabilizarse a fin de que se siga reproduciendo lo real y capturarlo como norma básica.*

Para que una estabilización de este tipo sea viable, es preciso subvertir de tal forma la legitimidad de la intervención, que termine por ser considerada en sí misma como un bien jurídico; pero esa norma, como señala Maresca “es sólo una regla de juego cuya misión no es cumplir unos fines que están preordenados a ella, sino evitar el caos”.<sup>1562</sup> Disuelta la figura del soberano en un discurso incorpóreo su lógica deviene crecientemente opaca, y presentada como *there's no alternative*. Lo anterior implica la reducción del sistema político a lo funcional, en una retórica que busca persuadir respecto de la realidad de lo construido por el discurso del soberano global.<sup>1563</sup> La caída del Estado social implica el vaciamiento de una voluntad política correspondiente a una subjetividad democrática. Es por ello que el lugar de la voluntad política deshabitada lo ocupa hoy el *dominus*; en virtud de ello, no pueden ser reconocidos bajo los cánones que hemos construido para entender lo político, donde queda tajamente divorciado de lo público.

De conformidad con ello, no es extraño que no sólo la categoría de bien jurídico desaparezca como límite, sino que se transforme en un instrumento legitimatorio *tout court*. Creemos junto con Moccia -y de allí la propuesta político-criminal que haremos en el próximo capítulo- que la cuestión clave radica en el entendimiento del bien jurídico, porque éste actualmente sufre una crisis que cuestiona su función más significativa: la de delimitar la intervención punitiva bajo los cánones de la gestión y, como consecuencia de ello, entender legítima la incriminación de conductas considerablemente alejadas de la agresión al bien jurídico, porque lo que se busca “proteger” es que el sistema siga reproduciéndose y para ello “lo público” será traducido como la funcionalidad

---

<sup>1560</sup> Denkowski, Ch., “La protección estatal en los conflictos asimétricos: ¿Continúa el Derecho policial de los *länder* alemanes, tras el 11 de septiembre con el Derecho penal político antiliberal?”, en Cancio Meliá, M., /Gómez Jara-Díez, C., (coord.), *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, Vol. 1, op.cit. pág. 518.

<sup>1561</sup> Véase Gómez-Jara Díez, C., (ed.), *Teoría de sistema y Derecho penal. Fundamentos y posibilidades de aplicación*, op.cit., págs. 406-411.

<sup>1562</sup> Maresca, M., “*Antes de Leviatán.....*”, op.cit., pág.108.

<sup>1563</sup> Capella, J.R., *Fruta prohibida*, op.cit., págs. 260 ss.

del sistema. Aquello coincide con el sentido que Jakobs otorga al fin de la pena: la reestabilización de la estructura normativa de la sociedad.<sup>1564</sup>

Como corolario de lo anterior, Jakobs produce las siguientes afirmaciones: “La pena tiene un significado comunicativo y confirma la vigencia de la norma, al menos en lo que se refiere a su función abierta, puesta en duda por el autor; por consiguiente, el juicio de culpabilidad sólo puede ser un juicio acerca de la falta de consideración de la norma por parte del autor, es decir, acerca de su falta de fidelidad al ordenamiento jurídico. Por lo tanto, la culpabilidad es un déficit – exteriorizado en un hecho consumado o en la tentativa de un hecho- de fidelidad al ordenamiento jurídico, y los hechos psíquicos, en la medida en que son susceptibles de ser mostrados, especialmente en el dolo y la conciencia de antijuridicidad, no son otra cosa que indicadores de tal déficit.”<sup>1565</sup>

Aquella afirmación se adecua perfectamente a la *dimensión comunicativa* de la pena, que deberá ser restablecida, porque dentro de una sociedad comunicativa, el concepto de delito no interesa como alteración de la realidad tanto cuanto que comporta una negación comunicativa de la vigencia de la norma.<sup>1566</sup>

Así las cosas, la culpabilidad ajustada a la funcionalidad sistémica deviene un concepto vacío, toda vez que no puede reconocerse en él su sentido etimológico, porque no se nutre de ningún dato jurídico: es una culpabilidad jurídica con contenido jurídico, aunque en realidad, es un concepto jurídico

---

<sup>1564</sup> Moccia, S., “Seguridad y sistema penal”, op.cit., pág. 306.

<sup>1565</sup> Jakobs, G., *Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal*, op.cit., pág. 23; del mismo “La imputación jurídico-penal y las condiciones de vigencia de la norma”, en Gómez Jara-Díez, C., (ed.), *Teoría de sistemas y Derecho penal. Fundamentos y posibilidades de aplicación*, op.cit., pág. 183.

<sup>1566</sup> A fin de describir un Derecho penal diferenciado en función de la protección de la sociedad, Jakobs elabora el concepto de *Schuld tatbestand* (tipo de culpabilidad), cuyos elementos, indicios de una falta de fidelidad al Derecho por parte del sujeto, son la ausencia de motivación jurídica y de competencia en el caso concreto, mientras que el *Gesamt schuld tatbestand* (tipo global de culpabilidad) se compone de los elementos del tipo de culpabilidad y de los elementos de inexigibilidad, constituyentes del tipo de exculpación. Pertenece al tipo de culpabilidad el injusto en su totalidad, en cuanto objetivación del defecto de motivación normativa, necesaria para la imputación. El tipo general de culpabilidad tiene como presupuesto un hecho típico, doloso o imprudente, evitable y no justificado, además de la competencia del autor, necesaria para contradecir las expectativas normativas (imputabilidad como condición de normal motivabilidad). Tal concepto social de culpabilidad es funcional para eliminar de la culpabilidad el reproche ético individual, pero al representar el Estado lo universal frente al individuo, ello sólo es posible individualizando la fuente de eticidad del ser humano en sus objetivaciones, como sistema de relaciones centrado en su personalidad. Ahora bien, si la culpabilidad material representa un déficit frente a normas legítimas, el ciudadano –cuyo rol es la observancia del precepto-, si bien es libre en la configuración de sí mismo, a pesar de ello se ve obligado, según Jakobs, a la fidelidad del ordenamiento jurídico, no expresando la persona la subjetividad de su titular, sino la representación de una competencia socialmente relevante. Véase Jakobs, G. “Culpabilidad y prevención”, (trad. Peñaranda Ramos), en Jakobs, G., *Estudios de Derecho Penal*, op.cit., pág. 73, 116 ss.; del mismo *Sociedad, norma y persona...*, op.cit., págs. 17-25; asimismo en *Derecho penal del enemigo...*, op.cit., pág. 19, entre otras.

construido a la medida de un objetivo político. Si el mantenimiento de la norma de orientación se constituye en el fundamento de la pena, ésta encuentra su fundamento en el mismo acto de la imposición y, en esa medida, se ejecuta en vistas de lograr suficiente fidelidad al Derecho por parte de la sociedad. Todo ello permite afirmar que de la culpabilidad que se trata, es de una que determinará su cuantía en función de las demandas de la sociedad en tanto se sientan amenazadas las expectativas que rigen sus contactos sociales.<sup>1567</sup> Pero, entonces, en todos los casos se produce una legitimación autónoma que no repara en su legitimidad intrínseca. Conceptos como facticidad y validez quedan inescindiblemente confundidos.<sup>1568</sup>

Resulta evidente que cuando se defiende el derecho penal del enemigo no sólo como opción sistémica para dar acogida a lo que existe, sino como programa de lo que debe existir, se produce la introducción de esta dialéctica dentro del Derecho, “siendo así que la polémica lo es entre juridicidad y facticidad”.<sup>1569</sup> Porque, como afirma Jakobs respecto de la vigencia del Derecho, “tres puntos de partida: 1) el Derecho vigente es el trato entre personas fundamentado como correcto –pura normatividad-; 2) el Derecho vigente es un trato entre personas que es susceptible de ser fundamentado como correcto, o al menos, como plausible, que es practicado a grandes rasgos –normatividad realizada-; 3) el Derecho vigente consiste en las reglas del trato practicado a grandes rasgos entre los seres humanos –pura facticidad-.”<sup>1570</sup>

---

<sup>1567</sup> De acuerdo con lo expresado por Jakobs, G., en *¿Derecho penal del enemigo? Un estudio acerca de los presupuestos...*, op.cit., pág. 97 ss., la orientación para la víctima sólo puede satisfacerse normativamente, no obstante, esta orientación en el futuro ya no será suficiente, porque la persona sólo es un comienzo abstracto de realización del Derecho, mientras que un ordenamiento jurídico evolucionado garantiza no sólo el nudo Derecho, sino también su uso. La personalidad abstracta no es el todo, y no es un objetivo final; los Derechos *valen* sólo en cuanto Derechos para su disfrute. Continúa en términos sistémicos aduciendo que “la persona se encuentra acoplada estructuralmente al individuo, al ser de necesidades, que sin la satisfacción de éstas no se puede convertir a su vez en realidad. En esta medida –en lo que se refiere al lado de la víctima- cabe formular una conclusión: un ordenamiento jurídico también debe estar establecido a grandes rasgos para que pueda ofrecer a potenciales víctimas algo más que una orientación abstracta, a saber, una orientación que pueda usarse”. Desde la perspectiva del autor puede orientarse con base en una norma cuando ha de aceptarla como correctamente fundamentada, “sin embargo, puesto que el espíritu es fuerte de voluntad, pero la carne débil –sabiduría bíblica- el autor no respetará una norma que sea correcta, pero que aún no esté establecida en la realidad social; al menos no la respetará con alguna confiabilidad. Es necesaria una disposición practicada a la persecución penal, en caso de necesidad, incluso imponer realmente la pena, etc., para proporcionar a la norma fuerza de orientación frente a todos. Sin cimentación cognitiva, incluso una norma fundamentada de modo óptimo no regirá más en la realidad social que un deseo no vinculante.”

<sup>1568</sup> Véase *infra* capítulo 5.2; 5.3; 5.4.

<sup>1569</sup> Cfr. Terradillos Basoco, J. M., “Una convivencia cómplice...”, op.cit., pág. 1021.

<sup>1570</sup> Jakobs, G., *¿Derecho penal del enemigo? Un estudio acerca de los presupuestos...*, op.cit., págs. 97 ss.



Desde la perspectiva de una teoría de la validez –que, sin embargo, no es abordada por Jakobs–, se plantea en primer lugar la cuestión de si la sociedad dispone de un arsenal argumentativo material que sea capaz de legitimar estructuras jurídicas yendo más allá de principios de organización formales. Esto quiere significar que en el derecho penal del enemigo lo que importa es la cimentación cognitiva del individuo en la que el Derecho adquiere realidad y el individuo personalidad; en cambio, frente a aquellos que por su actitud no puedan ser considerados personas se opone una reacción cognitiva. Sin embargo, se coloca en la base del concepto de persona una racionalidad material cuando se obliga al individuo a una concepción sustancial de fidelidad al Derecho –obediencia–, antes de poder dirigirse a ella como persona en Derecho.<sup>1571</sup>

Así las cosas, intentamos explorar el vínculo que sutura a la “excepción” con la norma,<sup>1572</sup> y estudiarlo, junto con el análisis de Demetrio Crespo, como una consecuencia inderogable de la forma de entender los fines y funciones del Derecho penal.<sup>1573</sup> Para el autor, el Derecho penal del enemigo es consecuencia de una apelación a la eficacia sin recabar en la validez, donde está vedada la esfera de fundamentación axiológica. Asimismo, es consecuencia del discurso político-criminal que persigue la defensa del correcto desenvolvimiento de sus funciones generado por la crisis del Estado social y democrático de Derecho.<sup>1574</sup>

---

<sup>1571</sup> En este sentido, Müssig, B., “Derecho penal del enemigo: concepto...”, op.cit., págs. 385 ss.

<sup>1572</sup> Lo decisivo es aquí que esta distinción (amigo-enemigo) es entendida como el Derecho y la base existencial del Estado; ello no sólo contra el enemigo externo, sino precisamente también contra el interno, porque forma parte del Estado el *ius belli*, es decir la posibilidad real de determinar el enemigo y combatirlo. La declaración intraestatal del enemigo es un esquema necesario, generador de identidad, y sustenta un proceso político que, en última instancia, eleva el estado de excepción a estado social permanente. En este sentido, a través de las regulaciones propias del Derecho penal del enemigo se produce la institucionalización del estado de excepción, es decir, se institucionaliza la suspensión de los Derechos fundamentales para el mantenimiento del orden, y necesariamente habremos de cuestionarnos respecto de las consecuencias que ello origina en nuestra ciencia. Véase, entre otros, Müssig, B., “Derecho penal del enemigo: concepto y fatídico...”, op.cit., pág. 383.

<sup>1573</sup> Demetrio Crespo, E., “El Derecho penal del enemigo darf nicht sein! Sobre la ilegitimidad del llamado “Derecho penal del enemigo” y la idea de seguridad”, op.cit., pág. 478.

<sup>1574</sup> En este sentido se torna evidente que la descripción que ofrece Jakobs del Derecho penal del enemigo se corresponde con la evolución del Derecho penal moderno y con determinadas tendencias de las últimas reformas de Derecho penal. Constatada la existencia del derecho penal del enemigo dentro de nuestros ordenamientos la discusión fundamental versa sobre su legitimidad. De forma contraria, Jakobs no habla de una tendencia expansiva ilegítima, sino que sienta las bases discursivas para su legitimación, y esto es lo que produce el constante rechazo de la doctrina. En este sentido, entre otros, Cancio Meliá, M., *Derecho penal del enemigo*, op.cit., págs. 16-18, 61 ss.; Demetrio Crespo, E., “El Derecho penal...”, op.cit., págs. 481 ss.; Gracia Martín, L., *Prolegómenos...*, op.cit., págs. 120 ss; Laurenzo Copello, P., “Recensión a la Expansión del Derecho penal de Silva Sánchez”, en *Revista de Derecho y Política Criminal*, núm. 12, 2003, pág. 455; Portilla Contreras, G., “Fundamentos teóricos del Derecho penal y procesal del enemigo”, en *Jueces para la Democracia*, núm. 49, 2004, pág. 43; Muñoz Conde, F., “De nuevo sobre el “Derecho penal del

Si la pena sólo cumple su contenido comunicativo con el ciudadano, indefectiblemente, frente al enemigo, la pena sólo reputará un mecanismo de defensa de la sociedad frente a la fuente de peligro, la pregunta que resta es cuándo y bajo qué circunstancias, uno deviene enemigo.<sup>1575</sup>

Porque según Jakobs “a pesar de que sigue siendo correcta la posición de que un adversario por principio debe ser tratado de modo distinto que un ciudadano con defectos más bien pasajeros, es decir, debe ser tratado precisamente como enemigo. Lo único es que hoy (para diferenciarlo históricamente de la teoría de Hobbes) no debe entenderse por adversario de principio (sólo) un adversario del poder establecido, sino que debe ser *entendido como adversario de la sociedad constituida en un régimen de libertades*”.<sup>1576</sup>

Con toda certeza, será difícil determinar quiénes son exactamente los sujetos que deben incluirse en esta categoría, pero no es imposible: Jakobs nos proporciona difusas señales; de este modo, quien se ha convertido a sí mismo en una parte de estructuras criminales solidificadas, diluye la esperanza de que podrá encontrarse un *modus vivendi* común a pesar de algunos hechos criminales aislados, hasta convertirla en una mera ilusión, es decir, precisamente, en una expectativa “infinitamente contrafáctica.”<sup>1577</sup>

En la relación entre juridicidad y efectividad, dicho autor entiende que la pena aplicada jurídicamente implica limitaciones que una sociedad consciente de riesgos no acepta, por las restricciones que ella implica, de allí la necesidad de un balance constante entre juridicidad y efectividad. La incompatibilidad entre

---

*enemigo*”, en Cancio Meliá, M., /Gómez Jara-Díez, C., (coord.), *Derecho penal del enemigo...*, Vol. 2, op.cit., págs. 339-340; Feijóo Sánchez, B., “*El Derecho penal del enemigo...*”, op.cit., págs. 805-806.

<sup>1575</sup> En este sentido, en el texto “¿*Derecho penal del enemigo? Un estudio acerca de los presupuestos...*”, op.cit., pág. 105, para contestar el reproche que se le hace a Jakobs en relación con la indeterminación del carácter de enemigo, el autor contrapone “la constatación es correcta, pero a título de reproche, se encuentra erróneamente formulada: el “ciudadano” o el “Derecho penal del ciudadano” y el “enemigo” o “Derecho penal del enemigo” son tipos ideales que no existen en la práctica en configuración pura. Lo práctico siempre está en la zona intermedia y lleva por ello el estigma de todos los tipos mixtos es decir, el de la imprecisión. De hecho, no me he inventado las caracterizaciones del enemigo, sino que he intentado destilarlas de las leyes que el legislador ha llamado de combate y otros preceptos. Y si entonces –por permanecer en la imagen- se mezclan alcoholes puros con sustancias propias de un garrafón, ello se debe a la masa de destilación de la ley, no a quien destila.”

<sup>1576</sup> Cfr. Jakobs, G., *La finalidad...*, op.cit., pág. 111, concluye que “con carácter general el daño social no puede ser determinado abstractamente mediante una simple observación del autor y del hecho, sino que más bien depende de la fortaleza o la debilidad de la estabilidad de la estructura normativa de la sociedad: una sociedad segura de sí misma castiga de forma más suave que otra que se encuentra amenazada de disolución. En otro de sus textos, “¿*Terroristas como personas...?*”, op.cit., pág. 80, afirma que el fin del Estado de Derecho no es la máxima seguridad posible para los bienes, sino la vigencia real del ordenamiento jurídico, y en el época moderna, la vigencia real de un Derecho que hace posible la libertad.

<sup>1577</sup> Jakobs, G., “¿*Derecho penal del enemigo? Un estudio acerca de los presupuestos...*”, op.cit., pág. 104.

juridicidad y efectividad constituye el problema central del Derecho penal flexible.<sup>1578</sup>

Desde este punto de vista, la efectividad de la reacción penal ante determinados fenómenos que requieren respuesta pudiera permitir, de cierto modo, apartarse más o menos de la juridicidad de la pena. Dicha eficacia sería necesaria con el fin de evitar la destrucción del ordenamiento jurídico.<sup>1579</sup>

En la tríada “vigencia de la norma-persona-juridicidad de la pena” y su opuesto “combate de peligros futuros-enemigos-efectividad de la reacción penal”, se basa entonces la dicotomía que realiza el autor entre el Derecho penal del ciudadano y el derecho penal del enemigo.<sup>1580</sup> De allí que en el estado de excepción sigue existiendo en sentido jurídico un orden, aunque no un ordenamiento jurídico; en el caso excepcional, el Estado suspende el Derecho en virtud de un Derecho de autoconservación. Los dos elementos del concepto de ordenamiento jurídico se enfrentan y demuestran su autonomía conceptual. Del mismo modo que en el caso normal el elemento autónomo de la decisión puede ser reducido a un mínimo, en el caso excepcional se destruye la norma. El caso excepcional manifiesta la esencia de la autoridad estatal del modo más claro.

Aquí la decisión se separa de la norma y la autoridad demuestra que ella, para crear Derecho, no necesita tener Derecho. Los requisitos normativos de las proposiciones jurídicas ciudadanas, de los Derechos ciudadanos universales, se incluyen sin más, en la masa política de insolvencia a favor del mantenimiento situacional del poder.<sup>1581</sup>

Por otra parte, la suspensión de la forma *persona en Derecho* vive de puntos de partida sustanciales cuya disponibilidad en una teoría de la validez es dudosa en formaciones sociales democráticas. Ello porque, como afirma Agamben con relación al régimen nazi, “ la pregunta correcta con respecto a los horrores del campo (de concentración) no es, por consiguiente, aquella que requiere hipócritamente cómo fue posible cometer en ellos delitos tan atroces en relación con seres humanos; sería más honesto, y sobre todo más útil, indagar atentamente acerca de los procedimientos jurídicos y los dispositivos políticos que hicieron posible llegar a privar tan completamente de sus Derechos y prerrogativas a unos seres humanos hasta el punto de que realizar cualquier tipo de acción contra ellos no se considerara ya como un delito.”<sup>1582</sup>

---

<sup>1578</sup> Jakobs, G., *La ciencia del Derecho penal...* op.cit., pág. 27.

<sup>1579</sup> Jakobs, G., *Derecho penal del enemigo...*, op.cit., pág. 47, nota 4. En tanto que “los enemigos son individuos a los que hay que impedir mediante coacción que destruyan el ordenamiento jurídico.”

<sup>1580</sup> Modollell González, J.L., “*El Derecho penal del enemigo: evolución (¿o ambigüedades?) del concepto y su justificación*”, en Cancio Meliá, M., /Gómez Jara-Díez, *El Derecho penal del enemigo*, op.cit. Vol. 2, pág. 330; Gracia Martín, L., “*Sobre la negación de la condición de persona como paradigma del “Derecho penal del enemigo”*”, op.cit., págs. 1060 ss.

<sup>1581</sup> Müssig, B., “*Derecho penal del enemigo....*”, op.cit., págs. 382 ss.

<sup>1582</sup> Agamben, G., *Homo Sacer, El poder soberano y la nuda vida*, (trad. Gimeno Cuspinera), 3ª reimpresión, Pre-textos, Valencia, 2003, págs. 217-218.

También es dudoso que las condiciones de la institucionalización del Derecho, en palabras de Jakobs “vigencia real, directora de la orientación en Derecho”, para las sociedades complejas y funcionalmente diferenciadas puedan quedar vinculadas de modo adecuado a la disposición interna de determinados individuos. Lo decisivo para la institucionalización social del Derecho es una infraestructura basada en el poder de imposición del Derecho que lo garantice como praxis social y no imponiendo una disposición psíquica.<sup>1583</sup>

De allí que el Derecho penal del ciudadano se encamina hacia la reproducción del orden establecido mediante el intento continuado de prevenir la erosión contigua del Derecho. Por el contrario, el Derecho penal del enemigo es un Derecho que apela a la situación de necesidad, frente a lo real, en la que se encuentra el orden normativo y entonces éste, desde la excepción, pretende la restauración de condiciones propicias para restablecer el orden y la paz deseados.<sup>1584</sup>

En virtud de lo expuesto, es dable afirmar que el derecho penal del enemigo es consecuencia de la importancia otorgada a la expectativa de la seguridad, en una época en la que se encuentran en proceso de rearticulación las coordenadas de definición del pacto social. Todo ello, encuentra fundamentación material en la *necesidad*. También podría ser explicado en términos luhmannianos de teoría evolutiva del Derecho. Según esta teoría el sistema normativo evoluciona adecuando en su reacción expectativas cognitivas y normativas de tal forma que de la superabundancia de expectativas cognitivas y normativas sólo se institucionalizan y se transforman en Derecho aquellas que superan los filtros de selección y estabilización.<sup>1585</sup>

Como corolario, la existencia de una determinada expectativa, que tal vez sólo era latente, se reconoce en su defraudación, la cual, ante su repetición puede llegar a plasmarse en Derecho positivo y exigir de ese modo una reacción jurídica. Como apuntan Scheerer *et al.*, “Este es el caso del Derecho penal del

---

<sup>1583</sup> Müssig, B., *op.ult.cit.*, pág. 386.

<sup>1584</sup> En este sentido, de la misma forma que para Schmitt no puede pretenderse la aplicación normal de la ley cuando los peligros y amenazas trastocan esa normalidad que requiere, para su mantenimiento, de decisiones excepcionales propias. De hecho, esta parece haber sido la postura de Jakobs hace más de 20 años, cuando sostuvo que el Derecho penal del enemigo sólo era legítimo como Derecho de excepción. Sin embargo, en el transcurso de todo este tiempo, comienza a faltar esa condición en las declaraciones ulteriores. En su lugar, el Derecho penal del enemigo se convierte en una reacción frente a individuos que mediante su comportamiento muestran que se han apartado -probablemente de manera duradera- del Derecho, es decir, que no prestan la garantía cognitiva suficiente para ser considerados personas en Derecho. Véase Scheerer, S., *et al.*, “Seis preguntas.....”, *op.cit.*, pág. 920; Schünemann, B., “¿Derecho penal del enemigo? Crítica a las insoportables...”, *op.cit.*, pág. 981; Grosso García, M.S., “¿Qué es y qué puede ser el Derecho penal del enemigo?”, *op.cit.*, pág. 13.

<sup>1585</sup> Véase *infra* 5.2.

enemigo que se adecua a los desafíos actuales, y ofrece una forma de reacción jurídica frente a las nuevas formas de defraudación de expectativas.”<sup>1586</sup>

Con base en estos términos es dable resaltar, una vez más, la circularidad que construye Jakobs, puesto que no basta con afirmar la existencia de dos categorías de sujetos y la legitimidad del Estado para apartar a los enemigos, en aras de la protección de los otros.<sup>1587</sup> Es posible que lo que Jakobs pretenda afirmar es que en el Derecho penal del ciudadano, la pena sería la consecuencia de un hecho ya acaecido, y para el caso del derecho del enemigo la pena estaría avocada a prevenir la comisión futura de hechos, como una medida predelictual.<sup>1588</sup> En este segundo caso, se cristaliza la deriva tecnocrática, donde el derecho se vuelve ilegítimo *ab initio* por ser contrario al principio del hecho.<sup>1589</sup>

#### 4.12. La alteridad demonizada

Los postulados del Derecho penal de la culpabilidad han sido puestos tradicionalmente en tela de juicio por el derecho penal de la peligrosidad, propios del positivismo criminológico.<sup>1590</sup> El primero de ellos sostiene que para que un ser humano se le pueda reprochar una conducta, es imprescindible que tenga la

---

<sup>1586</sup> Scheerer, M, *et al.*, op.ult. cit. pág. 921.

<sup>1587</sup> Jakobs, G., *¿Derecho penal del enemigo? Un estudio...*, op.cit., pág. 109, al momento de aclarar qué entiende él por enemigo, intenta distanciarse de la teoría de Schmitt, diciendo que su enemigo no se refiere a al enemigo en cuanto adversario existencial. Porque Schmitt –según Jakobs- no hace referencia al delincuente sino al *hostis*, al *otro*, dentro del Estado. Así, en el Derecho penal del enemigo es un delincuente de aquellos que cabe suponer que son permanentemente peligrosos, un *inimicus*. No es *otro*, sino que debería comportarse como un igual, y por ello se le atribuye culpabilidad jurídico penal, a diferencia del *hostis* schmittiano. Sin embargo, cuando Jakobs recurre a Hobbes y Kant, los enemigos para éstos son fundamentalmente aquellos que atentan contra el poder establecido, son *crimina maiestatis*, desde el momento en que establece dos formas de delito, o mejor dicho, dos ordenes jurídicos contra los que el delito puede ser cometido: bien el delito es cometido frente a la ley natural que presupone la existencia del mismo estado, de tal modo que quien lo comete ya no es ciudadano, sino enemigo del estado contra quién se reacciona de acuerdo con el Derecho de guerra y no con el Derecho de estado. A mayor abundamiento véase, Pérez del Valle, C., “Derecho penal del enemigo...”, op.cit., pág. 605.

<sup>1588</sup> Aponte, A., “Derecho penal del enemigo vs. Derecho penal del ciudadano. Günther Jakobs y los avatares de un Derecho penal de la enemistad”, Revista Brasileira de Ciências Criminales, núm. 51, año 12, noviembre-diciembre 2004, pág. 17, El “otro” es siempre un enemigo potencial, de modo que “no es el ciudadano libre capaz de respetar el Derecho el que subyace al prescripción penal, es la peligrosidad de las personas la que entonces, y más allá de toda situación abierta, lleva a alimitación delas formas jurídicas. Se trata, en términos generales, de la consolidación paulatina del paradigma de la prevención como paradigma predominante en el sistema de Derecho penal, de la represión del injusto a la prevención de un peligro.”

<sup>1589</sup> Entre otros, véase Gómez Martín, V., “Sobre la distinción entre el Derecho penal del ciudadano y Derecho penal del enemigo en la concepción de Günther Jakobs”, op. cit., pág. 1046.

<sup>1590</sup> Por todos, véase Bergalli, R., /Bustos Ramírez, J., /Miralles, T., *El pensamiento criminológico I. Un análisis crítico*, Homo sociologicus, Península, Barcelona, 1983, en especial, págs. 31-35, 51-90.

posibilidad de elegir, esto es, de autodeterminarse. En cambio, *si se pensase que el hombre sólo actúa motivado por causas que lo determinan y que no es posible distinguir la conducta humana de los otros hechos de la naturaleza, estaremos en presencia de una caracterización peligrosista del Derecho penal*. De este modo, “una situación análoga llegó con su espiritualización mediante la culpabilidad de autor, para la cual la acción es un constructo jurídico-penal útil para fijar un injusto que sirve para serle reprochado al autor, en razón directa del grado de genuina manifestación de personalidad enemiga del Estado.”<sup>1591</sup>

*El principio de culpabilidad es el más importante de los que se derivan en forma directa del Estado de Derecho, porque su violación comporta el desconocimiento de la persona*. En este sentido, imputar una lesión o un peligro para el bien jurídico, sin la previa constatación del vínculo subjetivo con el autor, equivale a degradar al autor asimilándolo con una cosa causante. En cuanto al primer aspecto del principio de culpabilidad, es decir, la exclusión de la posibilidad de imputar un resultado fortuito, se ha violado especialmente en legislaciones pertenecientes a regímenes autoritarios, al momento en que establecen la vinculación entre un mal social con la sola pertenencia a organizaciones, religión, etnia, etc. La relación umbilical entre el derecho penal de autor, el derecho penal autoritario y, a su vez, la imagen bélica legitimante del poder punitivo, se traduce en la creación de la figura de un enemigo contra el que habrá que combatir.<sup>1592/1593</sup>

En este sentido, la captura de la racionalidad instrumental de la naturaleza comprende a la conducta no como un dato autónomo, sino como manifestación del carácter atentatorio de su existencia. El concepto de riesgo, bajo el paradigma de la gestión, se ubica en el centro de la estrategia política punitiva, pues ya que mediando la conversión de los efectos en causas producirá desplazamientos en los criterios de culpabilidad, lo cual se verá reflejado sin duda en los fines de la pena.

Para Jakobs, delito y pena conforman la expresión de un significado comunicativo. Desde esta perspectiva *la expresión de sentido de la pena se vincula con el reconocimiento como persona de quien delinque*. La persona se define en el orden penal propuesto, básicamente, por su capacidad de producir sentido. De allí que el sistema social construye a la persona para diferenciarla de otras exteriorizaciones similares que pertenecen, sin embargo, al mundo de los fenómenos naturales.<sup>1594</sup> La pena “*significa*” la reafirmación comunicativa de la

---

<sup>1591</sup> Zaffaroni, E.R., /Alagia, A., /Slokar, A., *Derecho penal. Parte General*, op.cit., pág. 6.

<sup>1592</sup> *Ibidem*, pág. 142.

<sup>1593</sup> *Ibidem*, pág. 18; Zaffaroni, E.R., “*La legitimación del control penal de los extraños*”, op.cit., pág. 1124 ss.; Muñoz Conde, F., *Edmund Mezger y el Derecho penal de su tiempo. Estudios sobre el Derecho penal en el Nacionalsocialismo*, 4ª ed., Tirant lo blanch, Valencia, 2003, págs. 252 ss.; Gómez Martín, V., *El Derecho penal de autor*, op.cit. págs. 115 ss.

<sup>1594</sup> Jakobs, G., *Sociedad, norma y persona.....*, op.cit., págs. 29-30, continúa diciendo que “ la afirmación de que de este modo se pasa por alto al sujeto libre, no tiene nada que ver con la cuestión: éste estará presente exactamente en aquella medida en la que sea transmitido por medio

vigencia de la norma. Tampoco cabe olvidar el efecto “físico” de la pena y aquí aparece el cariz asegurativo de la pena, donde la sanción no pretende significar nada, sólo tiene la finalidad de ser efectiva a través del *dolor penal*.<sup>1595/1596</sup>

Cuando se busca la efectividad, el mero aseguramiento fáctico, no nos encontramos frente a un ciudadano, sino ante un individuo peligroso, al que habrá que neutralizar en tanto no confiere fidelidad al Derecho, y por ello habrán de prevalecer los elementos cognitivos del sistema.<sup>1597</sup>

En consecuencia, la culpabilidad en la teoría de la pena defendida por Jakobs parte de que el merecimiento individual de preferencia de la norma no es susceptible de prueba en una sociedad plural y, por lo tanto, el juicio de culpabilidad no exige que el autor haya desatendido buenas razones para comportarse de acuerdo con aquella norma que podría representarse. De acuerdo con esta línea de interpretación, basta con que el autor reivindique el rol de ciudadano libre, sin observar la norma. En este planteamiento, *“el sujeto de la imputación no está definido en cuanto a su contenido; solamente se le contempla en el rol de un ciudadano al que se le concede la libertad de administrar su propia mente y de*

---

de la comunicación, es decir, en la medida en que sea determinante de la autodescripción de la sociedad. Ciertamente, si el sujeto libre de hecho no aparece en la comunicación, efectivamente, carecerá de toda importancia; pero también puede suceder que se convierta en el objeto central de la comunicación, y entonces será el elemento dominante, por encima de todo lo demás. Por lo tanto, el punto de partida funcional no desplaza nada, sino que es neutral”.

<sup>1595</sup> Jakobs, G., *La pena estatal*, op.cit., págs. 129 ss.

<sup>1596</sup> De acuerdo con Gómez Jara-Díez, C., *“Normatividad del ciudadano versus facticidad del enemigo: sobre la necesaria autoorientación de la normativización jurídico-penal”*, en Cancio Meliá, M., /Gómez Jara-Díez, C., (coords.), *Derecho penal del enemigo...*, Vol. 1., op.cit., págs. 986-994, la pena en este caso se torna un instrumento bivalente que responde a dos fundamentos diferenciados: uno basado en la lógica discursiva (se habla con los ciudadanos) y otro en la lógica coercitiva (se lucha contra el enemigo). Ello se deriva de la objetivación de la comunicación que implicaba la imposición de la pena para Jakobs a lo largo de su obra. Así el delincuente, mediante su hecho, no sólo ha significado algo, sino que también lo ha configurado (objetivado): se produce una doble objetivación, una en el plano simbólico de su conducta y otra en el mundo externo. Dicha observación más recientemente le ha permitido la introducción del llamado dolor penal, que sirve para la salvaguarda cognitiva de la vigencia de la norma; éste es el fin de la pena, como la contradicción de la negación de la vigencia por parte del delincuente en su significado. De lo cual se infiere que el Derecho penal del enemigo asegura aquello que es necesario para la supervivencia del Derecho penal del ciudadano: la disposición cognitiva mínima de fidelidad al Derecho, y dicho aseguramiento se da en virtud de la coacción. Asimismo pone en discusión el autor español que el problema que deja sin resolver Jakobs, coherente con la concepción sistémica, es explicitar en qué consiste dicho apoyo cognitivo, porque si el autor alemán sostiene que sólo en la medida en que el contenido de la conciencia sea mínimamente fiel al Derecho podrán existir realmente expectativas normativas. No obstante, Jara Díez señala que este razonamiento implica una intervención directa de la conciencia de la comunicación, justificación que difícilmente pueda ser abalada por una configuración autopoética, donde no hay lugar a la afirmación de que el contenido de la comunicación depende del contenido de la conciencia y viceversa.

<sup>1597</sup> Véase Yacobucci, G.J., *“El dilema de la legalidad en el Derecho penal de los Derechos humanos”*, op.cit., pág. 1085.

*organizar su vida, en tanto que funcional. El sinalagma de esa libertad es el compromiso de ser fiel al Derecho.*"<sup>1598</sup>

En efecto, para poder exigir la fidelidad a la norma, ésta debe pertenecer a un ordenamiento que proporcione a cada uno los medios para el libre desarrollo de su personalidad. De allí que, como consecuencia, el destinatario de la norma se encuentre definido dentro del sinalagma, en tanto sea fiel a las normas, porque como persona en Derecho puede autoadministrarse. El concepto de persona en Jakobs solamente sirve como constructo normativo, que debe cumplirse en su portador, en caso que se le otorgue la facultad de administrar su vida, ello a partir de la fidelidad al ordenamiento.<sup>1599</sup>

Llegados a este punto, y debido a que no hay una pretensión de respeto que sea previa a cualquier intercambio jurídico, no puede hablarse de dignidad humana; entonces, la culpabilidad es un fracaso personal que puede poner en duda la contraprestación sinalagmática a una autoadministración personal. En principio, el autor, podría perder *in toto* su personalidad.<sup>1600</sup>

En consecuencia, la demonización es la técnica ideológica de presentar entidades políticas, étnicas, culturales o religiosas como radicalmente malas y nocivas, como forma de justificar un trato político, militar o social diferenciado, normalmente adverso. En la demonización, la influencia pública de un individuo o sector con un grado elevado de visibilidad representado en los medios de comunicación, se pone en juego para estimular una reacción de descrédito que elimine las restricciones morales o legales para actuar en detrimento de un grupo demonizado.<sup>1601</sup>

La deshumanización con la que es revestido el enemigo conlleva una presunción de culpabilidad debido a la tolerancia cero con lo diferente que nos expone -una vez más- al germen "alterófobo" que hay en toda sociedad.<sup>1602</sup> Como explica Zaffaroni, esto no es algo nuevo, pues ya en 1484 el *Martillo de las brujas* significó "una visión policial del saber que luego se convertiría en *visión policial de la historia*, pues siempre que se pregunta por la causa del mal se presupone que ésta se halla en un grupo que conspira. Es la *causalidad diabólica*, que luego se laicizará y producirá las teorías conspirativas de la historia y los males sociales."<sup>1603</sup>

---

<sup>1598</sup> Kindhäuser, U., "Retribución de la culpabilidad y prevención en el Estado democrático de Derecho", (trad. Muñoz Pastor), en Cancio Meliá, M., /Gómez Jara-Díez, C., *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, Vol. 2, op.cit., pág. 149.

<sup>1599</sup> Jakobs, G., *¿Derecho penal del enemigo? Un estudio acerca...*, op. cit., pág. 108.

<sup>1600</sup> Kindhäuser, U., op.ult.cit., págs. 149 ss.

<sup>1601</sup> Lascano, C.J., "La "demonización" del enemigo y la crítica al Derecho penal del enemigo basada en su caracterización como Derecho penal de autor", en Cancio Meliá, M., /Gómez Jara-Díez, C., (coords.), *Derecho penal del enemigo...*, Vol. 2, op.cit., pág. 230.

<sup>1602</sup> Delgado, M., "Nuevas retóricas.....", op.cit., *pássim*.

<sup>1603</sup> Véanse Zaffaroni, E.R., /Alagia, A., /Slokar, A., *Derecho penal. Parte General*, op.cit., pág. 272.



Por lo expuesto, es dable discutir el postulado del cual parte Jakobs: si las actividades a las que se enfrenta la sociedad ostentan una potencialidad crecientemente peligrosa, explicarían una reacción punitiva atroz; hay un enemigo, luego habrá que mostrar autoridad frente a él. En realidad sucede a la inversa: hay que mostrar autoridad, luego habrá que crear un enemigo<sup>1604</sup> que represente el peligro para el mantenimiento del sistema.<sup>1605</sup> Esta construcción discursiva oficiará de escenario para la confección de mecanismos de sumisión.<sup>1606</sup>

Sin embargo, en un Estado de Derecho, como afirma Zúñiga Rodríguez, “La estricta legalidad o legalidad material, condicionada por los vínculos de contenido que le imponen los Derechos fundamentales, se presenta así como el baremo para distinguir entre un Derecho vigente, pero inválido, entre un Derecho que “es” pero que no respeta el “deber ser”, entre legitimidad formal y legitimidad material o sustancial, entre la racionalidad formal y la racionalidad material de las normas jurídicas y de la actuación política que respeta esa legalidad,”<sup>1607</sup> cuya flexibilización no podrá ser invocada dentro de un Estado democrático.<sup>1608</sup>

Cuando la ley penal es instrumentalizada como el dispositivo para la creación de identidad social, en un *espacio excepcional* que ha devenido su forma normal de gobierno, encontramos una inercia irreflexiva respecto de la validez del ordenamiento, provocando la clausura de las posibilidades de cuestionamiento de las instituciones.<sup>1609</sup>

---

<sup>1604</sup> Bastida Freixeido, X., “Los bárbaros en el umbral. Fundamentos filosóficos del Derecho penal del enemigo”, en Cancio Meliá, M., /Gómez Jara-Díez, C., (coord.), *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, Vol 1., op.cit., pág. 296.

<sup>1605</sup> Así Cancio Meliá, M., “De nuevo: ¿Derecho penal del enemigo...?”, op.cit., pág. 382, “la cuestión de si la sociedad preferirá sucumbir o asumir recortes de ámbitos de libertad y ampliaciones masivas de los medios de intervención estatal –en cuya cúspide se encuentra la “pena” exacerbada que es la pena dacroniana impuesta al *enemigo* –sencillamente no procede, no se plantea; no se ve abismo alguno si se observa la realidad. Es ésta, en todo caso, una apreciación de carácter político criminal (aunque quiera darse otra respuesta a la cuestión planteada) que excede de la mera descripción o sistematización.”

<sup>1606</sup> Como pone de manifiesto Bastida Freixedo, X., “Los bárbaros...”, op.cit., pág. 297, “si el Derecho deja de ser concebido como la expresión contingente de las fuerzas políticas y pasa a ser un indicador identitario, entonces se consuma el salto de lo políticamente posible a lo socialmente necesario. Y con ello se da un espaldarazo definitivo a la servidumbre voluntaria...”

<sup>1607</sup> Zúñiga Rodríguez, L., *Política Criminal*, op.cit., pág. 25.

<sup>1608</sup> Bastida Freixeido, X., “Los bárbaros en el umbral...”, op.cit., pág. 296.

<sup>1609</sup> En este sentido, es el propio sujeto que con su conducta se autoexcluye, por lo que estaría justificado el “combate” frente a él. En este sentido, como ponen de manifiesto Cancio Meliá, M., /Feijóo Sánchez, B., “¿Prevenir riesgos...?” op.cit., pág. 78 “la tajante separación de fines y significados, entre función preventivo-inocuidadora y comunicación social, alcanza aquí el punto álgido que conduce a dar el paso de la separación funcional de los ámbitos de regulación y conduce a afirmar que el Derecho penal del enemigo jurídico-positivo cumple una función distinta del Derecho penal (del ciudadano).”

Dicho en términos de la evolución de Jakobs, la consecuencia de la teoría de la separación entre *los dos derechos penales* conduce a que, en puridad, aquí se abandone la teoría de la pena para entrar en la teoría de la guerra; en este sentido, la función expresiva que se le adjudica a la misma se cristaliza en la creación de un *plus*: una categoría subhumana, lo cual se corresponde con la *necesidad* de dirigir hacia los “normales” un *significado* rotundo. En este sentido, la *creación del enemigo*, que ha acompañado las mutaciones de la soberanía históricamente, produce tres virtualidades: en primer lugar, estimula la obediencia del ciudadano ante la autoridad; en segundo lugar, educa en la obediencia y, por último, crea lazos de identidad, pues el enemigo es tal por poner en riesgo el modelo básico de convivencia y por construir su identidad al margen del Derecho.<sup>1610</sup> Asimismo, la característica que completa hoy a estos rasgos de la enemistad reside en convertir en funcional las exclusiones que realiza la política tecnocrática.

#### 4.13. La construcción simbólica de significado

En la actualidad el Derecho penal está experimentando un fenómeno de crecimiento y endurecimiento que, esta vez, no es consecuencia de los desmanes de regímenes totalitarios, sino que, por el contrario, surge en muchas de nuestras democracias, como “decisión” política de dar respuesta a las reivindicaciones de la ciudadanía. En semejante contexto, la labor del Derecho penal como ciencia deviene más *compleja*, puesto que se trata de *valorar* un fenómeno de ampliación de los tipos delictivos y de endurecimiento de las penas y el endurecimiento de la ejecución de las sanciones que, a diferencia de lo que sucedía en el pasado, recibe su impulso de la opinión pública y es ejecutado por un poder político que cuenta con plena legitimidad democrática.<sup>1611</sup>

Debido a que la garantía de seguridad frente a un enemigo se convierte en el imperativo del Estado actual, una situación de inestabilidad normativa y cognitiva en contextos específicos o no tanto, amplifica la demanda social de la que las instituciones deberán tomar cuenta y partido. Claramente surge una transformación, donde las finalidades de la pena residirán en la eliminación de la condición subjetiva de alarma social, consolidando asimismo la actitud interna de conformidad y fidelidad hacia el ordenamiento, representada como si estuviera constantemente expuesta al riesgo de los actos infieles.

Asimismo, la perspectiva que subyace al derecho penal del enemigo, esto es, la protección frente a riesgos, es posible a partir de la separación que establece

---

<sup>1610</sup> Bastida Freixedo, X., “Los bárbaros...”, op.cit., pág. 297; asimismo véase *supra* 1.9.

<sup>1611</sup> Ragués I vallés, R., “Retos actuales de la Política Criminal y la dogmática penal” en Pensamiento penal y criminológico, Revista de Derecho penal Integrado, año IV, núm. 6, 2003, Mediterránea, Córdoba, abril de 2003, págs. 240 ss.

Jakobs entre los fines manifiestos y latentes de la pena, que adquiere un perfil más claro en sus últimos escritos. Internamente, los atentados representados por el enemigo, también son legitimables en virtud de la autoexclusión con instrumentos no pueden sobrepasar la medida de lo *necesario*.<sup>1612</sup>

Las modulaciones de poder imperial, la lectura que se hace de la realidad, de la inseguridad producida en la subjetividad, correspondiente a la sociedad del riesgo, exigen hacer una salvedad: el derecho penal simbólico no hace referencia exclusivamente a un grupo definido de tipos penales concebidos *ab initio* para su inaplicación o por la falta de incidencia efectiva en la resolución de los conflictos en términos instrumentales,<sup>1613</sup> sino que identifica un “especial significado simbólico del proceso mismo de criminalización, es decir, la especial importancia otorgada por el legislador a los aspectos de comunicación política<sup>1614</sup> a corto plazo en la aprobación de las correspondientes normas.”<sup>1615</sup>

El espectáculo simbólico se refleja también en lo característico de las conductas propias de los “enemigos”, es decir, el carácter vulnerable de los principios que configuran la identidad social que, a fin de cuentas es lo que se pretende tutelar.<sup>1616</sup> Por ello, la cuestión de si puede haber un derecho penal del

---

<sup>1612</sup> La “medida” de la necesidad es la indeterminación del espacio excepcional creado por la distinción entre persona y no persona. Véase *supra* 4.8. Cuando el Derecho penal deviene simbólico para reafirmar identidades necesariamente se expande, porque de operar como continente en el modelo moderno de soberanía pasa a operar como “contenido” de un fluir imperfecto para articular una soberanía imperfecta también. Un Derecho líquido que se escurre por las virtualidades del capital.

<sup>1613</sup> Cancio Meliá, M., “De nuevo...”, *op.cit.*, pág. 347.

<sup>1614</sup> Así las cosas, como señala Resta, F., “*Enemigos y criminales....*”, *op.cit.*, pág. 764, se trata de la imposición de la *sécurité* sobre la *sûreté*. En la declaración universal de los Derechos del hombre y del ciudadano de 1789, la *sécurité* constituía el Derecho del ciudadano a la garantía por parte del Estado a la seguridad: seguridad en el estado; la *sûreté* indicaba el Derecho “natural e imprescriptible” del hombre a la seguridad frente al Estado. Las actuales políticas de seguridad han reducido esta dicotomía a una ecuación, sobre la base del axioma mistificante, de acuerdo con el cual, la *sûreté* sólo puede realizarse dentro de la *sécurité*. Aporía a través de la cual se oculta el origen real de los fenómenos criminales que son la consecuencia inescrutable de la pérdida de legitimación del ordenamiento, cuyo aspecto primario es la ineficiencia de los mecanismos democráticos de control social. Todo ello evidencia la instrumentalización de las instancias represivas surgidas de la difusa sensación de inseguridad que se convertirá en el contenido de la razón de Estado impuesta sobre el Estado de Derecho. Partiendo de la razón de Estado como parámetro de autorregulación de la política, pre y metajurídico, ésta constituye el criterio axiológico en cuyo nombre el Estado de Derecho pretende legitimar jurídicamente su propia subversión, defendiéndose a través de su propia negación. En el proceso simbólico, el elemento decisivo es que se produce la exclusión de una determinada categoría de sujetos, como forma de rearticular una nueva subjetividad correspondiente con el momento actual de desanclaje de las estructuras que nos cobijaban.

<sup>1615</sup> Cancio Meliá, M., “De nuevo...”, *op.cit.*, pág. 355.

<sup>1616</sup> Sin embargo, como sostiene Cancio Meliá, M., *op.ult.cit.*, pág. 371, “la respuesta jurídico-penalmente funcional no puede estar en el cambio de paradigma que supone el Derecho penal del enemigo, sino que, precisamente, la respuesta idónea en el plano simbólico al cuestionamiento de una norma esencial debe estar en la manifestación de normalidad, en la negación de la

enemigo habría que discutirla en el ámbito de la función de la pena. Porque en el derecho penal del enemigo probablemente haya que ubicarlo en la *creación (artificial) de criterios de identidad entre los excluyentes mediante la exclusión*; <sup>1617</sup> es decir, el derecho penal del enemigo está abocado esencialmente a la rearticulación de los límites de lo incluido/excluido.<sup>1618</sup>

La pena, en tanto manifestación tangible de la expresión de la consecución de seguridad por la autoridad, extrae así legitimación de la “delegación” efectuada por los súbditos en la constitución de la sociedad civil. En este sentido, la retórica del control - extrayendo legitimación de la lógica de la defensa social y de la segregación punitiva- necesariamente ha de atender al interés de la suerte individual de quien, por mera contingencia, sufra el delito. Este modo configura la única posibilidad a través de la cual la pena pueda fundarse en la necesidad de la reafirmación del orden violado, proyectado ideológicamente no ya sobre determinadas formas de criminalidad, sino sobre estereotipos de autores, ahora enemigos.<sup>1619</sup>

En el contexto brindado por una política punitiva simbólica, no es extraño que, respecto de los derechos y de la configuración de una subjetividad imperial de un ciudadano-consumidor, el papel de la víctima ofrezca un núcleo asociativo que brinda plausibilidad al desarrollo de un *sujeto colectivo, cuya identidad político-social se asienta en el miedo*.

En este sentido, la víctima potencial se inserta en el paradigma de la oportunidad: en esta línea de evolución tecnocrática, se percibe la desviación no como el reflejo de un déficit social, sino como la consecuencia del aumento de las oportunidades de delinquir, convirtiéndose la relación con el delincuente en un riesgo contingente de la interacción social. Efectivamente, “la víctima es condenada a una situación paradójica: mientras en la dinámica política representa una instancia frecuentemente objeto de negociaciones propagandísticas de gran resonancia, en el contexto de la justicia penal su papel se reduce al de una comparsa marginal, porque en aquel escenario se representa otro guión, el del crimen de lesa majestad.”<sup>1620</sup> En consecuencia, el proselitismo de la víctima llegará a convertirla en el protagonista de la escena política mediante la confección de una plataforma de consenso político a favor del poder constituido que extrae su propia legitimación de la instrumentalización de la alarma social, conduciendo el proceso de criminalización como factor de

---

excepcionalidad, es decir en la reacción conforme a los criterios de proporcionalidad y de imputación que están en la base del sistema jurídico-penal normal”. Respecto de la autoexclusión que pretende el “enemigo” con su conducta es necesario “la mayor desautorización que puede corresponder a esa defección intentada por el enemigo es la reafirmación de la pertenencia del sujeto en cuestión a la ciudadanía.... No cabe admitir apostasías del estatus de ciudadano”.

<sup>1617</sup> *Ibíd.*, págs. 372-373.

<sup>1618</sup> Véanse *supra* puntos 1.10; 1.11; 2.3; 2.4.

<sup>1619</sup> Véase Resta, F., “*Enemigos y criminales. Las lógicas del control..*”, *op.cit.*, pág. 740.

<sup>1620</sup> *Ibíd.*, pág. 739.

propulsión del mandate de implicación de los ciudadanos en el sostenimiento del Estado.<sup>1621</sup> De este modo las finalidades de la pena se equiparan consecuentemente con la erradicación de la alarma social, consolidando una actitud interna de identificación con el *status quo*, cuya profesión de fe sobre la estructura normativa se enaltece en contra de la constante amenaza que produce el fenómeno criminal. El talional espectáculo público de la pena aplacará los deseos de venganza de la sociedad.

Si consideramos que el rito de la venganza nació para restaurar el orden violado y la expiación para aplacar la furia divina, actualmente el ejercicio monopólico del poder punitivo tiende a anular la conflictividad de las interacciones sociales. Este contexto de instrumentalización del riesgo a ser victimizado induce a la identificación colectiva en el cuerpo social amenazado por el enemigo. El poder impone la falta de disenso mediante el miedo hobbesiano.<sup>1622</sup>

Todo el *espectacular* despliegue pretende dar cauce a la gobernabilidad de la complejidad social mediante un código rígidamente binario: la neutralización del criminal en nombre de la tutela de la sociedad, representada como víctima del delito. De esta manera no hay otra posibilidad que la de adscribir a la pena el fin de reafirmar la vigencia del ordenamiento, sublimando la necesidad colectiva de venganza, proyectado ideológicamente sobre estereotipos de desviados-enemigos.<sup>1623</sup>

La aparente paradoja a la que conduce esta lógica “defensista”, presupone una idea de pena como una función identitaria de la estructura social; en otros

---

<sup>1621</sup> Brandariz García, J.A., “Nuevos riesgos, nuevas ansiedades...”, op.cit., pág. 147, donde expresa la necesidad de comprender “las mediaciones significativas que determinan que esa inseguridad sentida sea transmutada colectivamente como disminución de los niveles de tolerancia social, como obsesión por la vigilancia y el control (terreno abonado para la difusión de las prácticas criminológicas de la denominada *prevención situacional*), como deseo de fortificación y de segregación ante sectores percibidos como portadores de riesgos de carácter criminal”. Asimismo véase *supra* 2.7.

<sup>1622</sup> Véase *supra* 2.7.b; Garland, D., *La cultura.....*, op.cit., pág. 178. La actitud de la sociedad frente a la violencia se ve como canal viabilizador de la utilización de términos como lucha, eliminación, inocuización, exclusión, etc.; en perjuicio de actitudes solidarias, asimismo produce el abandono de la prevención entendida como resocialización o no-desocialización de la pena, para entender por prevención la herramienta eficaz frente a la violencia y el delito. Porque se trata de la imposibilidad de una juridicidad completa, es decir, contradice la equivalencia entre racionalidad y personalidad, es por esto que se produce el quiebre de este segundo elemento para dar lugar a la formación de un Derecho penal para no personas. De acuerdo a lo expresado por Terradillos Basoco, J.M., “Una convivencia cómplice. En torno a la construcción teórica del denominado “”, op.cit., pág. 1024, “más allá de las fundadas críticas que provienen de las corrientes minimalistas o abolicionistas del Derecho penal, sólo la revisión de las estrategias político-criminales desde sus consecuencias, en un contexto de total vigencia de los principios de lesividad y de intervención mínima, puede ser fuente de limitación. Porque obliga a repensar esas estrategias desde el plano de lo imprescindible que, además sea, eficaz. Dicho de otro modo: desde la necesidad preventiva de pena.”

<sup>1623</sup> Resta, F., “Enemigos...”, op.cit., pág. 741.

términos, si la pena es la confirmación de la identidad normativa de la sociedad mediante la marginalización del significado del hecho y la privación de los medios de desarrollo del “opositor” con la función de neutralización e incapacitación, su fin latente se dirige hacia una no-persona.<sup>1624</sup> Desde el punto de vista de la teoría sistémica la persecución sin ambages de la eficacia, de la aplicación *real* de la norma, deriva en el círculo vicioso <sup>1625</sup>que se gesta cuando se pretende responder a la defraudación de la expectativa que, como sostiene Jakobs, no podrá ser “eternamente contrafáctica.”

Al hilo de esta premisa, el autor afirma en el prólogo de su trabajo, *sentido y finalidad de la pena estatal* <sup>1626</sup> que, en la vida social, los sujetos fieles al ordenamiento se orientarán exclusivamente con base en el deber ser, ni siquiera de manera sectorial, sino “que lo harán en atención a la estructura normativa real de la sociedad.” Real significa que se trata de una estructura que está implantada en el ser, de lo contrario *la orientación será puramente cognitiva*. De allí que la distinción entre persona y enemigo se obtenga mediante el análisis de los presupuestos tomados desde una juridicidad practicada, es decir, que rige la orientación en el plano del ser, en tanto que lo que debe existir termina en lo eternamente contrafáctico.<sup>1627</sup>

---

<sup>1624</sup> Jakobs, G., *Derecho penal del enemigo*., op.cit., pág. 37. Polaino Navarrete, M.,/ Polaino-Orts, Miguel, “*Derecho penal del enemigo: algunos falsos mitos*”, en Cancio Meliá, M.,/Gómez Jara-Díez, C., (coords.), *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, Vol. 2, op.cit., pág. 623, en el intento de desvelar los “mitos del Derecho penal del enemigo” sostiene que con ello lograba explicar Jakobs las normas de flanqueo. Para poder enjuiciar la legitimidad de dichas normas, es necesario analizar las condiciones de vigencia de las normas, porque su eficacia depende del aseguramiento de las expectativas. Véase Bung, J., “*Direito penal do inimigo como teoria da vigência da norma*”, op.cit., págs. 123 ss. Así las cosas, el estatuto de la ley penal actual determina una prevalencia de los fines latentes sobre los fines manifiestos de la pena en la medida en que tiene mayor necesidad de una orientación cognitiva a través del Derecho penal que asegure el respeto a la norma primaria que, más allá de su apéndice sancionador, reafirme la validez del precepto. De ello deriva el hecho de que en las sociedades del riesgo la pena determinada conforme a los principios del Estado de Derecho se presente como de carácter insuficiente para los fines de pacificación. La reafirmación contrafáctica de la validez de la norma tiene como presupuesto una violación marginalizable. Cuando la garantía de las expectativas normativas se convierte en lábil y marginal, la reacción de la sociedad contra el hecho ilícito de uno de sus miembros, se convierte en reacción frente al enemigo. Como producto derivado de la excesiva funcionalización, lo predicable de la norma lo es también para la personalidad del sujeto. Éste ha de prestar una base cognitiva (seguridad) de que se halla en condiciones de acatar la norma.

<sup>1625</sup> Cfr. Zaffaroni, E.R., /Alagia, A., /Slokar, A., *Derecho penal. Parte General*, op.cit., pág. 138.

<sup>1626</sup> Jakobs, G., *La pena estatal, sentido y finalidad*, Prólogo, op.cit., pág.13, revisa su anterior posicionamiento. En este sentido la cimentación cognitiva de la norma se mantiene porque el dolor penal transforma el hecho en una empresa fracasada y no es sólo una función latente de la pena. De este modo, el concepto de culpabilidad se preconfigura con la obligación del autor de soportar una marginalización para mantener el carácter vinculante de la norma y un dolor penal para mantener el apoyo cognitivo: al autor se le trata como una persona que tiene una deuda con la sociedad, del mismo “¿*Derecho penal del enemigo? Un estudio...*”, op.cit., pág.105.

<sup>1627</sup> Jakobs, G., “¿*Derecho penal del enemigo?...*”, op.cit., pág. 108; Polaino Navarrete, M., /Polaino Orts, M., “*Derecho penal del enemigo....*”, op.cit., pág. 626.

La pena entonces involucra dos aspectos: la parte simbólica que se dirige a negar el carácter vinculante de la actitud infiel al Derecho y la *cimentación cognitiva* que se mantiene en virtud del *dolor penal*. Éste transforma el significado del hecho traduciéndolo en una empresa que ha fracasado. Asimismo, el carácter de persona también precisa de apoyo cognitivo, de allí que junto a la consideración de la pena como una *deuda* por el hecho acaecido, aparecen las *medidas necesarias* para el aseguramiento frente a los hechos venideros.<sup>1628</sup>

El mantenimiento de la norma, en su función de apoyar la cimentación cognitiva,<sup>1629</sup> deviene crecientemente *necesaria* frente a la amenaza.<sup>1630</sup> De donde puede deducirse que lo implicado por la eternidad de la contrafactividad -que pretende ser capturada por el derecho penal del enemigo como una situación excepcional y, correlativamente definida, en términos de necesidad acotada en el tiempo-, sólo será predicable en caso de que la pena adquiriera fines de inocuización. La temporalidad de la excepción dependerá entonces de la eficacia de la exclusión como técnica de gobierno biopolítico.<sup>1631</sup>

Desde la consolidación del Derecho penal moderno, sabemos también que esa forma diferencial de tratar con juicios y penas a los *especiales excluidos* del Derecho,<sup>1632</sup> consiste en la flexibilización o en la directa derogación de los

---

<sup>1628</sup> Jakobs, G., *La pena estatal...*, op.cit., pág. 169.

<sup>1629</sup> Como sostiene Jakobs, si el delito es la rebelión contra la norma, la pena representa la correspondencia a tal rebelión: mediante el dolor que inflige, elimina una erosión general de su vigencia, de modo que aparece como decisivo el aspecto de la protección de la vigencia de la norma, y no de bienes jurídicos, partiendo de que el Derecho es una relación entre personas, a través de la cual sólo a modo de acompañamiento se incorpora la perspectiva relativa a los bienes. Aquello que, por lo demás, cualifica el delito, es el *factum* de que provoca la defraudación de una expectativa normativa dirigida sobre el sujeto, de modo que *la pena deviene un contrafacto simbólico de tal traición*, modalidad cognitiva de intimidación del delincuente y de la sociedad entera. A pesar de ello, aunque la intimidación represente un fin secundario de la pena, desde luego no constituye el fundamento, que radica, entonces, en la reafirmación de la vigencia de las estructuras normativas sociales. El principio de culpabilidad garantiza la atribución del hecho al autor, entendida como la afirmación de una configuración del mundo que pretende ser determinante.

<sup>1630</sup> Cfr. Jakobs, G., *¿Derecho penal del enemigo? Un estudio...*, op.cit., pág. 105, el acto culpable genera un conflicto en orden a la configuración de la sociedad; la pena, por tanto, debe ser coacción que produzca dolor: una respuesta comunicativa dirigida a negar validez a aquello que el acto del sujeto pretendía afirmar, para restablecer la vigencia de la estructura normativa social. La propia denominación del delito expresa la marginalización comunicativa del hecho y la atribución de significado; la necesidad de pena como coacción, deriva del hecho de que toda denominación es etérea frente al delito, que es objetivación de la voluntad del infractor. Por tanto, la pena debe revestir un contenido objetivante del mismo modo que el delito, debiendo el delincuente resarcir, con la pena, el daño producido a la vigencia del orden.

<sup>1631</sup> Jakobs, G., *La pena estatal...*, op.cit., pág. 176, afirma que, "si bien el trato con el enemigo es guerra, se trata de una guerra estrechamente limitada. Si el enemigo incrementa su peligrosidad, sin embargo, también aumentará su despersonalización; los prisioneros de Guatánamo son un ejemplo de la pérdida de límites de esta guerra".

<sup>1632</sup> Terradillos Basoco, J.M., *Una convivencia cómplice. En torno a la construcción teórica del denominado "Derecho penal del enemigo"*, op.cit., págs. 1025 ss., señala que el vigor de los

principios de garantía de los Derechos fundamentales de la persona, que la cultura penalista liberal e ilustrada exige en todos sus detalles para que las prohibiciones, los procesos y las eventuales sanciones sean producto de una legitimidad democrática<sup>1633</sup> debido a que el respeto de los Derechos fundamentales es la razón del Estado de Derecho.<sup>1634</sup>

Por este motivo, la reproducción del discurso de quienes se abocan a la política criminal se ha visto obligado a cambiar, pues ya no es posible recurrir sin más a la deslegitimación del poder político como argumento para desautorizar los excesos punitivos. La tarea es ahora más ardua: debe desacreditarse el cambio en el estatuto de la ley penal, pese a que éste es reclamado por los ciudadanos y otorgado por sus *legítimos representantes*.<sup>1635</sup>

Si, como afirma Zaffaroni, “las emergencias desnudan la contingencia de la última ratio”, en la política criminal correspondiente con un Estado social y

---

mecanismos excluyentes se identifica con la estabilización de normas, cuyo sentido originario es la definición y neutralización del excluido. La consolidación de la norma –concebida sustancialistamente- trasciende los límites penales: porque en la individualización del otro se afirma el yo excluyente. La marginación de aquél redundante en consolidación de éste, en torno a valores y principios que, en muchas ocasiones, no tienen más contenido que ser la negación de los ajenos. La estrategia integradora necesita de la creación de un chivo expiatorio, de un demonio infiel al Derecho. Es por ello que el Derecho penal del enemigo no es exclusivo de sistemas estatales de rígida intervención; de allí que, como sucede actualmente, el estado técnicoadministrativo precisa y articula estrategias de control social cada vez más intensivas y extensivas, en aras de custodiar su retirada de los ámbitos sociales y económicos, como hemos puesto de manifiesto a lo largo del trabajo. En este sentido afirma Terradillos Basoco, “modelos liberales, como el español, de creciente abstencionismo público, han dado generosa acogida a elementos segregadores e inocuidadores que se manifiestan paladinamente en la política criminal de inmigración, reducida, en la práctica, a la expulsión del trabajador no funcional al subsistema de explotación laboral ilegal.”

<sup>1633</sup> Por todos, Pastor, D., “*El Derecho penal del enemigo en el espejo...*”, op.cit., pág. 497; Prittwitz, C., “*Derecho penal del enemigo: ¿Análisis crítico o programa de Derecho penal?*”, op.cit., págs. 107 ss.

<sup>1634</sup> Habitando en el Estado postmoderno los principios del Estado de Derecho sufren una derogación –una excepción no formalmente declarada que diluye la frontera entre regla y excepción-, para organizar y articular el discurso del Derecho penal, ante el requerimiento de actuaciones más dinámicas, flexibles y simplificadoras. Como afirma Moccia, S., “*Seguridad y sistema penal*”, op.cit., pág., 317, las demandas que producen la erosión de los principios de dignidad humana y de tutela de la libertad, “han determinado la pérdida de la idea fundamental que ha llevado a la adopción de los cánones “débiles” de comprensión y de interpretación de la realidad, con el recurso, en la experiencia jurídica, a lógicas miopes de inmediatez.”

<sup>1635</sup> Como sostiene Lascano, C.J., “*La demonización del enemigo y la crítica al derecho penal del enemigo basada en su caracterización como Derecho penal de autor*”, op.cit., pág. 212, “en efecto, la crisis que se plantea en la actualidad no deriva de la convicción de que es preciso someter a constante análisis el ejercicio del ius puniendi para resolver sobre su posible limitación, lo que ha constituido la idea rectora de la comprensión del Derecho penal ilustrado por parte de los penalistas. Por el contrario, se trata precisamente de una crisis derivada de la tensión expansiva a que se está sometiendo al Derecho penal para que éste se encuentre en condiciones de afrontar con éxito y de forma expeditiva la misión de lucha contra una criminalidad cuyo incremento en cantidad y dañosidad se afirma”.



democrático de Derecho, la intervención de los poderes públicos se legitima en tanto que sean una consecuencia de la realización material de los Derechos fundamentales. Éstos cumplen una doble función: positiva y negativa. En esta segunda forma de lo que se trata es de establecer su respeto sobre cualquier invocación del “interés general”, que sabemos cuánto de particular ha tenido a lo largo de la historia. En el Estado español esta afirmación tiene asidero en el artículo 10.1 de la Constitución.

Por tanto, el devenir del Estado actual, nos plantea la necesidad de repensar la articulación de los principios que ordenan la política criminal.<sup>1636</sup> En la constante apelación a la herramienta de control punitivo para salvaguardar un orden de mercado, en detrimento de lo social, la *última ratio* no es posible en un Estado *flexible*, debido a que la política criminal se convierte en política punitiva. Esta decisión es la que habrá de ser valorada oponiéndola a un Derecho penal cuya responsabilidad epistemológica y ética es la denuncia de los actuales derroteros.

Por lo expuesto, actualmente “emerge” un modelo inocuizador y excluyente en la retórica de la seguridad reducida a la seguridad ciudadana, que encabezan las campañas de ley y orden. ¿De qué orden y de qué ley estaremos hablando? De una ley que no es producto del debate democrático sino del oportunismo electoral, de efectos destellantes, de la promoción de la violencia como único medio de “barrer”<sup>1637</sup> con la delincuencia y, sobre todo, el orden y la ley como configuradores de una subjetividad vaciada de derechos.

Si bajo los postulados del anterior modelo de Estado la política consistía en un concierto de programas de diferente matiz, actualmente, en la desregulación

---

<sup>1636</sup> En el mismo sentido, en la Introducción, Brandariz García, J.A., *Política criminal de la exclusión...*, op. cit., pág. 9; del mismo “*Seguridad ciudadana, sociedad del riesgo y retos inabordables de la política criminal*”, en Revista Galega de Seguridade Pública, Segunda época, número 9, 2007, págs. 42-45.

<sup>1637</sup> La lucha de la “civilización” contra la *basura* tal vez sea una derivación de la lucha contra el caos. Véase Gil Villa, F., *Elogio de la basura. La resistencia de los excluidos*, Ediciones de la Universidad de Salamanca, Salamanca. 2005, en especial pág. 131: “El grado de control social que se da en una sociedad alude a la basura como desorden mientras que el grado de socialización o domesticación del cuerpo nos remite a la asociación de la basura como suciedad. Igualmente, el primer aspecto tiene que ver a lo que hemos llamado el lado social o de representación eterna mientras que el segundo hace referencia al lado interno, individual. La reacción entre ambos aspectos parece clara. La racionalización a la que se vio sometido el cuerpo en el proceso de socialización, a partir del Renacimiento, pero sobre todo a partir del siglo XIX con la subordinación a los ritmos del trabajo industrial, supone llevar una <vida ordenada>, reflejo del orden social. Para conseguirlo, la burguesía utilizó la escuela de masas y la pedagogía moderna, como método de inculcación de sus valores culturales al resto de la población. Entre estos valores destacaban el orden, la disciplina y la higiene”. A mayor abundamiento, Foucault, M. *Historia de la Sexualidad*, op.cit., pág. 153, cuando afirma que “sin duda hay que admitir que una de las formas primordiales de la conciencia de clase es la afirmación del cuerpo; al menos ese fue el caso de la burguesía durante el siglo XVIII; convirtió la sangre azul de los nobles en un organismo con buena salud y una sexualidad sana.”

que efectúa la política *glocal* se advierten sólo políticas de tono punitivo, legitimadas en la invocación de una situación de emergencia permanente, que permitiría la normativización de lo “real” mediante la flexibilización del Derecho.

Es dable aquí retomar lo afirmado respecto a la concepción de lo político en Schmitt<sup>1638</sup> articulado a partir del binomio amigo-enemigo, para quien “toda democracia se basa en el hecho de que no sólo lo igual tiene que ser tratado igual sino que necesariamente lo desigual no ha de ser tratado igual. A la democracia pertenece necesariamente primero, la homogeneidad y, segundo –en caso necesario- la exclusión o destrucción de lo heterogéneo...La fuerza política de una democracia se muestra en su capacidad para eliminar o alejar lo extraño y lo desigual.”<sup>1639</sup>

En la actualidad aquella tarea será realizada bajo el paradigma de la *rational choice*, en el cual el hombre es percibido como *homo fenomenon* y, por tanto, sus elecciones son el resultado de una evaluación en términos de satisfacción/insatisfacción, propios de la sociedad de consumo. Dentro de este paradigma no hay cuestiones morales o éticas, sino sólo *necesidades inventadas* que deberán ser satisfechas; este discurso promueve que la supervivencia de los otros y la mía son dos supervivencias diferentes: como “individuo” puedo percibir la forma como el otro ha enajenado su individualidad, ahora disuelta en los estereotipos que fundan los grupos de riesgo.

En este sentido, *homo homini lupus* es una de las máximas más sólidas, en cada uno de nuestros vecinos tememos que aparezca un lobo. “Este tipo de malas intenciones, si no se lo controla por medio de la ley nos va a arruinar, es lo que pensamos cada vez que un hombre se aparta del trillado sendero de la tradición santificada.”<sup>1640</sup> Sin embargo, como acertadamente concluyen Cancio Meliá y Feijóo Sánchez “para decidir si se trata de confirmar normas o prevenir riesgos, en todo caso, no puede romperse la *black box* que supone la persona-ciudadano en Derecho para comprobar qué hay dentro, si un verdadero ciudadano o un lobo disfrazado de tal. El Derecho penal sólo puede conocer ciudadanos.”<sup>1641</sup>

Si ello es así, en esta época la confianza en las expectativas, derrumbándose en la diversidad de las máscaras, nos obliga a tomar conciencia de la peligrosidad de los rostros, tan otros, que conllevan la desintermediación del Derecho, para que éste construya *personas* que no puedan “ser lobos con piel de cordero”. De allí que la invención de un derecho penal del enemigo sirva exclusivamente para rearticular el Derecho penal del ciudadano, término este último que se ve modificado por los procesos globalizadores, y que por tanto,

---

<sup>1638</sup> Véase *supra* 2.6.1.

<sup>1639</sup> La cita pertenece a Schmitt, C., *Die geistgeschichtliche Lage des heutigen Parlamentarismus*, págs. 13 ss., citado por Garzón Valdés, E., *El velo de la ilusión. Apuntes sobre una vida argentina y su realidad política*, Sudamericana, Buenos Aires, 2000, pág. 266.

<sup>1640</sup> Logstrup, K., *The ethical demand*, , Fortress Press, Philadelphia 1971, pag. 8-9, citado por Bauman, Z., *Ética postmoderna*, op.cit., pág. 133.

<sup>1641</sup> Cancio Meliá, M., /Feijóo Sánchez, B., “¿Prevenir riesgos.....?” , op.cit., pág. 81.

queda redefinido en la oposición de la enemistad. Con el derecho penal del enemigo lo que se intenta, es la construcción de otro contenido para la *persona*, estructura que, luego de la transición a la que asistimos, operará como *mediador* para la expansión de “la democracia y la libertad” del discurso bélico imperial.

Dentro de un contexto histórico más amplio, la tesis de Jakobs puede ser encuadrada dentro de una “constante histórica” de la lucha entre dos concepciones antropológico-filosóficas: la que concibe la exclusión del otro y la que permite a todos habitar el espacio de los Derechos,<sup>1642</sup> sin subordinarlos a la obediencia.<sup>1643</sup> La distinción planteada por Jakobs entre el derecho penal del ciudadano y el derecho penal del enemigo reside en que el primero defiende espacios de libertad y el segundo optimiza la protección de bienes jurídicos, la *materialización del principio de libertad* se erige como la frontera entre estas dos clases de “derecho”. Consideramos que esta es la razón por que Jakobs insiste en las nociones de *ciudadanía y de significado*. Éstos no se derivan de los principios de Derecho público. Aquellos son observados desde un prisma histórico o socio-normativo: sin la construcción de ciudadanía no puede funcionar el Derecho. De allí que han habitado el espacio del Derecho diferentes concepciones de ciudadanía de conformidad con los elementos y garantías que lo correspondieron a lo largo de las luchas y retrocesos por la efectividad de los derechos.<sup>1644</sup>

En este sentido, lamentablemente no se trata de nada nuevo, porque de lo que estaríamos hablando es de la continuidad de la actividad de los gobiernos, para acallar la crítica frente a situaciones que causan malestar social y miedo. Valiéndose de la sanción de leyes penales en el ámbito de la adopción de medidas de emergencia, el poder pretende la producción simbólica de “consenso” de los que precisa la reproducción biopolítica del imperio.<sup>1645</sup>

Bajo la influencia de este cambio en el ámbito de lo político, nos vemos impelidos a efectuar una reflexión crítica que logre abarcar distintos puntos de vista; ésta parte de entender que aquí se trata de la firma de un nuevo pacto social, que rearticulará consecuentemente el concepto de ciudadanía. Es por ello que la figura del inmigrante ilegal sirve como punto de partida para el análisis “del derecho penal del enemigo”, porque como sostiene De Giorgi “la ausencia

---

<sup>1642</sup> Porque en el epígrafe *Exclusión (parcial) del enemigo*, del artículo de Jakobs “¿Derecho penal del enemigo? Un estudio acerca de los presupuestos...”, op.cit., págs. 105 ss., sostiene que “el sujeto en cuestión probablemente se encuentre sólo parcialmente en la posición de un enemigo, dicho con mayor exactitud, él se colocará en tal posición; pues la exclusión en una sociedad de libertades siempre es autoexclusión: cambiando su conducta, el enemigo podría volver a convertirse en ciudadano. Por lo tanto, no es que la sociedad no deje “entrar” al enemigo; es él mismo el que obstaculiza su “entrada” porque no presta su obligación de hacer, es decir, no se ocupa de que respecto de él pueda presumirse un comportamiento fiel al ordenamiento jurídico.”

<sup>1643</sup> Abanto Vásquez, M.A., “El llamado Derecho penal del enemigo. Especial referencia al Derecho penal económico”, en Cancio Melía, M., /Gómez Jara-Díez, C., (coords.), *Derecho penal del enemigo. El discurso jurídico...*, Vol. 1, op.cit., pág. 8.

<sup>1644</sup> Herrera Flores, J., *Los Derechos humanos como productos culturales*, op.cit., pássim.

<sup>1645</sup> Véase *supra* 1.8.

de medios económicos constituye un índice de peligrosidad, que las nuevas políticas migratorias tratan en términos “preventivamente represivos”, determinando una decisiva superación de las tradicionales políticas (también criminales) de inspiración *welfarista*. Si antes el problema se trataba en términos de prevención social de las formas de desviación ligadas a factores socio-económicos, ahora el mismo problema es interpretado como riesgo de un grupo social, al cual hay que gobernar mediante el alejamiento físico.”<sup>1646</sup> La política de la *seguridad ciudadana* intensifica la reacción punitiva contra la criminalidad callejera, con base en un discurso tecnocrático que *teje los vestidos del emperador*,<sup>1647</sup> opacando las diferencias sociales de la sociedad excluyente.

Una instrumentalización irresponsable y simbólica sin ninguna trascendencia real en la resolución de los conflictos estructurales que subyacen,<sup>1648</sup> y que genera un ambiente cada vez más violento, agudizándose los problemas sociales, que quedan velados detrás de una situación de emergencia. Sin embargo, a lo largo de la historia este tipo de medidas no han ostentado un mayor grado de eficacia que las tomadas en tiempos normales, porque como sostiene Abanto Vázquez, “La experiencia sí ha demostrado otra cosa: frente al eventual incremento de la seguridad cognitiva se tiene una devaluación de la seguridad normativa, en el sentido de disminución de garantías y de Estado de Derecho, con lo cual no se restablece la vigencia de la norma ni la confianza de los ciudadanos en ella.”<sup>1649</sup>

Todo este proceso se solapa bajo discursos que pretenden hacerlo aparecer como inevitable y necesario, para fomentar un tácito apoyo social, estimulados a través de los medios y mediante intensas campañas propagandísticas<sup>1650</sup> que rescatan la importancia del orden público y del control social penal como la herramienta eficaz para proteger al ciudadano del peligro que representa el delincuente. Sin embargo esta invocación se reproduce, como afirma Zaffaroni, al calificar este “Derecho” para no-personas de *cool*, al que no se llega por convicción, sino por temor o por idiotez; porque no hay ideas o un discurso académico que lo respalde;<sup>1651</sup> “El Derecho penal del enemigo, toda vez que fija

---

<sup>1646</sup> De Giorgi, A., *El gobierno de la excedencia*, op.cit., pág. 98.

<sup>1647</sup> De acuerdo con el cuento de Andersen, C., *El nuevo vestido del emperador*, disponible en <http://www.ciudadseva.com/textos/cuentos/euro/andersen/trajenue.htm>

<sup>1648</sup> Entre otros véase Grosso García, M.S., “¿Qué es y qué puede ser el “Derecho penal del enemigo?..”, op.cit. pág. 28.

<sup>1649</sup> Abanto Vázquez, M., “El llamado Derecho penal del enemigo. Especial referencia al Derecho penal económico”, en *Derecho penal del enemigo*, Vol. 1, op.cit., pág. 27.

<sup>1650</sup> Gómez Martín, V., “Cultura del control, sociedad del riesgo y política criminal”, en Mir Puig, S., Corcoy Bidasolo (dirs.), Gómez Martín, V., (coord.) *Política criminal y reforma penal*, BdeF, Montevideo-Buenos Aires, 2007, págs. 68-70.

<sup>1651</sup> De Giorgi, A., *El gobierno de la excedencia*, op.cit., pág. 131, afirma que este discurso maneja y presenta *representaciones probabilísticas* fundadas en la producción estadística de clases, simulacros de lo real: los migrantes clandestinos, los afroamericanos del gueto, los toxicómanos, los desocupados. Mientras la reclusión disciplinaria se constituía como una especie de “laboratorio”

objetivos primordiales en combatir a determinados grupos de personas, abandona el principio básico del Derecho penal del hecho convirtiéndose en una manifestación de las tendencias autoritarias del ya históricamente conocido Derecho penal de autor.”<sup>1652</sup>

A lo que asistimos actualmente es a una pauperización del discurso político, de las acciones políticas, de los derechos. De allí que este discurso no esté sustentado en premisas epistemológicas serias, sino que es producto de la deriva simbólica y de la construcción mediática de los perfiles de la “nueva” ciudadanía que regula el mercado, como producto del abandono de los caracteres de la ley: generalidad, abstracción, igualdad y libertad.

La legitimidad del Derecho imperial<sup>1653</sup> no nace de su pretensión de alcanzar una pacificación suficiente,<sup>1654</sup> sino de la expresión de una nueva realidad que comporta un replanteamiento de todos los conceptos que articulaban el discurso de la modernidad, es decir, del surgimiento de un nuevo orden, en el que aún no está claro cuál será el baremo pacificador, en el que el Estado desempeña un papel diferente del que se asignaba al Estado nación<sup>1655</sup> y, en el cual será necesario rearticular el espacio de ciudadanía. Es por eso que la transición está dada por la promoción de medidas político-punitivas mercadotécnicas que cumplirán la función de lo que fue en su momento el *völkisch*.

---

en el que el despliegue de las tecnologías de control alimentaba constantemente nuevos saberes sobre los sujetos, saberes que eran luego aplicados de forma reflejas a las mismas tecnologías con el fin de mejorar la capacidad de penetración en la realidad, el encarcelamiento masivo actuarial renuncia expresamente a todo esto. El actuarialismo penal declara, de esta manera la irrelevancia del saber sobre los individuos en particular y lo reemplaza por la construcción de categorías y formas de individualización completamente arbitrarias fundadas sobre el concepto de peligrosidad y orientadas a la contención de riesgos.” Véase *supra* 2.7.

<sup>1652</sup> Cfr. Demetrio Crespo, E., “*Del Derecho penal liberal al Derecho penal del enemigo*”, op.cit., pág. 1071.

<sup>1653</sup> Véase *supra* 1.9.

<sup>1654</sup> Si dentro del marco epistemológico brindado por la modernidad se afirma que el Derecho penal del enemigo es uno que surge frente a un déficit de pacificación, esto implica la aceptación tácita que existe entre el Estado que promulga la legislación y su destinatario, una confrontación o guerra. En tal caso, cabría distinguir entre el enemigo interior y el exterior. En este último caso, la confección de normas estará validada por los principios que rigen el Derecho internacional humanitario. A *contrario sensu*, si lo que se pretende es la regulación del enemigo interior, la cuestión se vuelve, al menos, ambigua. Es decir, por un lado su “existencia” evidencia el déficit en el monopolio de la fuerza en manos del Estado, es decir que no ejerce plenamente la soberanía, todo ello produce que tanto aquélla como el concepto de legitimidad y legitimación que le serían propios se encuentren en crisis. De esta manera como hubimos señalado, los procesos globalizadores conllevan la modificación de los cánones modernos mediante los cuales hubimos organizado nuestra subjetividad ciudadana y las instituciones que se correspondían con ella; al momento de la indistinción entre un exterior y un interior al imperio. Grosso García, M.S., “*¿Qué es y qué puede ser el “Derecho penal del enemigo”?*”, op.cit., pág. 31.

<sup>1655</sup> Grosso García, M.S., op.ult.cit., pág. 38; Brandariz García, J.A., *Política criminal de la exclusión*, op.cit., págs. 229 ss.

#### 4.14 El decurso del discurso

En virtud de todo lo expuesto, nos preguntamos: ¿Cuál es el reordenamiento *entre* los espacios de conflicto (difuminación de lo público y lo privado) que evidencian el caos en el que habita el estado de excepción? ; ¿El derecho penal del enemigo que se construye en la invocación de la razón de Estado frente a articulaciones discursivas de extrema necesidad?

Lo hasta aquí analizado pone en evidencia que la legislación penal del enemigo no es más que otra estrategia de poder encaminada a imponer la obediencia a la ideología neoliberal, y que utiliza el recurso al Derecho penal para lograr conformidad social en determinados valores, mediante la imposición de normas con penas draconianas que desconocen todos los principios que inspiran la actividad del Estado democrático de Derecho.

Desde el punto de vista político-criminal, lo que torna ostensible la existencia de un derecho penal del enemigo es que el Estado está recurriendo a formas de ejercicio de potencia punitiva –mediante la producción retórica de que nos encontramos en estado de guerra- que resultan inaceptables en un Estado de Derecho.<sup>1656</sup> Silva Sánchez y Cancio Meliá responden que el Derecho penal del enemigo es el fruto de un proceso de orientación política de las sociedades occidentales que pretenden afrontar los desafíos de la sociedad del riesgo con medidas de contención de carácter punitivo, en las cuales, ante la imposibilidad de una limitación efectiva de los nuevos fenómenos debería recurrirse a formas de control más agresivas, que implican el recorte de garantías, y un aumento tanto de los delitos como de las penas.<sup>1657</sup>

Desde una perspectiva criminológica Aponte, siguiendo a su maestro Baratta, propone un enfoque algo diferente. Para él, el derecho penal del enemigo se corresponde con una corrupción de los límites entre guerra y política, combate y Derecho penal. De este modo, el derecho penal del enemigo es una manifestación más del eficientismo penal, que surge de la exacerbación de la

---

<sup>1656</sup> Por todos, Mir Puig, S., “Constitución, Derecho penal y globalización” en *Política criminal y reforma penal*, op.cit. págs. ss; del mismo junto a Alcácer Guirao, R., “Cambio de orientación en la política criminal española: últimas reformas del Código Penal”, *ibídem*, págs. 107-120.

<sup>1657</sup> Silva Sánchez, J.M., *La expansión....*, op.cit. pág. 149 ss., considera que buena parte de la cuestión es puramente simbólica y se correspondería con una sensación de riesgo que no siempre coincide con la realidad, no obstante, no descarta la existencia de soluciones que no necesariamente tengan que ajustarse al Derecho liberal. Por su parte Cancio Meliá, M., “De nuevo: ¿Derecho penal del enemigo”, op.cit., pág. 378, le niega toda posibilidad de existencia al Derecho penal del enemigo, aduciendo que un Derecho penal que carezca de garantías no es Derecho, porque “lo que sucede es que el “Derecho penal del Enemigo” constituye no una regresión a meros mecanismos defensistas, sino un desarrollo degenerativo en el plano simbólico social del significado de la pena y del sistema penal”.

razón instrumental frente a *emergencias* articuladas bajo intereses particulares o coyunturales.<sup>1658</sup>

Cuando en esta instancia, a raíz del cambio paradigmático que instala la inocuización, la mayor culpabilidad sobreviene por causa de la inseguridad cognitiva, se justifican estrategias estandarizadas y generales de inocuización contra tipos de delincuentes, es porque se busca que operen funcionalmente, desterrando cualquier heterorreferencia a valores o principios.<sup>1659</sup> La conversión de presunciones *iuris et de iure* de peligrosidad criminal de un tipo de delincuentes enemigos, permite que la culpabilidad individual quede ocultada bajo los postulados de una gestión de los riesgos.<sup>1660</sup> De este modo, en la epistemología del riesgo y la asunción del valor estrangulado de seguridad (indeterminación imperial entre exterior/interior, guerra/policía), la determinación del enemigo será objeto de la razón de Estado de convertir en regla dirimente los miedos, que obtienen de manera simbólica lograr estabilidad y seguridad mediante la focalización de tales sentimientos en “el enemigo.”<sup>1661</sup>

A partir del momento en que lo que se juzga es la personalidad, el adelantamiento de la intervención es la clave para que funcione el esquema comunicativo. De este modo, cuando lo que desencadena la intervención penal no es un hecho, sino una actitud infiel, ya no se puede postular una fórmula penal que actúe como contramensaje, pues si no hubo acción, tampoco habrá mensaje.<sup>1662</sup> Si quisiéramos mantener el fundamento comunicativo, la referencia ya no puede continuar estando en el tipo penal. El esquema, siguiendo a García

---

<sup>1658</sup> Aponte, A., “Derecho penal del enemigo vs. Derecho penal del ciudadano. Günther Jakobs y los avatares de un Derecho penal de la enemistad”, op.cit., pág. 191.

<sup>1659</sup> Domínguez Figueroa, J.L./ Rodríguez Basanta, A., “Lógica actuarial, seguridad y sistema de justicia criminal”; Hebberecht, P., “Sociedad de riesgos y política de seguridad”, ambos en *La seguridad en la sociedad del riesgo. Un debate abierto.*, op.cit., págs. 329-362

<sup>1660</sup> Véase Silva Sánchez, J.M., et al, “La ideología de la seguridad en la legislación penal española presente y futura”, op.cit., págs. 121-122.

<sup>1661</sup> García Amado, J.A., “El obediente, el enemigo, el Derecho penal y Jakobs”, op.cit., pág. 920.

<sup>1662</sup> En este sentido, Gómez Jara-Díez, C., “Normatividad del ciudadano...”, op.cit., pág. 995, argumenta que el medio utilizado para penar, a tenor de la explicación ofrecida por Jakobs, parece estar dado por la segunda objetivación –mundo externo- y no por la primera –mundo comunicativo-. Dicho planteamiento no es factible en virtud de que en un sistema comunicativo - como es el sistema jurídico-, la información sólo puede ser generada por él mismo. El mundo externo –el entorno del sistema- no contiene ninguna información, con base en el desarrollo teórico de la vertiente comunicativa analizada por Luhmann. Así las cosas, el primer medio para la comunicación es el lenguaje y, precisamente, gracias a él se abren posibilidades de comprensión que, paradójicamente, conllevan posibilidades de negación de la comunicación. Para aumentar las posibilidades de éxito de la comunicación, se han ido creando los medios generalizados. Éstos permiten que mediante el lenguaje se abran posibilidades de comprensión, que son conducidas a un aumento en la probabilidad de éxito en la comunicación. Son construcciones sociales que se conjugan con la suposición de los correspondientes estados de la conciencia. La pena significa un incremento de las probabilidades del éxito de la comunicación del mensaje: “las normas están vigentes.” Cfr. Jakobs, G., “La imputación jurídico-penal y las condiciones de vigencia de la norma”, op. cit., pág. 191.

Amado, sólo puede ser el siguiente: a) existe un modelo de ciudadano, normativamente sentado, por cuanto que ciudadano es el que acata las normas; b) el ciudadano que no tiene la actitud debida de acatamiento actual o futura de las normas es un contra modelo, encierra una propuesta de ciudadanía distinta; c) el castigo de tal ciudadano refuerza la vigencia no de las reglas, sino del *modelo de ciudadano*, pues las reglas son contingentes en sus contenidos, en cuanto lo que importa es la actitud de sumisión de los sujetos.<sup>1663</sup> Enemigo es quien no se somete, no importa a qué norma, ni qué protege esa norma; lo que importa es el reforzamiento del modelo de obediencia, que a la postre es el que otorga la calidad de ciudadano.<sup>1664</sup>

En efecto, la función simbólica del Derecho penal se muestra contundentemente aquí, en la postmodernidad, debido a que el Derecho penal es el subsistema encargado de lograr homogeneidad social, mediante la represión de la disidencia, porque desde siempre ha sido el custodio de las metamorfosis, como afirma Moccia.<sup>1665</sup>

Puesto que Jakobs estima que sólo puede hablarse de la existencia de sociedad en tanto homogeneidad de expectativas, sin tales coincidencias, cuando la cohesión social está en juego, se debe recurrir a la propaganda del miedo que habilitaría un aumento sin control de la fuerza. ¿Habría que partir de un estado de naturaleza lo suficientemente caótico, trágico, musulmán para crear miedo, y con ello consenso, frente a las medidas de fuerza adoptadas?

Con las siguientes palabras Jakobs analiza la cuestión de si es posible conducir una guerra contra el terror con los medios del Estado de Derecho: es decir, que las medidas adoptadas –violadoras de principios en nombre de la eficacia o de la lucha- “no son, *per se*, ataques al Estado de Derecho, sino que sólo lo serán si vienen disfrazadas de un Derecho penal del ciudadano y de la culpabilidad o de proceso penal ordinario”. Sin embargo, “quien sólo reconozca –*sit venia verbo*- al Estado de Derecho permanente de buen tiempo, induce al Estado real a encubrir las excepciones irremediables para su supervivencia en un mundo sucio como reglas, desdibujando así qué es regla y qué es excepción;

---

<sup>1663</sup> Como el mismo Jakobs afirma, una norma no sólo rige socialmente cuando es cumplida sino cuando ésta es mantenida contrafácticamente, puesto que en ambas situaciones mantiene la seguridad de la estabilidad de las expectativas; en virtud de ello sostiene: “en consecuencia, la situación es distinta en el caso de una norma que en el de una regla cognitiva; si en esta última no sucede lo que es conforme a la regla, ésta es errónea o ha sido aplicada erróneamente y debe mejorarse la situación cognitiva, como suele decirse, hay que aprender de nuevo. Distinto es el funcionamiento de una norma: si es quebrantada, no es ella la que es errónea sino la conducta del delincuente es errónea, y como ya se ha dicho, su tratamiento como delincuente es la confirmación, o dicho con mayor exactitud, el mantenimiento de la norma”. En este sentido, el mantenimiento no puede devenir “eternamente contrafáctico”, es por ello las normas necesitan de cimentación cognitiva para que ofrezcan orientación, en Jakobs, G., “¿Derecho penal del enemigo? *Un estudio acerca de los presupuestos de la juricidad*”, op. cit., pág. 101.

<sup>1664</sup> García Amado, J.A., “El obediente.....”, op.cit., pág. 921.

<sup>1665</sup> Moccia, S., “Seguridad y sistema penal”, op.cit., pág. 299.



dicho de otro modo, el Estado de Derecho imperfecto se representa como perfecto a través de un *léxico ideológico*(...) Un Estado de Derecho que todo lo abarque no podría conducir esa guerra; pues habría de tratar a sus enemigos como personas, y, correspondientemente, no podría tratarlos como fuentes de peligro. Las cosas son distintas en el Estado de Derecho óptimo en la práctica, y esto le da la posibilidad de no quebrarse por los ataques de sus enemigos.”<sup>1666</sup>

Como corolario, sostiene Gracia Martín, “si los contenidos materiales de los órdenes ético-sociales son relativos y contingentes, de aquí tiene que resultar que no puede ser admisible ninguna regulación jurídica de las relaciones sociales, de las instituciones sociales, por medio de las que se canalizan aquellas, así como tampoco de las estructuras jurídico-políticas del Estado, que imponga una determinada concepción del mundo, incluso deseada y compartida por una mayoría, que excluya a grupos de seres humanos, siquiera sea uno sólo, de la distribución de bienes, o que , en fin, imponga obstáculos , o no elimine los existentes, para un ejercicio igual de la libertad por todos y cada uno de los seres y de los grupos de seres humanos”.<sup>1667</sup>

Porque lo que se deduce, y en parte justifica la extensa cita reproducida, es que Jakobs busca dar consistencia al Derecho penal del enemigo, y evitar así la contaminación con el Derecho penal del ciudadano, para señalar claramente la excepción representada por la normativa que él denomina como de combate. Jakobs en este sentido es moderno,<sup>1668</sup> porque aspira a una pacificación que deduce de la declaración de la incompetencia comunicativa de quienes cuestionan “seriamente” la norma. Precisa de la distinción entre persona y no persona para habitar el espacio de la excepción, para redefinir el orden de la normalidad. El enemigo es aquel que no está “protegido” frente a la fuerza punitiva con las garantías del Estado liberal de Derecho, que son en definitiva las que marcan el inicio de la punibilidad.<sup>1669</sup>

Ello deriva en la transformación del contrato social en uno *de adhesión*. Actualmente no se trata de una voluntad asociativa libre, sino de la amenaza de coacción frente a la insubordinación. El sistema ha convertido en funcional lo que

---

<sup>1666</sup> Jakobs, G., “¿Terroristas como personas en Derecho?”, op.cit., pág. 92, lo subrayado no pertenece al original.

<sup>1667</sup> Gracia Martín, L., “El trazado histórico, iusfilosófico y teórico-político del Derecho penal del enemigo” en Homenaje al Prof. Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo, Madrid, Thompson-Civitas, 2005, pág. 482.

<sup>1668</sup> Véase *supra* 1.13.

<sup>1669</sup> En este sentido, Aponte, A., “Derecho penal del enemigo vs. Derecho penal del ciudadano...”, op.cit., pág. 167, refiere a las afirmaciones de Jakobs respecto del carácter estrictamente formal de la consumación, reafirma una inconsistencia de carácter múltiple, por un lado una de talante dogmático y, por otra parte, una de carácter político criminal, lo que permite el adelantamiento de la punibilidad, más allá de las consideraciones de tipo dogmático es una concepción errada del principio de protección a los bienes jurídicos. Es errada, a su juicio (el de Jakobs) creer que la posibilidad de una integración social se obtiene a través de la relevancia raical otorgada al principio de protección de bienes jurídicos.

en un primer momento no podía asimilar. Esto es, la otredad, representando que la diferencia es atentatoria, es “peligrosa”, para la estabilidad; mediante la construcción del enemigo esa peligrosidad se funcionaliza.

De conformidad con lo analizado, afirmamos que el derecho penal del enemigo es producto de una desintermediación, es decir, una forma institucional o institucionalizada de Derecho que funda la *exclusión*.<sup>1670</sup> En este sentido, en aras de la consecución de la seguridad de las personas, la propuesta dogmática de Jakobs establece que *no hay otra alternativa* frente a la configuración de un derecho penal del enemigo porque el ordenamiento jurídico no puede integrar a sujetos que no reúnen las mínimas garantías cognitivas imprescindibles para ser revestidos del *status* de personas. Entonces la protección de la *seguridad cognitiva* se convierte en el principal objetivo del control social penal, esto es la conservación del ordenamiento –*dominus*– frente a todo trastorno interno social, por lo que serán eliminadas aquellas condiciones ambientales que no ofrecen las garantías cognitivas mínimas y que impiden llevar a la práctica un comportamiento acorde con el *status* de persona. Todo esto significa que el *thánatos* hobbesiano de la destrucción de la sociedad exige una metamorfosis del modo de operar de las agencias penales y de los principios que rigen tal funcionamiento, no siendo posible formular juicios de culpabilidad individual-especial, sino que habrá que definir a la personas de esa nueva sociedad pos-civil y los derechos de los que disfruta<sup>1671</sup> en vistas de *normar* la excepción.

De esta manera, los *sectores* de derecho penal del enemigo se caracterizan por una tutela fuertemente anticipada y por una concepción ontologicista del bien jurídico de referencia, así como por la preeminencia clara del paradigma del delito de peligro y de aquél de peligro abstracto, produciendo de este modo la incriminación autónoma también de conductas inidóneas en abstracto para alcanzar el umbral de peligrosidad concreta.<sup>1672</sup> Esta tendencia a la anticipación penal no podría darse si previamente no se produce una sensible atenuación de las garantías individuales no sólo en el plano sancionatorio, y del proceso penal, como también en la estructura misma de los tipos incriminatorios, a menudo contruidos en clave subjetivamente densa, de tal manera que el desvalor de acción resulta completamente absorbido en la proyección final del agente.<sup>1673</sup>

---

<sup>1670</sup>De acuerdo a las afirmaciones producidas por Jakobs “es verdad que el procedimiento para individuos hostiles está regulado jurídicamente, pero se trata de la regulación jurídica de la exclusión: los individuos son actualmente no-personas”. Véase Cancio Meliá, M., “*Seguridad ciudadana y Derecho penal del enemigo*”, en Revista Galega de Seguridade Pública, número 9, 2007, págs. 57 ss.

<sup>1671</sup> Véase Portilla Contreras, G., “*La legitimación doctrinal de la dicotomía schmittiana en el Derecho penal y Procesal Penal del enemigo*”, op.cit., pág. 678.

<sup>1672</sup> Cuestión que será abordada con mayor profundidad en el último capítulo, cuando produzcamos el análisis político-criminal del bien jurídico que pretende proteger el artículo 318 bis del CP, referido al tráfico de seres humanos.

<sup>1673</sup> Resta, F., “*Enemigos y criminales...*”, op.cit., pág. 737.

De ello deriva una subjetivización del injusto mediante la violación del principio *cogitationis poenam nemo patitur*. La sensación de inseguridad que anima la actual “sociedad del riesgo” determina la yuxtaposición de las funciones simbólicas y las instrumentales de la pena, hasta el punto de resignificar a la función preventivo-general positiva <sup>1674</sup> de aquella, convirtiéndola en el presupuesto del renacimiento de orientaciones político-punitivas tendentes a la segregación y a la neutralización. <sup>1675/1676</sup>

En consecuencia, el derecho penal del enemigo, lejos de ser la consecuencia contingente del securitarismo dominante en la sociedad del riesgo, se jacta de raíces antiguas y desde su origen reintroduce constantemente la antinomia trágica entre la razón de Estado y el Estado de Derecho. Sin embargo, la novedad de la coyuntura actual consiste en la expansión de los paradigmas de la legislación de emergencia más allá de los sectores “tradicionales”. Apunta a la progresiva extensión del paradigma antigarantista, securitario y socialdefensivo a los sectores de la legislación en materia de estupefacientes, abuso sexual e inmigración, el derecho penal del enemigo exhibe los caminos por los que avanzará el poder punitivo y las estrategias de control *glocales*.

En este sentido, la política punitiva se ha orientado tendencialmente hacia formas de criminalización no sólo del estadio anterior de la lesión, sino que se extiende a la punición de conductas meramente preparatorias o de facilitación, una sensible reducción de las garantías procesales y configuración de la pena como inocuización. El paradigma de la exclusión y de la expulsión del “extranjero”, la retención en centros de internamiento operan como estrategias de la gestión de los flujos en función de las pautas del mercado postfordista. La semántica de la exclusión se vincula, en plena sintonía, con la construcción del

---

<sup>1674</sup> De acuerdo con Zaffaroni, E.R., *El enemigo en el Derecho penal*, op.cit., pág. 88, cuando afirma que “la única manera de legitimar el poder punitivo reconociendo –o pasando por alto o subestimando– la selectividad es apelando al valor meramente simbólico de la pena y a su consiguiente funcionalidad como prevención general positiva, pues ésta puede cumplirse aunque la pena opere en muy contados casos y hasta en ninguno respecto de ciertos delitos”. Bastará sólo con el castigo de unos pocos, y en esto los medios de comunicación juegan un importantísimo papel, para la reafirmación de la vigencia de la norma.

<sup>1675</sup> Gómez Martín, V., “*Cultura del control.....*”, op.cit., págs. 59 ss. Véase *supra* 2.7. a y b.

<sup>1676</sup> Para Jakobs la pena representa un medio para reafirmar el vínculo al Derecho frente al ciudadano que le es fiel, es decir, para afirmar la vigencia de la orientación del contexto social. La pena tiene funciones preventivas en la medida en que tutela las interacciones sociales y la institucionalización de las expectativas normativas, pero no tiene finalidades de intimidación de potenciales delincuentes ni intenta incidir sobre la conducta futura del condenado. Por tanto, la pena se aplica como ejercicio del reconocimiento de la norma –entendida como modelo de orientación de conductas– que comprende el ejercicio de la confianza en la norma, en la fidelidad al ordenamiento, el de aceptación de las consecuencias, en un proceso de confirmación de la identidad normativa que también implica, como tal, a todos los miembros de la comunidad.

enemigo, con la lógica belicista que lo sustenta en el contexto de la militarización de las estrategias represivas.<sup>1677</sup>

Sin duda, la garantía de seguridad frente al enemigo se convierte en la variable que definirá el orden de los valores de la sociedad, luego de atravesar la etapa de transición. Estamos en la época de una transición en la cual deberán ser re-definidos los significados de orden y seguridad y los derechos que compongan la ciudadanía.<sup>1678</sup> Éste es el cometido esencial de la legislación de emergencia, y el de la dogmática penal el de denunciarlo.

---

<sup>1677</sup> La estigmatización primaria del migrante, y la consiguiente construcción de esta nueva categoría de enemigos, como chivos expiatorios de una inseguridad difusa, desempeña un rol funcional en términos de cobertura simbólica legitimante del sistema social, al mantenimiento de las condiciones de empleo asalariado precario e infrapagado que representan el centro de equilibrio del sistema económico occidental, fundado sobre la externalización de los procesos productivos, deslocalizados en los países de emigración. Véase *supra* capítulo 3 e *infra* capítulo 6.

<sup>1678</sup> Véase *supra* 1.8; 1.9; 2.4; 2.7; 2.8.

## CAPÍTULO 5. PROPUESTA POLÍTICO CRIMINAL. EL BIEN JURÍDICO COMO LA BARRERA INFRANQUEABLE DE UN DERECHO PENAL DEMOCRÁTICO

### **5.1. Las necesidades funcionales de las sociedades complejas**

La modernidad fue en busca de un ajuste perfecto de los nombres y de las cosas,<sup>1679</sup> de los significados, de reglas e instrucciones, con el fin de alcanzar un orden perfecto, al mismo tiempo que debía librarse de pasadas acciones que no estaban a la altura del ideal. La modernidad fue “el comienzo absoluto.”

A lo largo del trabajo analizamos el riesgo y la forma en que éste constituye la acción social típicamente moderna,<sup>1680</sup> es decir, opera como una estructura cognitiva y como una forma de socialización.<sup>1681</sup> En este sentido, el riesgo se convierte en signo de identidad y en el principio de socialización característico del Estado burgués, que pretendía la colonización del futuro - agente legitimador-, de la mano de una ciencia precisa y exacta que lograba anular la incertidumbre; en efecto, “...esta empresa fue un éxito, y la inseguridad fue revestida de seguridad, la incertidumbre de certezas, la contingencia de legalidad. Y es ese éxito o, más concretamente, la eficacia con que funcionó el

---

<sup>1679</sup> En este punto ver el excelente trabajo de M. Foucault, *Las palabras y las cosas*, Gedisa, Barcelona, 1998. Ver asimismo el cuento de Borges, J.L., “ *El idioma analítico de J. Wilkins*” en Borges, J.L., *Otras inquisiciones*, Alianza, Madrid, 1998, págs. 154-161.

<sup>1680</sup> En particular véanse *supra* 2.3 ; 2.3. a.

<sup>1681</sup> Prittwitz, C., “*Sociedad de riesgo y Derecho penal*” (trad. Nieto Martín y Demetrio Crespo), en Arroyo Zapatero, L., /Neumann, U./ Nieto Martín, A., *Crítica y justificación del Derecho penal...*, .op. cit., pág. 265.

revestimiento, lo que explica que la teoría del riesgo sea en nuestros días banal y original a un tiempo, elemental y, sin embargo, producto de un largo proceso de absorción por parte de la modernidad de sus propios fundamentos, hasta que aparece, finalmente, como pura y simple modernización sin otro sustento que la contingencia.”<sup>1682</sup>

Actualmente, “*el riesgo fabricado*” conduce a nuevos problemas, pero, al mismo tiempo, permite efectuar una discriminación acerca de cuáles riesgos son “tolerados” y cuáles no. Lo anterior habilita la gestión técnicoadministrativa en términos de riesgo concreto cuando se construye la identificación de lo “peligroso” con el delito, sobre todo urbano.<sup>1683</sup> Bajo la hegemonía de la sensación subjetiva de riesgo, no es imprescindible la experiencia personal del delito, sino que su “producción mediada”<sup>1684</sup> le permite convertirse en el recipiente apropiado para contener las inseguridades e incertidumbres, propias de esta etapa histórica.<sup>1685</sup>

La sociedad del riesgo tiene la virtualidad de transformar por un lado, al anterior beneficiario de las políticas públicas que demandaba del Estado una protección dinámica de los derechos y, por otro, rearticular los canales por los cuales garantizar sus contenidos.<sup>1686</sup> Teniendo en cuenta que, tanto desde el punto de vista formal como material, el Estado social implica el concepto de Estado de Derecho, los principios del Estado liberal subsisten en el Estado Social yuxtapuestos con la dimensión de intervención –característica de esta forma de Estado–, es decir, limita pero exige, al mismo tiempo, la intervención de éste en el orden social.<sup>1687</sup>

La intervención referida surge como resultado de un compromiso entre clases sociales con base en el crecimiento económico –condensado en las ideas de Keynes– que plantea la posibilidad de combinar el proceso social y la eficacia económica con el objetivo del pleno empleo. Este aspecto social y político está caracterizado por el compromiso social democrático, que se fragua en el principio de una Constitución material. Este último, permite hacer referencia a las reglas no escritas que regulan la dinámica de estas

---

<sup>1682</sup> Rodríguez Martínez, J., “*El riesgo como utopía negativa. Notas para una reflexión*”, op.cit., pág. 194.

<sup>1683</sup> Guillén, F., /Vallés, L., “*Inmigrante e inseguridad: ¿un problema de delincuencia o victimización?*”, op. cit., pág. 306; Brandariz García, J.A., “*Seguridad ciudadana....*”, op.cit., págs. 46 ss.

<sup>1684</sup> Véanse *supra* puntos 1.9., 2.6, 3.1; 3.2.

<sup>1685</sup> Young, J., *La sociedad excluyente....*, op.cit., págs. 22 ss., sostiene que en esta época se han generado dos clases de inseguridades. La primera de ellas de carácter económico y la segunda de carácter ontológico, a la vez que una tendencia a la exclusión cada vez mayor respecto de los desviados. Asimismo para las características del tiempo líquido, véase Bauman, Z., *Globalization: The human consequences*, Cambridge, Polity Press, 1998, págs. 29 ss.

<sup>1686</sup> Véase *supra* puntos 1.8.; 2.3.b.; 2.7.

<sup>1687</sup> Díez Moreno, F., *El Estado social*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2004, págs. 13 ss; González Moreno, B., *El Estado social. Naturaleza jurídica y estructura de los Derechos sociales*, Civitas, Madrid, 2002, en particular, págs. 40-55.

relaciones, tanto en la base formal de la definición del texto constitucional, como en la fase sucesiva del desarrollo del mismo; asimismo, el principio organiza un conflicto que ya tiene definidos sus espacios.<sup>1688</sup>

En efecto, las Constituciones de la democracia social contienen un compromiso dilatorio en el sentido de reenviar a otra fase del conflicto la transformación de las relaciones de fuerza. El objetivo entonces es *crear y fortalecer la posición de los individuos frente al riesgo de ser eliminados del mercado, protegiendo su fuerza de trabajo y asegurando un mínimo de prestaciones*. El principio básico de esta forma de Estado se conoce como la “socialización de la economía” y puede ser utilizado en dos sentidos.<sup>1689</sup>

Desde un punto de vista restringido, la socialización se utiliza para expresar los cambios impuestos por la ley a la estructura de la economía, es decir, equivale a una forma diferente de propiedad de los medios de producción con mayor participación de los diferentes grupos, lo cual explica que, al menos formalmente, además de tener en cuenta los beneficios, consideraría también de interés público la preservación de los espacios democráticos, la estabilidad económica, la seguridad en el empleo, el medio ambiente, etc. Sin embargo, este concepto estricto ha fracasado, actualmente se desarrolla el pensamiento que lo entiende como privatización y eficacia del mercado, provocando graves alteraciones en la relación entre el capital y el trabajo (postfordismo).<sup>1690</sup>

En el segundo sentido el principio se expresaba en el funcionamiento de la economía capitalista que dependía de que el capital pudiera comprar trabajo, y éste a su vez, tenía que estar revestido de condiciones lo bastante atractivas para aparecer ante los ojos de sus potenciales consumidores como una mercancía deseable. Sin embargo, la combinación de factores que producían el Estado social, hubieran resultado insuficientes de no haber sido por el lazo que las unía, esto es, “la necesidad de mantener capital y trabajo en situación de “listo para el mercado”; con base en ello se diseñaron las sucesivas mediaciones subjetivas e institucionales por parte del Estado y los movimientos sindicales y obreros.<sup>1691</sup>

Como corolario, explica Bauman, “la capacidad de trabajo y de lucha de sus ciudadanos fue la condición *sine qua non* de la soberanía del Estado y del bienestar de sus súbditos.”<sup>1692</sup> En la actualidad, la inversión reclama flexibilización, competitividad y producción, lo que necesariamente genera que los desempleados ya no se alisten más en el “ejército de reserva” esperando a ser llamados, sino que el Estado actual “administra” las consecuencias *internas* de los

---

<sup>1688</sup> Hemos referido a esta situación siguiendo a De Sousa Santos, véase *supra* punto 1.6.

<sup>1689</sup> Cfr. Reich, N., *Mercado y Derecho*, (trad. Font), Ariel, Barcelona, 1985, págs., 114 ss.

<sup>1690</sup> *Ibidem*, pág. 116.

<sup>1691</sup> Véase *supra* 3.1.

<sup>1692</sup> Bauman, Z., *La sociedad individualizada*, op. cit., pág. 90.

efectos de los procesos globales de un trabajo que ha perdido los recortes subjetivos anteriores y ha devenido inmaterial.<sup>1693</sup>

Sin duda, la pérdida de solidez de la subjetividad fordista se expresa en hibridaciones indeterminables entre trabajadores y no trabajadores. La flexibilidad requerida por el mercado hace que el trabajo devenga una categoría que no recorta completamente y, en este sentido, no puede establecer límites subjetivos claros que permitan distinciones nítidas. De este modo, no hay que sorprenderse cuando se promuevan descalificaciones tales como “los expulsados”, porque el imperio los reincorporará a través de dispositivos de control que se articularán con bases funcionales; asimismo, han servido como nuevo modelo de ciudadanía flexibilizada. Aquéllos ya no son una anomalía temporal producto de las crisis del capitalismo, a quienes hay que mantener siempre listos para reingresar al campo de juego en cuanto se los necesite, ahora son una categoría arrojada de “la humanidad.”<sup>1694</sup>

Por el contrario, en los archipiélagos de la sociedad disciplinaria, el riesgo articulaba las sucesivas instancias de mediación del anterior modelo de Estado que, bajo el paradigma de la previsión, emprendía tareas de anticipación y control de cursos futuros e inciertos en su acaecimiento y dañosidad. En la actualidad, la transpolación que se ha producido de las mediaciones hacia el control de las desregulaciones, no está siendo suficientemente cuestionada por una sociedad que percibe cada vez más intensamente las amenazas a las que se ve expuesta, como producto de las decisiones de las que nunca forma parte.

En este contexto, a través de la categoría del riesgo concreto se pretende la gestión de la frontera que separa “los excedentes” de las clases trabajadoras en un contexto donde la indeterminación entre economía “legal” e “ilegal” produce la sutura entre trabajo y empleo precario, flexibilizado, o el desempleo. En tiempos de regulación de la desregulación, el control se ejerce en función de *la prevención del riesgo para neutralizar la peligrosidad de ciertos grupos ante el carácter difuso de la separación entre ambas economías.*<sup>1695</sup>

Los cánones de orden moderno – sobre los que se erige la pretensión del establecimiento de compartimentos estáticos en la fluidez- originan la gramática punitivista de la política criminal del enemigo y sus consecuencias dogmáticas, que han sido objeto de crítica en el capítulo anterior; en las páginas que siguen, el interrogante que intentaremos resolver puede quedar formulado en los

---

<sup>1693</sup> Véase *supra* 1.10.b; 1.12.; 3.1.; asimismo véase Castells, M., *La transformación del trabajo y el empleo: Trabajadores en red, desempleados y trabajadores a tiempo flexible*, op.cit., págs. 255-398; Negri, A., /Hardt, M., *El trabajo de Dionisios*, op.cit., págs. 31 ss., 80 ss.; Rodríguez, E., *El gobierno imposible*, op.cit., *pássim*; Virno, P., *Gramática de la multitud...*, op.cit., *pássim*.

<sup>1694</sup> Cfr. Bauman, Z., *Comunidad. En busca de seguridad en un mundo hostil*, op.cit., págs. 90 ss.; Terradillos Basoco J.M., “Marginalidad social, inmigración, criminalización”, en Zúñiga Rodríguez, L., /Méndez Rodríguez, C., /Diego Díaz-Santos, R., (coords.), *El Derecho penal ante la globalización*, Madrid, Colex, 2002.

<sup>1695</sup> Véase *supra* capítulo 3.



siguientes términos: ¿qué racionalidad será la que oriente la toma de decisiones político-criminales en un contexto de flexibilización de las mediaciones producidas por el Estado? ¿Cómo adoptar decisiones racionales cuando el futuro, “lejos de ser producto de unas inescrutables e inquebrantables leyes de la naturaleza lo es, en no poca medida, de lo que sólo se puede llamar *la economía política de la incertidumbre?*”<sup>1696</sup> Ésta es la serie de “reglas para acabar con las reglas” impuestas a las autoridades locales por los poderes globales del capital y las finanzas. Esta economía de la incertidumbre, “se reduce en lo esencial a la prohibición de unas normas y regulaciones políticamente establecidas y garantizadas y al desarme de las instituciones y asociaciones de defensa que se interponían en el camino del capital y las finanzas impidiéndoles ser verdaderamente *sans frontières*.”<sup>1697</sup>

Bajo este tipo de racionalidad se recodifican las sustantividades del riesgo. Retomando la metáfora de Bauman “para subir a las alturas uno tiene que poner los pies en el suelo con firmeza. Pero es precisamente el suelo que se nota cada vez más tembloroso e inestable y menos fiable, no roca firme en la cual apoyarse para saltar.”<sup>1698</sup> En este sentido, las formas de control que se establecen bajo la lógica del Estado postmoderno son modulables de acuerdo a la velocidad de los flujos. El control transita por los “flujos” buscando, infructuosamente, un terreno lo bastante sólido para restablecer formas modernas de soberanía. En este tránsito se puede anotar el resurgimiento del poder soberano, la designación del enemigo como estrategia de rearticulación de ese poder, fruto de un movimiento desterritorializador;<sup>1699</sup> las instancias de decisión políticas están en permanente hibridación con la consiguiente afectación de su autonomía por parte de las instituciones interestatales o internacionales.<sup>1700/1701</sup>

Como hemos visto, de conformidad con la epistemología del riesgo, las sociedades que se constituyeron en la lucha contra el peligro, en desterrar la sorpresa, encuentran ahora que sus decisiones de carácter racional se enfrentan, de acuerdo con la semiótica postmoderna, a fuerzas “misteriosas,” como las financieras, ecológicas, sociales, de pluralismo cultural, etc.<sup>1702</sup> La abrumadora sensación de pérdida de control sobre el presente, construida en términos supersticiosos, tiene muchísimas consecuencias, entre otras, y en lo que refiere a nuestro trabajo, la pérdida del “espacio público”, el languidecimiento de la participación política, de la solidaridad, de lo humano, y el aumento del poder

---

<sup>1696</sup> Bauman, Z., *La sociedad individualizada*....., op.cit., pág. 65.

<sup>1697</sup> Bourdieu, P., *Contrafuegos. Reflexiones para servir a la resistencia contra la invasión neoliberal*, Barcelona, Anagrama, 1999, pág. 110.

<sup>1698</sup> Bauman, Z., *La sociedad individualizada*, op.cit., pág. 64.

<sup>1699</sup> Cfr. Butler, J., “*Detención indefinida*”, op.cit., págs. 83 ss.

<sup>1700</sup> Véase *supra* 1.4.

<sup>1701</sup> Bauman, Z., *Globalization: The human consequences*, op.cit., págs. 46 ss.; Bauman alude a esta separación entre poder y política como “globalización”.

<sup>1702</sup> Véase *supra* 1.13; 2.1; 2.2.

policial<sup>1703</sup> que bajo el paradigma de la gestión funcional rearticulará una nueva gramática de control.

De acuerdo con ésta, la consecutiva *pérdida de control* sobre el presente ocurre de forma simultánea con el vaciamiento del espacio público,<sup>1704</sup> ello alimenta la incredulidad en que puedan ser resueltos democráticamente los asuntos comunes, donde “el argumento contundente contra la resistencia es la ausencia, que no es sino demasiado tangible, de un organismo lo suficientemente poderoso como para ejecutar cualesquiera decisiones que se puedan tomar mediante deliberación conjunta y acuerdo.”<sup>1705</sup>

En este punto, aparece la impotencia como el sentimiento generalizado que, a medida que crecen las amenazas y la inseguridad, va echando raíces y penetra en la visión que tenemos del mundo. En su libro *Políticas ecológicas en la edad del riesgo*, Beck hace un llamamiento para la “radicalización de la modernidad,” al tiempo que afirma que esto supone invenciones sociales y valor colectivo para unos experimentos políticos, y añade que esto requiere “unas inclinaciones y cualidades que no se encuentran precisamente con frecuencia, que tal vez ya no son capaces de cosechar una mayoría.”<sup>1706</sup> Sin embargo, es dentro de este contexto en el que estamos llamados a la acción política. Bourdieu nos recuerda que, “la capacidad de hacer previsiones para el futuro es la condición de toda conducta considerada racional (...) para concebir un proyecto revolucionario, es decir, para tener una intención bien meditada de transformar el presente.”<sup>1707</sup>

En este capítulo, a fin de contestar los interrogantes que nos hemos planteado, comenzamos por estudiar las diferentes perspectivas del análisis de los conflictos que engendra la complejidad social y cómo ésta influye en la configuración institucional y subjetiva. En particular, creemos que las respuestas podrían ir surgiendo a partir de la crítica respecto de las posturas que se autodenominan neutrales al tiempo que elaboran un discurso estático que mantiene la reproducción del sistema. En un segundo momento, tomando en cuenta las críticas efectuadas a las anteriores epistemologías, nos proponemos confeccionar los lineamientos para la construcción de un modelo de política criminal que logre sincronizarse con el programa constitucional y con una ciencia del Derecho penal dinámica, cuyo discurso se construya en el movimiento de la democracia y de la seguridad de los derechos de todas las personas. Actualmente, la rearticulación del contenido del *universal* se configura a partir de la flexibilización del derecho como táctica para ampliar el campo de la

---

<sup>1703</sup> Zaffaroni, E.R., “Las “clases peligrosas”: el fracaso de un discurso policial prepositivista”, op.cit., pág. 276.

<sup>1704</sup> Nino, C.S., *La construcción de la democracia deliberativa*, op.cit., págs. 214 ss.

<sup>1705</sup> Bauman, Z., *La sociedad individualizada*, op. cit., pág. 67.

<sup>1706</sup> Bourdieu, P., *Contrafuegos. Reflexiones para servir a la resistencia contra la invasión neoliberal*, Barcelona, Anagrama, 1999, pág. 40.

<sup>1707</sup> Bourdieu, P., *Contrafuegos.....*, op.cit., págs. 102 ss.

governabilidad y “para neutralizar el estado de derecho en nombre de la seguridad.”<sup>1708</sup>

## 5.2. La carga argumentativa del Derecho

Frente a la aparición del *espacio* que surge del desanclaje producido entre legitimidad y soberanía, nuestra reflexión político-criminal deberá dirigirse hacia las pretensiones de sutura que, como en el caso del derecho penal del enemigo, terminan por legitimar el no-derecho. Esa sutura implica la supresión de la carga que recae sobre el sistema respecto de las argumentaciones y justificaciones. Desde la perspectiva de la teoría de sistemas, el sistema deberá elaborar una estrategia para reducir la complejidad que se presenta, es decir, la gestión de la crisis del modelo de Estado anterior propicia la aparición de estrategias de gestión autoritarias que ponen en tela de juicio la legitimidad del ejercicio de la potencia punitiva estatal que, como hemos señalado en los capítulos anteriores,<sup>1709</sup> expresa una tendencia expansiva e intensiva del control de “los riesgos concretos.”

El cambio de paradigma de orden que producen los procesos de rearticulación *glocal* se cristaliza, por una parte, en las corrientes criminológicas actuariales y, por otra, en los dispositivos de control que han sido analizados en los capítulos segundo y tercero. En los epígrafes que siguen, habremos de cuestionar las lógicas del sentido que despliegan las políticas criminales que encuentran fundamento en su carácter autorreferencial.<sup>1710</sup> Lo anterior permite situarlas bajo un mismo paradigma epistemológico, ya que asumimos que, tanto el planteo del “derecho penal del enemigo”, como la teoría de Schmitt o Hobbes, o las criminologías del control de la excedencia, parten de una falacia ideológica, retomando los lastres de la de carácter naturalista de Hume, pero desbordándose para cubrir más escenarios.

Aun a riesgo de caer en generalidades podemos definir la falacia ideológica como aquella que “intenta presentar como una cuestión de lógica racional lo que no es más que un producto ideológico y político de claras motivaciones conservadoras del status quo impuesto por las relaciones del capital. En primer lugar, incluye una reinterpretación de la falacia naturalista, la cual, no debe entenderse como el intento de traspasar los límites del *es* para llegar al *deber ser*, sino, al contrario, presentar un *deber ser* como si fuera un *es*. Mediante esta segunda operación logra naturalizar lo que no es más que una propuesta normativo-ideológica y presentarla como lo racional y lo lógico.”<sup>1711</sup>

---

<sup>1708</sup> Butler, J., “*Detención indefinida...*”, op.cit., pág. 97.

<sup>1709</sup> Véanse *supra* 1.7, 1.8, 1.9; 3.4.

<sup>1710</sup> Cfr. Serrano Piedecabras, J.R., “*Consecuencias de la crisis del Estado social*”, op.cit., pág. 926 ss.

<sup>1711</sup> Herrera Flores, J., *Los derechos humanos...*, op.cit., pág. 35.

Desde nuestro punto de vista, Jakobs construye su pensamiento con base en esta falacia que lo conduce a la elusión de la referencia a la legitimidad de las medidas que se adoptan en aras de la perpetuación y reproducción de índole autopoiética del sistema social, perpetuando así el *status quo* y deprivando del significado político al Derecho y a la democracia; es decir, una construcción metodológica<sup>1712</sup> que enaltece la neutralidad mediante una combinación de elementos schmittianos, hegelianos y “luhmannianos.”<sup>1713</sup>

### 5.2.a. El subsistema del Derecho según Niklas Luhmann

Mientras que las sociedades industriales reposaban en una dinámica valorativa dirigida a la búsqueda del “ideal” de la igualdad -por parte de las instituciones del Estado de Bienestar-, la sociedad del riesgo rediseña -como tensión ideal normativa-, la idea de seguridad. La historia misma de la modernidad y del Estado nación han construido sus líneas de desarrollo oscilando alrededor de la alternativa libertad-seguridad. En este sentido, todas las teorías del riesgo recurren de un modo u otro a la distinción básica entre seguridad-inseguridad, problema tan antiguo como la constitución de la sociedad civil. En este sentido, Rodríguez Martínez<sup>1714</sup> afirma que, en nuestra época, el problema del riesgo aparece formulado en términos luhmannianos de doble contingencia; sin embargo, el término de riesgo va más allá, y alcanza la universalidad estructural de la inseguridad respecto de toda praxis, y señala las maneras de actuar ante condiciones de inseguridad, con criterios *neutralmente preventivos*.<sup>1715</sup>

Para Luhmann, el problema de la inseguridad de la acción sólo puede ser limitado mediante la creación de expectativas normativas, que son el resultado de la sedimentación de la comunicación en constante circulación; en este plano la inseguridad se transforma cognitivamente en complejidad,<sup>1716</sup> siendo ésta

---

<sup>1712</sup> Cfr. Cancio Meliá, M., “Dogmática y política criminal en una teoría funcional del delito”, en Montealegre Lynett, E., (coord.), *Libro homenaje al Prof. Günther Jakobs. El funcionalismo en Derecho penal*, Tomo 1, Universidad del Externado de Colombia, Centro de investigación en filosofía y Derecho, Bogotá, 2003, págs. 94.

<sup>1713</sup> Véase *supra* puntos 4.4.; 4.11.

<sup>1714</sup> Rodríguez Martínez, J., “El riesgo como utopía negativa...”, *op.cit.*, págs. 191-204.

<sup>1715</sup> Véase la definición de prevención en Luhmann, *supra* 2.2.c.

<sup>1716</sup> Para que se genere la autopoiesis jurídica es necesario que se produzca una *autoconstitución* del Derecho. Ello se alcanza cuando las *autodescripciones del Derecho son, de facto, aplicadas operativamente para orientar las comunicaciones del Derecho*. Asimismo debe llamarse la atención sobre la autoconstitución típicamente jurídica: cuando los criterios para la identificación de las normas no se encuentran en fuentes del Derecho situadas fuera del Derecho, sino que remiten a componentes internos del sistema. De esta forma, la autopoiesis jurídica se produce cuando las autodescripciones del Derecho desarrollan y practican una fuente del Derecho que remite la obtención de la norma a los precedentes judiciales o a otros procesos de constitución jurídica dentro del Derecho. En el caso del Derecho positivo, las normas jurídicas sólo pueden surgir mediante actos jurídicos precisos y definidos ya sea en la ley, ya sea en la sentencia del juez. En

reducida normativamente mediante la construcción social de expectativas y la autorreferencialidad de los sistemas sociales.<sup>1717</sup>

En consecuencia, el funcionalismo sistémico se estructura con base en dos pares fundamentales: *sistema/ambiente*, donde el ambiente se refiere a todo lo ajeno al primero de los términos y es presentado como complejidad que el sistema social tiene la función de resolver. El segundo par está conformado por *sistema/subsistema*, donde el segundo término designa el resultado de las estrategias de diferenciación funcional dispuestas por el sistema para reducir la complejidad opuesta por el ambiente. Desde el punto de vista del subsistema, el ambiente está representado por *todo aquello que es extraño*. Cada uno de los subsistemas, en aras de responder a la complejidad, puede a su vez, estructurarse en ulteriores subsistemas, y así sucesivamente.<sup>1718</sup>

Es por ello que las relaciones que se establecen entre ambiente y sistema son relativas, ya que cada subsistema puede, a su vez, configurar problemas al ser el ambiente de otros.<sup>1719</sup> De esta manera, a partir de estas metamorfosis, la teoría espera conseguir la perfecta autorreproducción del "sistema artificial." En especial:

- 1) La relatividad (ambivalencia) de toda calificación en términos de sistema o de ambiente permite afirmar la perfecta circularidad del sistema;

---

definitiva, se trata de que las autodescripciones guíen a las autorreproducciones hacia los propios componentes del sistema. Véase Gómez- Jara Díez, C., "Teoría de sistemas y Derecho Penal", op. cit., págs. 412 ss.

<sup>1717</sup> Zaffaroni, E.R., /Alagia, A., /Slokar, A., *Derecho penal...*, op.cit., pág. 348.

<sup>1718</sup> Luhmann, N., "El Derecho como sistema social", (trad. Gómez- Jara Díez), en Gómez- Jara Díez, C., (ed.), *Teoría de sistemas y Derecho penal. Fundamentos y posibilidades de aplicación*", op.cit., pág. 71, donde afirma que "La aplicación de la teoría de los sistemas autopoieticos al caso concreto del Derecho cuenta con un problema adicional de coordinación de varios niveles. Sólo se puede concebir al Derecho como un sistema social si se toma en cuenta el hecho de que es un subsistema de la sociedad y que también existen otros subsistemas. Concebir a la sociedad en sí misma como un sistema social diferenciado presupone una teoría general de los sistemas sociales que no sólo pueda analizar el sistema comprensivo "sociedad" como un todo, sino también otros sistemas sociales, por ejemplo, la interacción cara-a-cara o las organizaciones. Las decisiones teóricas, por tanto, tienen que estar distribuidas a lo largo de varios niveles y deben confirmarse para ver si lo que se afirma sobre el Derecho no resulta válido para la sociedad en su conjunto, o ni siquiera para todo sistema social o autopoietico."

<sup>1719</sup> Respecto de la relación que se establece entre sistema y entorno, habrá de entenderse que el cierre del sistema es la condición de su apertura. En este sentido, las comunicaciones son las operaciones del sistema que permiten la autorreproducción y la autopoiesis. A partir de éstas se gestarán las estructuras que orientan la selección de las operaciones. En el nivel de las estructuras el sistema está abierto. Esta apertura se denomina acoplamiento estructural. En este sentido expresa Gómez- Jara Díez, C., "Teoría de sistemas y Derecho penal", op.cit., pág. 391, que dicho término "tiene que ser compatible con la autopoiesis del sistema. De ello se deriva una importante consecuencia, como es que la modificación estructural constituye un canal a través del cual el sistema se deja "irritar" por el entorno. De hecho, las opciones básicas de las que dispone son la "irritación" (sc. "perturbación") del entorno o la destrucción."

- 2) La capacidad de adaptación mediante la diferenciación del sistema resuelve el problema de la decisión política innovadora, reduciendo todo proceso innovador a la lógica de la autodiferenciación sistémica.
- 3) La parcialidad constitutiva del sistema que siempre se enfrenta al ambiente (y nunca pretende ser totalizadora) elimina todo problema de contradicción y conflicto intrasistémico y lo desplaza al exterior, al terreno de la pura posibilidad contingente.<sup>1720</sup>

Esto implica que la complejidad que el ambiente opone al sistema consiste en la multiplicidad de vivencias de los humanos que, al pluralizar las expectativas, representa un grado de complejidad para el sistema, que se encuentra necesitado de armonizarse para estabilizarse, de modo que siempre será él mismo el que determine qué es lo complejo –extraño- y qué debe seleccionar y reducir de ello. De este modo, el sistema va seleccionando sus propios límites, pero también armoniza las expectativas mediante una *simplificación de las seleccionadas*, con el establecimiento de normas generalizables y con creciente separación de los roles respecto de las concretas expectativas de los humanos, donde el Derecho queda relegado a una posición marginal y neutralizado, bajo una descripción objetivista, y el fenómeno de su validez, a la cual sólo se puede acceder internamente, queda soslayado; en este sentido, el Derecho se apropia del “caos” en tanto capaz de crear un espacio de indeterminación mediante la excepción.<sup>1721</sup>

Así las cosas, al estarle conferida al Derecho la tarea de la reducción de la complejidad, acaba en una autonomización que termina independizándolo y convirtiéndolo en un ciclo de comunicación discursivamente cerrado, que se deslinda de sus entornos y que describe, a su vez, sus propios componentes en categorías jurídicas y utiliza estas tematizaciones para construir y reproducir, con sus propios medios, actos jurídicos.<sup>1722</sup>

En resumidas cuentas, esta teoría se asienta sobre la necesidad del control autorreferencial y opera por un creciente reforzamiento de los roles. Lo anterior se concreta afirmando que la norma proporciona una orientación para la elección, evitando que su búsqueda se fije en la expectativa misma, lo que podría llevar a errores; por lo tanto, el sistema se equilibra a medida que los humanos se asemejan a “burócratas obsesivos.”<sup>1723</sup> La facilitación de la elección provocaría un consenso, que sólo consistiría en la *falta de disenso* originada en una ignorancia creciente y en el ocultamiento de los conflictos que subyacen a toda sociedad.

De este modo, el sistema institucionalizará *expectativas cognitivas* cuando predomine el interés en la adaptación, y *normativas* cuando la seguridad y la no

---

<sup>1720</sup> Cfr. Barcellona, P., “La teoría de sistemas y el paradigma de la sociedad moderna”, op.cit., pág. 47.

<sup>1721</sup> Véanse *supra* puntos 2.6; 2.6.a.

<sup>1722</sup> Habermas, J., *Facticidad y validez*, op.cit., pág. 112.

<sup>1723</sup> Habermas, J., *La condición posnacional. Ensayos políticos*, (trad. Fabra Abat/Gamper/Sachse), Paidós, Barcelona, 2000, pág. 59.

disidencia sean fundamentales para la inmutabilidad de las expectativas sociales. En esta concepción la diferencia entre *ser y deber ser* queda reducida a dos posibilidades de reacción (obedecer-desobedecer) sobre una base cognitiva que disuelve la diferencia entre la validez deontológica y la validez normativa.<sup>1724</sup>

Lo anterior sugiere que el Derecho constituye un subsistema que desarrolla funciones para el sistema en su conjunto, cuya función específica consiste en reducir el desequilibrio de complejidad que el ambiente le opone al sistema, facilitando de este modo la construcción de expectativas de conducta sociales y disminuyendo el riesgo de frustración.

En este sentido, sólo se puede concebir al Derecho como un sistema social si se toma en cuenta el hecho de que éste es un subsistema de la sociedad y que también existen otros. El presupuesto para la distinción entre sistema y entorno es la clausura autorreferencial de los sistemas, que sucesivamente se irán diferenciando. Por ello, el sistema jurídico es un sistema diferenciado dentro de la sociedad. A través de sus propias operaciones, estará abocado a la autorreproducción tanto del sistema general como de sí mismo.<sup>1725</sup>

Para ello, el Derecho recurre a formas de comunicación y participa en la construcción de realidad. Es por ello que éste no es política, ni cultura, ni ciencia ni economía. De allí que sólo él pueda determinar qué es legal o ilegal, y al decidir estas cuestiones debe referirse siempre a los resultados de sus propias operaciones y a las consecuencias que tiene para las futuras operaciones del sistema. “En cada una de sus operaciones el Derecho tiene que reproducir su propia capacidad operativa, alcanzando su estabilidad estructural a través de la recursividad y no, como uno pudiera creer, a través de un *input* favorable o un *output* desfavorable.”<sup>1726</sup>

Estos sistemas para Luhmann, partiendo de la teoría de Maturana y Varela<sup>1727</sup> son autorreferenciales –autopoieticos- esto es, sistemas discursivamente

---

<sup>1724</sup> Giménez Alcover, P., *El Derecho en la Teoría de la sociedad de N. Luhmann*, Bosch editor, Barcelona, 1993, pág. 249. Véanse *supra* 4.5; 4.11.

<sup>1725</sup> Véase Feijóo Sánchez, B., “La normativización del Derecho penal”, en Gómez-Jara Díez, C. (ed.) *Teoría de sistemas y Derecho penal. fundamentos y posibilidades de aplicación*, Comares, Granada, 2005, pags. 441 ss.

<sup>1726</sup> Luhmann, N., “El Derecho como sistema social”, *op.cit.*, pág. 73.

<sup>1727</sup> Luhmann, N., *Sociedad y sistema: la ambición de la teoría*, (introd., Izuquiza; trad. López Petit/Schmitz), Paidós, Barcelona, 1990; del mismo “El Derecho como sistema social”, en Gómez Jara-Díez, C., (ed.) *Teoría de sistemas y Derecho penal. Fundamentos y posibilidades de aplicación*, *op.cit.*, págs. 70-71, donde afirma que “el descubrimiento novedoso es que los sistemas biológicos, incluso los sistemas físicos en general, están caracterizados por un modo de operación circular, recursivo y autorreferencial. La forma de análisis que surge como consecuencia de este descubrimiento, destrona al “sujeto” en su pretensión de ser único en cuanto a su autorreferencialidad. Ello no tiene por qué significar que los sistemas psíquicos y sociales se interpretan ahora conforme al modelo de los sistemas biológicos. Tanto una mera analogía como una transferencia metafórica de términos biológicos a la sociología estarían obviando la cuestión. Más bien el reto consiste en construir una teoría general de los sistemas autopoieticos que pueda referirse a una variedad de fundamentos existentes en la realidad, para registrar y analizar las

cerrados, cuyas relaciones con el ambiente no se efectúan en términos de *input-output*, como fuera en la teoría general de sistemas, sino que son siempre regulados por el propio sistema.

La contribución de Luhmann en relación con el controvertido concepto de autopoiesis se basa en distinguir tres tipos de autopoiesis: vida, conciencia y sistemas sociales. Los sistemas de conciencia se reproducen sobre la base de ideas, y los sistemas sociales constan como componentes fundamentales de comunicaciones, que recursivamente dan lugar a nuevas comunicaciones. Lo que destaca en las construcciones sistémicas de Luhmann son, por tanto, las propiedades formales del concepto, pero no sus determinaciones de contenido.

En el contexto de una teoría de los sistemas autopoieticos sólo funciona un concepto de comunicación si no se deriva de, o mejor dicho, no se reduce a, una acción con intención consciente de un sujeto. La unidad de la *operación comunicación* tiene que ser distinta de aquélla de un querer individual -que en el contexto de las teorías clásicas de la acción establece la unidad-. Para la construcción de dicha necesaria unidad, Luhmann propone que la comunicación consista en una síntesis de información, participación y comprensión, donde estos tres componentes deberán estar presentes para que la comunicación acontezca.

El presupuesto fundamental es que el sistema comunicativo no se ve especificado por los estados de conciencia de los actores participantes, sino sólo por las propias estructuras. En este sentido, en el caso del sistema jurídico el código binario *conforme a Derecho/contrario a Derecho* ofrece la clausura. Todo lo que es relevante para el Derecho sólo puede ser evaluado en ese código, y los contenidos concretos de las leyes positivas no podrían “competir en determinado sentido con el modo de operación de la codificación binaria. Esto depende sencillamente de su contingencia.”<sup>1728</sup>

---

experiencias que provengan de ámbitos tan diversos como la vida, la conciencia y la comunicación social”. En este sentido, también Karl W., “¿Sociedad sin sujetos o sujetos sin sociedad?, (trad. Feijóo Sánchez) en Gómez Jara-Díez, C., (ed.) *Teoría de sistemas y Derecho penal. Fundamentos y posibilidades de aplicación*, op.cit., págs. 43 ss., cuando expresa que la reformulación sociológica del mecanismo autopoietico ha cortado toda referencia con el biológico. Por lo tanto es infundado el reproche de biologicismo que recibe Luhmann, porque “en lugar de entregar los individuos a la heteronomía social –como da a entender el reproche de biologicismo- se le proporciona una autonomía cuyos parentescos con el idealismo alemán y con la filosofía de la naturaleza del siglo XVIII y comienzos del XIX apenas se pueden negar desde una perspectiva epistemológica. La radicalidad de la autonomía idealista podría ser incluso superada con la concepción de la conciencia individual como un sistema autopoietico”; en todo caso esta concepción no cuadra bien, al reputar la autopoiesis tanto de la sociedad como de la conciencia, porque utiliza Luhmann un concepto de autopoiesis completamente distinto al que está consagrado en el debate biológico. Por tanto, “la columna que sostiene la crítica a la autopoiesis en la sociología jurídica –la hipótesis de la biologización- no se sostiene, no más que un espantajo”, *ibídem*, pág. 46.

<sup>1728</sup> Karl W., “¿Sociedad sin sujetos...”, op.cit., pág. 63.



Así las cosas, el sistema del Derecho es uno cerrado que se autoreproduce en tanto autonomizado de los restantes subsistemas sociales. El cierre del sistema ocurre en tanto que éste tiene una función. En el caso del sistema jurídico, la función tiene la virtualidad de la generalización congruente de expectativas normativas, donde el conflicto es considerado como un factor que habrá de ser absorbido por el propio sistema a fin de mantener su estabilidad estructural.<sup>1729</sup>

Las estructuras del Derecho son susceptibles de cambio mientras que no lo es la organización del Derecho, que consiste en la diferenciación principal creadora de unidad entre los elementos del código que permite la clausura del sistema. En este sentido afirma Karlg, “el sistema jurídico está cerrado sólo en relación al *mecanismo formal* del uso comunicativo del código binario *conforme a Derecho/contrario a Derecho*. Cómo se encuentre trabajando el código en particular y en qué circunstancias se utiliza es algo que está sujeto a la cooperación de una pluralidad de sistemas sociales participantes; es decir, no sólo al poder político al que se encuentra unida por su parte mediante numerosas consideraciones. De ello se deduce que las *estructuras* del sistema se ven controladas, influidas y conducidas por los restantes sistemas sociales. Lo que no puede ser conducido o trasladado, por el contrario, es la utilización *operativa* del formalismo binario.”

1730

En este sentido, en virtud de la organización del juego que establece el código binario, es irrelevante cuáles sean las razones de la actuación de la conciencia individual. La conciencia se reproduce sobre la base de pensamientos, que por su parte no constituyen la forma de reproducción del código jurídico.

Para el procesamiento de las expectativas se requiere de un código binario que contenga un valor positivo y otro negativo, excluyendo las contradicciones y otros valores. La especificidad del código permite la diferenciación del sistema jurídico, puesto que dota al sistema de su propia forma de contingencia internamente constituida.<sup>1731</sup> Este código opera en una doble dirección, por un lado ayuda que el sistema se diferencie y estimula el problema representado por la defraudación de expectativas que será evaluado en forma positiva o negativa. No obstante, también sirve al continuo proceso de comprobar la consistencia, de actualizar la memoria del sistema, sirviendo a la reproducción autopoietica del mismo, “haciendo posible examinar todo procesamiento de expectativas

---

<sup>1729</sup> Por supuesto, el Derecho no puede garantizar que estas expectativas no serán defraudadas, puesto que es lo propio de las expectativas; sin embargo, puede garantizar que puedan mantenerse como tales, porque desde el punto de vista sociológico la normatividad no significa otra cosa que la estabilidad contrafáctica. En virtud de ello, el Derecho mantiene la perspectiva de la resolución de conflictos puesto que contiene una decisión preliminar acerca de quién deberá aprender de la defraudación y quién no, véase Luhmann, en las obras citadas supra.

<sup>1730</sup> Karlg, W., “¿Sociedad sin sujetos...”, op.cit., pág. 66.

<sup>1731</sup> Piña Rochefort, J.I., “Algunas consideraciones acerca de la (auto) legitimación del Derecho penal”, en Gómez Jara-Díez, C., (ed.), *Teoría de sistemas y Derecho penal*, op.cit., págs. 263 ss.; del mismo “La construcción del “enemigo” y la reconfiguración.....”, op.cit., págs. 577-581.

normativas en términos de una cuestión central: si el procesamiento es compatible con procesamientos previos.”<sup>1732</sup>

Debido a que para Luhmann la argumentación no consiste en la búsqueda de un fundamento racional convincente, sino en una forma de dominar la contingencia y de condensar el contexto sistémico, “esta forma de ver las cosas deviene lógicamente de la premisa de que todo sistema autopoietico diferencia sus propias operaciones con la ayuda de sus propias distinciones. Por tanto, si se quiere preservar esta diferenciación, tiene que evitar distinguirse a sí mismo de la mano de otras distinciones.”<sup>1733</sup> La recursividad autopoietica impide que el sistema/estructura innove. En este sentido sostiene Barcellona que Luhmann anula el devenir, el tiempo histórico, además de legitimar las instituciones existentes como estructuras inmutables, como formas últimas de la experiencia viviente.<sup>1734</sup>

El sistema jurídico, en cambio, se reproduce sobre la base de comunicaciones normativas que no determinan la conciencia individual. Con todo, estamos de acuerdo con Karlg cuando afirma que esta teoría pretende no contener elementos valorativos. En concordancia, propone el autor que no es posible tener otro punto de referencia valorativo que no sea el individuo, si se quiere que su emancipación tenga un papel preferente frente al mantenimiento del sistema social; de este modo, “El consenso de los individuos aportará entonces la categoría crítica que ha de verse satisfecha por las estructuras jurídicas.”<sup>1735</sup>

En este contexto, el problema que produce la evolución del Derecho descansa en la incertidumbre respecto de las expectativas que pueden mantenerse o que puedan seguir manteniéndose contrafácticamente en caso de conflicto. “En cualquier caso, el ímpetu para que se produzca la variación ya no reside en la anticipación de los conflictos que pueden esperarse. Más bien, el Derecho regula ciertos modos de comportamiento provistos de la capacidad de ser conflictivos. *El Derecho crea los conflictos que necesita para su propia evolución, perfeccionando de esta manera su propia autopoiesis.*”<sup>1736</sup>

En una época de complejidad estructural como la actual, la teoría de Luhmann llevaría a sostener que es más simple que el sistema penal opte por una *estrategia artificial de reducción de la complejidad*. Esta estrategia consiste en negar la *carga argumentativa*, en ciertos casos rechazando que el Derecho tenga que dar respuestas a problemas de valor, de realidad o funcionalidad, respecto de los cuales se contentaría con una postura neutral;<sup>1737</sup> otra opción se construye bajo la

---

<sup>1732</sup> Luhmann, N., “*El Derecho como sistema social*”, op.cit., pág. 74.

<sup>1733</sup> *Ibidem*, pág. 79.

<sup>1734</sup> Cfr. Barcellona, P., “*La teoría de sistemas y el paradigma de la sociedad moderna*”, op.cit., pág. 50.

<sup>1735</sup> Karlg, W., “*¿Sociedad sin sujetos...*”, op.cit., pág. 67.

<sup>1736</sup> Luhmann, N., “*El Derecho como sistema social...*”, op.cit., pág. 82; el subrayado nos pertenece.

<sup>1737</sup> Véase lo expuesto por Jakobs haciendo referencia a la neutralidad del Derecho penal *infra* 5.2.b.

admisión de que efectivamente el Derecho debe hacer frente a esta realidad, pero lo realizará mediante la construcción de dogmas intemporales; asimismo puede actuar mediante el traslado de la carga argumentativa y la autoridad epistemológica de su definición a otras instancias y sistemas sociales.

Estas tres formas de rehusarse a cumplir con la carga argumentativa que recae sobre el sistema, se encuentran íntimamente ligadas a la creencia en la pureza del sistema, que se erige como un obstáculo que impide desarrollar *una política criminal y un sistema jurídico penal coherente, tanto en los aspectos axiológicos y epistemológicos, como así también en los operativos y funcionales*.<sup>1738</sup>

Desde una perspectiva histórica esta teoría asume un significado muy preciso. La estabilidad del sistema y su duración se concretan a través de la estabilización de las reglas de juego, de la compatibilidad definida y calculada por el sujeto histórico que lo ha producido: burguesía-capital.<sup>1739</sup>

Sin embargo, se detecta otra consecuencia de la falacia ideológica en el discurso de Luhmann: si para funcionar el sistema debe operar bajo la lógica de “códigos cerrados”, autorreferenciales, pero para responder adecuadamente a la creciente complejidad opuesta por el ambiente debe mirar al mundo y conocerlo, esto implica que el sistema se deja “in-formar” por el ambiente. Y es aquí donde vuelve a emerger la aporía de la modernidad: un sujeto artificial que crea un orden también artificial. Porque la propuesta de Luhmann consiste en un sistema fundado sobre un sujeto y un proyecto infundados, que define la forma en que se puede y debe expresar la vida en el mundo y por lo tanto la experiencia viviente dentro de una coyuntura histórica determinada. Por su dinámica inherente, “lo social” no puede derivarse mecánicamente de una función.<sup>1740</sup>

## 5.2. b. La pena como reafirmación de expectativas

Mediante la selección de algunos elementos epistemológicos de la teoría de Luhmann,<sup>1741</sup> surgen tesis como la de Jakobs,<sup>1742</sup> que entiende al Derecho penal

---

<sup>1738</sup> Rivero Sánchez, *Episteme y Derecho...*, op.cit., págs. 16 ss.

<sup>1739</sup> Cfr. Barcellona, P., “*La teoría de sistemas.....*”, op.cit., pág. 51.

<sup>1740</sup> *Ibidem*, pág. 53.

<sup>1741</sup> Corresponde matizar esta afirmación siguiendo los argumentos de Peñaranda Ramos, E., “*Sobre la influencia...*”, op.cit., págs. 236 ss. De este modo, la teoría de los sistemas sociales de Luhmann es sólo uno de los materiales sobre los que construye Jakobs su teoría, porque la influencia desde luego existe, sin embargo, también se observan dentro del edificio dogmático del autor, las influencias de Hegel. En el mismo sentido, Alcácer Guirao, R., *Sobre el concepto de delito: ¿Lesión del bien jurídico o lesión de deber?*, op.cit., págs. 90 ss. Consideramos que si bien hay elementos particulares de cada uno de los autores de los que Jakobs da debida cuenta para la construcción de su metodología, todas ellas parten de la falacia ideológica anteriormente reseñada. Véase *supra* punto 5.2.

<sup>1742</sup> Jakobs, G., “*El sistema de imputación jurídica*”, en AA.VV., *Problemas capitales del Derecho penal moderno. Libro homenaje a Hans Welzel*, (prólogo, presentación, traducción, Sancinetti), Hammurabi, Buenos Aires, 1998, págs. 33-54; Jakobs, G., *Fundamentos de Derecho penal*, (trad. Cancio Meliá y

como un subsistema social, que contribuye al mantenimiento de la configuración social garantizando las normas, esto es, mediante la estabilización de expectativas de conducta para el funcionamiento de la vida social.<sup>1743</sup>

Para arribar a este punto se ha ido separando progresivamente de los postulados de su maestro Welzel, ya que en lugar del ontologismo propone una renormativización de los conceptos jurídico-penales, con el propósito de orientarlos a la función que, a su juicio, corresponde al Derecho penal. Tanto las categorías de la teoría del delito, como el concepto de sujeto al que se imputa se verán crecientemente funcionalizados. En este sentido, el elemento central de esta concepción es la función atribuida a la pena, porque si el Derecho penal encuentra su fundamento en la necesidad de garantizar la vigencia de las expectativas normativas de las que depende la propia configuración de la sociedad, lo imputable serán los sujetos que pongan en cuestionamiento el modelo general de orientación.<sup>1744</sup> Sin embargo, como ha sido puesto de manifiesto en el capítulo anterior, en la argumentación jakobsiana se han ido produciendo variaciones significativas en lo referente al papel del “ejercicio de fidelidad al Derecho” y, con ello, en la articulación de la prevención general positiva.<sup>1745</sup>

Jakobs sostiene que una norma está “vigente” cuando determina el contenido de posibles comunicaciones, esto es, cuando la expectativa dirigida a una persona es estable. El hecho de si la norma, entendida como imperativo, surte efecto o fracasa, resulta irrelevante en lo atinente a su vigencia. En este sentido, la comunicación está determinada por la norma y no por los beneficios individuales que se puedan extraer de su acatamiento o violación. Porque la expectativa de que se cumpla un deber es una declaración sobre el mundo social; ante la infracción de la norma, la expectativa perdura al imperativo.<sup>1746</sup>

---

Peñaranda Ramos), Ad-hoc, Buenos Aires, 1996, págs. 179-239. Véase el capítulo anterior, donde analizamos la propuesta dogmática de Jakobs de un “derecho penal del enemigo.”

<sup>1743</sup> Jakobs, G., *Derecho penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*, (trad. Cuello Contreras y Serrano González de Murillo), Marcial Pons, Madrid, 1997, pág. 45; del mismo *Sociedad, Norma y Persona...*, op.cit., pág. 15. Véase además Montealegre Lynett, E., (coord.), *Libro Homenaje al Prof. Günther Jakobs. El funcionalismo en el Derecho penal*, Universidad Externado de Colombia, Centro de investigación en Filosofía y Derecho, Bogotá, 2003, Tomos I y II; Silva Sánchez, J.M., *Aproximación...*, op.cit., pág. 231; Zúñiga Rodríguez, L., *Política Criminal...*, op.cit., págs. 120-121; Schünemann, B., *Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia jurídico-penal alemana*, Universidad del Externado de Colombia, Bogotá, 1996, págs. 45 ss.

<sup>1744</sup> Véase, entre otras obras de Jakobs, G., *Dogmática de Derecho penal y la configuración normativa de la sociedad*, (trad. Cancio Meliá/Feijóo Sánchez), Civitas, Madrid, 2004, en especial, capítulo 3.

<sup>1745</sup> Véase Peñaranda Ramos, E., “Sobre la influencia del funcionalismo...”, op.cit., págs. 229 ss.; Cancio Meliá, M., /Feijóo Sánchez, B., *¿Prevenir riesgos...?*, op.cit., *passim*. Véase *supra* punto 4.12.

<sup>1746</sup> En este sentido, afirma Müssig, B., “Aspectos teórico-jurídicos y teórico-sociales de la imputación objetiva en Derecho penal”, (trad. Cancio Meliá), en Gómez Jara-Díez, C., (ed.), *Teoría de sistemas y Derecho penal*, op.cit., pág. 202, que “la reacción jurídico penal es una autodescripción y un autoaseguramiento de la configuración social en cuanto realidad de la sociedad –desde la perspectiva y con los medios del Derecho. Así queda caracterizada la teoría de la prevención

Entonces para Jakobs ¿qué es la infracción de una norma? De manera abstracta puede decirse que ésta debe tener lugar en el mismo sistema, en el que la vigencia de la norma sea su presupuesto y la pena su consecuencia. Al igual que la infracción de la norma no interesa como acto de violencia, tampoco la vigencia de la norma puede producirse mediante pura violencia. Tanto la pena como la infracción deben interpretarse como actos comunicativos. En este sentido, la pena debe concebirse como respuesta al hecho, el cual debe entenderse, asimismo, como una protesta contra la vigencia de la norma, es decir, como una reprobación a la configuración de la sociedad. De allí que cuando una sociedad castiga, niega mediante ese acto la posibilidad de modificar su actual configuración, manteniendo el *status quo*, en contra de las propuestas de cambio, confirmando su identidad. Asimismo, respecto de las vinculaciones psico-sociales que puedan adjudicársele a la pena, no pertenecen al concepto de pena, porque sólo le es propia la confirmación de la vigencia de la norma, “la refutación del hecho que cuestiona esta existencia. No menos..., pero tampoco más.”<sup>1747</sup>

El significado comunicativo de la conducta implica la atribución de una determinada expresión de sentido como resultado de la praxis jurídica de interpretación y, con ello, construcción de realidad. Así las cosas, la pena *significa*, independientemente de otras consecuencias, una autoconfirmación de la sociedad. De acuerdo con la definición que elabora Jakobs en *Sociedad, Norma y Persona*, ésta ya sólo tiene para él la *función de caracterizar el delito como delito*, lo que, expresado en otros términos, significa que la pena sólo sirve a la autoconfirmación de la identidad de la sociedad. Por tanto, la pena no tiene como finalidad impedir la comisión de delitos, sino que previene que éstos se dejen de concebir como tales en un futuro. *La sanción no se muestra privada de fin, sino que es en sí misma un fin: la ratificación de la realidad inmodificada de la sociedad.*<sup>1748</sup>

---

general positiva como parte integrante de una teoría institucional del Derecho penal. Ahora bien, no es decisivo el *ataque* externo, perceptible por los sentidos, a un objeto (bien jurídico), sino el significado comunicativo del comportamiento, su expresión de sentido imputada: la vulneración del Derecho –en cuanto cuestionamiento de una autodescripción de la sociedad jurídicamente positivizada, cuya aceptación sin reacción alguna convertiría en contradictoria a esa misma autodescripción; la responsabilidad jurídico-penal, la imputación en sentido amplio, es expresión de la garantía de la vigencia del Derecho.” Véase, asimismo, Jakobs, G., “*La imputación jurídico-penal....*”, op.cit., págs. 192 ss.

<sup>1747</sup> Jakobs, G., “*La imputación jurídico-penal...*”, op.cit., pág. 181; del mismo *Dogmática de Derecho penal y la configuración normativa....*, op.cit., págs. 47 ss.

<sup>1748</sup> Correlativamente a la tendencia de identificación de la función de la pena con una de carácter simbólico-comunicativo de desaprobación del hecho, Jakobs ha ido restando importancia a cualquier diferenciación analítica de los elementos de la teoría del delito, particularmente, a la distinción entre injusto y culpabilidad. Ello debido a que el quebrantamiento de la norma y el daño a su vigencia sólo son la abreviatura de que concurren en el hecho la totalidad de los presupuestos de la imputación de una pena, lo que conduce, según resalta Peñaranda Ramos, E., “*Sobre la influencia del funcionalismo...*”, op.cit., pág. 232, “a una teoría de la imputación, como la de Hegel, en la que la culpabilidad termina convirtiéndose en presupuesto de la acción”. En este

Así las cosas, adquiere gran importancia el quebrantamiento de la norma, donde el dato decisivo de la conducta penalmente relevante será la capacidad de producir un *sentido o significado*.<sup>1749</sup> Lo imputable, de este modo, será lo que el sujeto exprese como una máxima de comportamiento incompatible con la norma, desautorizándola como modelo general de comportamiento. El quebrantamiento de la norma consiste pues en esta contradicción, estableciéndose en la desautorización que está intrínsecamente situada en el momento de la infracción, esto es, la tendencia a considerar la pena solamente en un plano simbólico o comunicativo.<sup>1750</sup>

Como consecuencia destacable, y que será objeto de estudio en el presente capítulo, entendemos que la teoría de la pena en Jakobs cuestiona la entidad del propio concepto de bien jurídico al momento en que considera que lo esencial en Derecho penal no es la protección de aquél, sino la protección de normas.<sup>1751</sup> Luego, para la fidelidad al sistema,<sup>1752</sup> la pena cumplirá la misión de confirmar el mandato jurídico como criterio orientador de las relaciones sociales.<sup>1753</sup> Puesto que la vigencia de la norma se restablece contrafácticamente a partir de su incumplimiento, el delito -al provocar una frustración de las expectativas estabilizadas- permite la imputación de la conducta del sujeto y no a la expectativa y, de este modo, ser reafirmada.

Bajo estos postulados, la pena adquiere un *sentido expresivo*, en tanto que tiene como fin restablecer la confianza en el Derecho, ejercitando a los individuos en el reconocimiento y en la fidelidad a la norma con ocasión de los cuestionamientos puntuales.<sup>1754</sup>

---

sentido el discípulo de Jakobs, Lesch, ha llegado a fundamentar una revisión funcional del concepto de delito, en el que el hecho antijurídico (el injusto) no puede servir siquiera como concepto auxiliar para la constatación de la culpabilidad, sino que terminará por identificarse con la culpabilidad misma. Todo ello terminará en la creación de un *tipo total de culpabilidad*.

<sup>1749</sup> Véase Peñaranda Ramos, E., “Sobre la influencia del funcionalismo...”, op.cit., págs. 230 ss.

<sup>1750</sup> *Ibidem*, pág. 247.

<sup>1751</sup> En este sentido afirma Feijóo Sánchez, B., “La normativización del Derecho penal”, en Gómez Jara-Diez, C., (ed.), *Teoría de sistemas y Derecho penal...*, op.cit., pág. 464, “la perspectiva funcional acaba de perfilar como la pena se mueve en un plano simbólico o comunicativo y no puramente instrumental de protección de bienes jurídicos. Se trata de comunicación frente al delito que, como acción culpable, no sería en esencia una lesión o puesta en peligro -naturalística- de bienes jurídicos sino básicamente desautorización, quebrantamiento o descrédito de la norma; la pena no debe ser entendida naturalísticamente como un mal que sucede a otro mal sino comunicativamente como restablecimiento de la validez de la norma.”

<sup>1752</sup> Moreno Hernández, M., “Ontologismo o normativismo como base de la dogmática penal y de la política criminal”, en AA.VV., *Modernas tendencias en la ciencia del Derecho penal y en la Criminología*, op.cit., pág. 595; Peñaranda Ramos, E., “Sobre la influencia del funcionalismo...”, op.cit., pág. 235; Reyes Alvarado, Y., “Normativismo y Derecho penal...”, op.cit., págs. 792 ss.

<sup>1753</sup> Jakobs, G., *Sociedad, norma y persona...*, op.cit., pág. 18.

<sup>1754</sup> Jakobs desarrolla la teoría de la prevención-integración para explicar por qué se debe castigar, esto es le otorga al Derecho penal una función de estabilización autopoiética del sistema social; véase, Ferrajoli, L., *Derecho y razón*, op.cit., págs. 245 ss.

### 5.2.c. La fidelidad a la norma como categoría neutral

Para la confección de programas político-criminales que logren comprender la complejidad y las dinámicas propias de los procesos globales, en primer lugar es imprescindible criticar la postura de Jakobs cuando asigna al Derecho penal un carácter neutral, cuando afirma que “si realmente la sociedad está inmersa en una tendencia hacia la disminución de los Derechos de libertad, esta tendencia no se dará exclusivamente en el Derecho penal, y de hecho cabe imaginar ciertas crisis en las que sólo una tendencia de este tipo puede ofrecer una *última ratio*.”<sup>1755</sup>

Si se mantiene que la pena es la manifestación de la vigencia de la norma, la primera se entiende como una reacción ante una infracción, no como conminación penal. La infracción siempre supone una defraudación, ya sea de expectativas cognitivas o normativas, por lo que la pena siempre supone una confirmación de la norma defraudada.<sup>1756</sup> Con estos postulados Jakobs, organiza un “real” funcionalizado al amparo de la idea de que lo relevante es que la sociedad le impute a una persona una expresión de sentido contraria a la norma. En este derrotero de acentuación del carácter comunicativo del Derecho penal, se produce una normativización radical de la imputación jurídico-penal y de cada una de las categorías de la teoría del delito.<sup>1757</sup> Porque lo que interesa para esta teoría es la comunicación sobre el quebrantamiento de la norma en virtud de un defecto de fidelidad; *derivando en la disolución de las diferentes categorías, resultando todo asimilado por el criterio de un suficiente grado de fidelidad*.

Por su parte, Silva Sánchez considera que la tesis de Jakobs impone una perspectiva realista, pues hace depender el contenido de esas normas de la configuración concreta de la sociedad de que se trate y, por tanto, excluye la

---

<sup>1755</sup> Jakobs, G., *Sociedad, norma y persona*, op. cit., pág. 40.

<sup>1756</sup>Cfr. Polaino Navarrete, M., /Polaino-Orts, M., “Derecho penal del enemigo: algunos falsos mitos”, op.cit., pág. 626, donde afirman que si el hecho punible, concebido bajo el movimiento dialéctico hegeliano, es una comunicación defectuosa respecto de la vigencia de la norma, y tiende a afirmarse como configuración del mundo, en la medida en la que queda objetivada, tal defecto será imputable al autor como culpa suya. También la pena es ese tipo de comunicación, dirigida a reafirmar la persistente validez de la norma cuestionada. Porque en la construcción de Jakobs, tanto la persona como la norma, y, por tanto, la expectativa normativa, han de cimentarse en lo fundamental, de manera cognitiva, de manera que se produzca una corroboración normativa por lo fáctico. Si no es así, entonces esos elementos no podrán ser reales ni integrar la estructura normativo-social.

<sup>1757</sup> En este punto es dable destacar y volver a afirmar la matización producida *supra* respecto del seguimiento de la teoría de Luhmann efectuado por Jakobs. Ello debido a que en este punto Jakobs basa su teoría en un entendimiento particular del Estado. En este sentido, el autor pretende explicar el Derecho penal a partir de la distinción fidelidad/infidelidad, que es la que otorga sentido al ordenamiento punitivo. Véase Feijóo Sánchez, B., “La normativización del Derecho penal”, op.cit., pág. 468.

introducción de criterios de validez universal y atemporal.<sup>1758</sup> Sin embargo, nosotros afirmamos que, si la intervención penal estuviera justificada por la mera “desestabilización de la norma”, se produciría la consecuencia nefasta de concebir un único bien jurídico tutelable, cual sería el de la fidelidad al Derecho. Lo que genera, como tendremos oportunidad de afirmar al momento de analizar el bien jurídico del tipo base del artículo 318 bis CP,<sup>1759</sup> que a mayor vaguedad en los términos del precepto, habrá mayores conductas abarcadas por éste y, con ello, se produciría una mayor estabilidad contrafáctica de la expectativa, que a su vez reafirmaría cada vez de modo más frecuente la vigencia de la norma.<sup>1760</sup> No es ocioso recordar como todos los regímenes autoritarios han encontrado apoyo para la aplicación de sus políticas en *la retórica de la prevención*, que habilitaba el vaciamiento del contenido material del bien jurídico.<sup>1761</sup>

---

<sup>1758</sup> Silva Sánchez, J.M., *La expansión del Derecho penal*, op.cit., pág. 93. Por ello el autor considera que, al interpretar que la determinación de las normas es de competencia exclusiva de la política jurídica, a la cual no puede atribuírsele una orientación ni “reaccionaria”, ni “estática”, ni “conservadora”. Critica asimismo la denominada función promocional del Derecho penal, afirmando “más bien el Derecho penal debe reflejar el orden social de modo que su legitimación deriva de la legitimación de las normas cuya vigencia asegura, aboga porque dentro de lo funcional del Derecho penal se introduzcan los máximos elementos de racionalidad o ilustración, considerando así que se hace una función crítica y no sólo sistemática”; sin embargo cuando pregunta ¿dónde y cómo hallar los criterios de identidad de la sociedad que se plasmarían en las expectativas normativas esenciales?, afirma que lo razonable es buscarlo en la Constitución, así sólo pueden impugnarse normas penales cuando resultan inconstitucionales por defecto o por exceso. “Que esto no sea demasiado preciso o que no ofrezca argumentos concretos sobre cuáles son las expectativas normativas que deben ser aseguradas recurriendo a la pena y no mediante otros medios no es, en realidad, un déficit específico de esta propuesta, sino que podría atribuirse a todas las teorías de la incriminación distintas de una radicalmente personalizada, que sólo permitiera la protección penal (al menos con penas privativas de libertad) de los bienes personales esenciales”; ibidem, pág. 95; del mismo, “*Directivas de conducta o expectativas institucionalizadas? Aspectos de la discusión actual sobre las teorías de las normas*” en AA.VV., *Modernas tendencias de la ciencia del Derecho penal y en la Criminología*, op.cit., págs. 559-575, donde sostiene la concepción de la norma como expresión de una expectativa institucionalizada, de allí que afirme que “la infracción de una directiva de conducta por parte de un sujeto sólo debe dar lugar a sanción cuando, además, desestabiliza expectativas y en la medida en que las desestabiliza. La norma de sanción tiene, pues, como presupuesto, no sólo la infracción de una directiva de conducta, sino, también, la defraudación de una expectativa institucionalizada y, en fin, la no reestabilización de la referida expectativa mediante mecanismos alternativos”, ibidem, pág. 574.

<sup>1759</sup> Véase *infra* Capítulo 3.

<sup>1760</sup> Cfr. Portilla Contreras, G., “*Los excesos del formalismo jurídico...*”, op.cit., pág. 62.

<sup>1761</sup> Brillantemente, Baratta, A. “*Integración-prevención: Una nueva fundamentación de la pena dentro de la teoría sistémica*”, (trad. García Méndez-Sandoval Huertas), Cuadernos de Política Criminal, núm. 24, 1984, págs. 533 ss., afirma que nos encontramos frente a una concepción conservadora, tecnocrática e incluso autoritaria, “funcional respecto del actual movimiento de expansión del sistema penal y de incremento, tanto en extensión como en intensidad, de la respuesta penal” y promotora de la “reproducción ideológica y material de las relaciones sociales existentes”, en particular de la forma tradicional que tiene el Derecho penal de abordar los conflictos de la desviación. En la doctrina española se han pronunciado en términos similares Mir Puig, S.,



Como hemos tenido oportunidad de estudiar, en aras de la confirmación de la estructura normativa de la sociedad, aquél que no preste “una seguridad cognitiva suficiente” a través de su comportamiento personal, no puede esperar ser tratado por el Derecho como una persona, sino que será objeto de calificación como *enemigo del sistema*, y como tal, no le corresponderán los Derechos y garantías propios de un Estado de Derecho. El *derecho penal del enemigo* se erige como discurso de las últimas estrategias político-punitivas en la era de la globalización, ello asentado en un discurso que persigue la seguridad y la vigencia de las normas y, por tanto, tendrá tolerancia cero contra quienes pongan en cuestión la validez de la expectativa.<sup>1762</sup>

De este modo, la ley penal se convierte en un arma política de estigmatización de determinados grupos sociales, aquellos que no son funcionales al sistema y, por tanto, no puede esperarse de ellos seguridad y fidelidad a las expectativas. En este sentido, las políticas migratorias se orientan tendencialmente hacia la gramática abierta por la identificación de la situación de irregularidad con el terrorismo; esta perspectiva propone la asunción de las estrategias político-punitivas a caballo de la seguridad y de la eficacia, como elementos ubicuos del Estado técnicoadministrativo.<sup>1763</sup>

Como puede observarse, en la postura que comentamos no existe una referencia a la legitimación externa del Derecho penal, ni tampoco una discusión sobre la validez, ya que sólo importa su facticidad, es decir “la producción del Derecho conforme a criterios de funcionalidad que pueden ser contrarios a una referencia de justicia”<sup>1764</sup>; no obstante, basar la legitimidad en su mera existencia supone la aceptación acrítica de las normas, generándose un estado de tecnicismo jurídico permanente en el que se confunden la científicidad y la legitimidad del Derecho, y no es posible la crítica externa. Sólo así logra Jakobs separar tajantemente la dogmática de la política criminal, de modo que al intérprete le

---

“Función fundamentadora y función limitadora de la prevención general positiva” en Mir Puig, S., *El Derecho penal en el Estado social y democrático de Derecho*, op.cit., pág. 138; Pérez Manzano, M., *Culpabilidad y prevención: las teorías de la prevención general positiva en la fundamentación de la imputación subjetiva y de la pena*, 1ª reimpr., Universidad Autónoma de Madrid, Madrid, 1991, págs. 169 y ss; Muñoz Conde, F., *Derecho penal y control social*, Fundación Universitaria de Jerez, Jerez de la Frontera, 1985, págs. 26 ss.

<sup>1762</sup> Véase *supra* punto 4.4.

<sup>1763</sup> Véase Cancio Meliá, M., “Derecho penal del enemigo y delitos de terrorismo. Algunas consideraciones sobre la regulación de las infracciones en materia de terrorismo en el Código penal español después de la LO 7/2000” en *Jueces para la Democracia*, núm. 44, 2002, págs. 19-26; Asúa Batarrita, A., “El discurso del enemigo y su infiltración en el Derecho penal. Delitos de terrorismo, “finalidades terroristas” y conductas periféricas”, op.cit., págs. 242 ss.

<sup>1764</sup> Portilla Contreras, G., “La influencia de la ciencias sociales en el Derecho penal: la defensa del modelo ideológico neoliberal en las teorías funcionalistas y en el discurso ético de Habermas sobre la selección de los intereses penales”, en Arroyo Zapatero, L., /Neumann, U., /Nieto Martín, A., *Crítica y justificación del Derecho penal en el cambio de siglo*, op.cit., pág. 139.

quedaría sólo la tarea de determinar cuáles son los efectos de la regulación legal y su correspondencia o no con las valoraciones establecidas externamente.<sup>1765</sup>

En opinión de Ferrajoli estas teorías conducen a naturalizar el Derecho positivo y a obviar íntegramente el problema filosófico-político de su justificación externa y de sus límites y funciones; es decir, no se trata de una cultura jurídica acríticamente contemplativa. En efecto, cuando no teoriza sobre el deber moral de obediencia o la fidelidad al Estado, se expresa de manera conservadora como legalismo ético, es decir, en la adhesión moral y política a los valores e intereses protegido por el Derecho positivo; en la mayoría de los supuestos hace hincapié en una clase de constitucionalismo ético consistente en la sacralización de los valores absolutizados e interiorizados como específica ideología jurídica progresista.<sup>1766</sup>

En definitiva, los conceptos que maneja esta teoría son perfectamente asimilables al carácter neutral que pregonan. En el sistema económico neoliberal donde la dinámica de la globalización es la que determina la lógica del propio sistema, es casi natural considerar que la norma es “la reafirmación de la expectativa” frente a la cual *there is no alternative*. Si, como hemos puesto de manifiesto a lo largo del trabajo, se produce un cambio sustancial del sujeto productor de Derecho por uno consumidor de seguridad, la “defraudación” de la expectativa requerirá de una pena que no obtenga más legitimidad que la del orden mismo para cuyo sostenimiento se impone;<sup>1767</sup> en palabras de Portilla

---

<sup>1765</sup> Jakobs, G., *Sociedad, norma y persona*, op. cit., pág. 41. No obstante, aquí es dable matizar en los términos de Cancio Meliá, M., “Dogmática y política criminal en una teoría funcional del delito”, op.cit., pags. 114-115, cuando sostiene que “hay política criminal en el *micro-plano* en un sistema funcional como el de Jakobs. En este sentido, por ejemplo, por plantear un supuesto perteneciente a la dogmática de la parte general, parece claro que –dentro del sistema de funcionamiento- la determinación de hasta dónde llega la autorresponsabilidad de la víctima, al menos en los casos límite, es algo que no viene prefijado por las coordenadas del sistema. Y la opción por una u otra determinación de la correspondiente institución dogmática -y, consecuentemente, la solución en uno u otro sentido del caso- sólo puede obtenerse por medio de una observación de los datos del sistema que incorpora tantos elementos de valoración que es, en última instancia, política criminal. Pero lo que no se puede hacer –como ha mostrado Jakobs- es pretender colocar en el contexto del análisis dogmático las críticas en el *macro-plano* que va más allá de la propia identidad de la sociedad. Eso es política... subrayar que se trata de un problema metodológico. Sólo se está discutiendo acerca de en qué medida se integra la actividad de análisis crítico dentro del conjunto de la ciencia del Derecho penal, y, en particular, en relación con la dogmática. En contra de lo que puede parecer a veces que piensan algunos, no existen determinadas opciones teóricas que garanticen mejores resultados político-criminales o una determinada orientación política a secas. Y si no que pregunten a los redactores del Código Penal español, *que encontraron bienes jurídicos hasta debajo de las piedras con lo que crear nuevas infracciones o justificar nuevas penas*”, el subrayado es nuestro. Asimismo véase Jakobs, G., *El Derecho penal como disciplina científica*, op.cit., págs. 82 ss.

<sup>1766</sup> Portilla Contreras, G., “La influencia de la ciencias sociales en el Derecho penal: la defensa del modelo ideológico neoliberal en las teorías funcionalistas...”, op.cit., nota, 26, pág. 108.

<sup>1767</sup> Como expone Zúñiga Rodríguez, L., *Política criminal*, op.cit., pág. 258, ante los cambios sociales, la fórmula del Estado de Bienestar “aparece como una fórmula económica en constante

Contreras “la política punitiva produce la sustitución del bien jurídico por el retribucionismo proporcionalista (just-desert); mediante la consideración del delincuente como aquel sujeto portador de *rational choices* se propicia la vuelta hacia concepciones retribucionistas, en las cuales la “justicia” de la pena se establece de conformidad con la gravedad del delito sin atender a criterios preventivos.”<sup>1768</sup>

En consecuencia, entendemos que una política criminal dinámica tiene por objeto la crítica de aquellas posturas que abogan por el mantenimiento del sistema -que genera cada vez más excluidos-, insistiendo en que la funcionalidad no puede ser penalmente tutelada, sino democráticamente puesto en cuestión, toda vez que esta situación viola flagrantemente la dignidad humana mediante la imposición de su discurso único pretendidamente “neutral.”<sup>1769</sup>

Frente a las pretensiones de “estabilidad” es necesario sostener que pese al gran desarrollo de la teoría del delito y su alto grado de abstracción, toda ella se encuentra influida por criterios axiológicos, concepciones de realidad y

---

necesidad de legitimación político social. Las modernas teorías sistémicas (...) pretenden explicar las sociedades postindustrializadas como sistemas consensuados, donde las normas sociales (y jurídicas) tendrán como función la estabilización del sistema, encubren una realidad profundamente conflictiva, con serias disfunciones sociales, donde es preciso examinar los problemas sociales con una orientación de respeto a todos los ciudadanos, de compromiso individual y social o, de lo contrario, construiremos sociedades de sujetos pasivos, disciplinados, unidimensionales, “políticamente correctos”, regidos por el pensamiento único, pero con grandes desigualdades sociales, insolidarias, determinadas solamente por el bienestar económico”.

<sup>1768</sup> Portilla Contreras, G., *El Derecho penal entre...*, op. cit., pág. 318.

<sup>1769</sup> En este sentido se expresa Alcácer Guirao, R., *Sobre el concepto de delito ¿lesión del bien jurídico...*, op.cit., págs. 23-24, en los siguientes términos: “a mi entender, dentro de la propia labor dogmática debe incorporarse la crítica al Derecho penal vigente; en otras palabras: que la dogmática habrá de ser crítica y creadora del Derecho. Y ello no sólo a partir de una concreción interpretativa de los tipos legales en función de postulados valorativos, perfectamente factible asumido el carácter abierto del lenguaje y la maleabilidad semántica de los textos legales, sino también desde lo que viene en llamarse una argumentación *de lege ferenda*(...) como parte de la interpretación del Derecho vigente, el dogmático habrá de proceder al análisis relativo a si el Derecho que es, se corresponde con el que debería ser; para lo que, a su vez, deberá remitirse a presupuestos ideológicos: político criminales, que desarrollen el “programa” valorativo de un Estado de Derecho democrático y social plasmado en la Constitución.” En el mismo sentido, Terradillos Basoco, J.M., *“Función simbólica y objeto de protección del Derecho penal”*, op.cit., págs. 16 y 17, señala que no es factible la elaboración dogmática prescindiendo de los principios constitucionales. Los parámetros axiológicos brindados por la Constitución habrán entonces de orientar la elaboración dogmática, dando las herramientas para una interpretación y construcción racionales que eviten presentarse como una cuestión neutral, cuando en realidad lo que se deduce de aquella apelación es el hecho de estar escondiendo una ideología. A mayor abundamiento, véase Mir Puig, S., *Introducción a las bases...*, op. cit., pág. 314, quien indica que “una política criminal valorativa ha de abrir las puertas a la discusión crítica de las bases ideológicas de cada una de las instituciones penales”. Ello como forma de hacer críticas a la ley penal y realizar propuestas de reforma de la misma. Se expresa en idéntico sentido Silva Sánchez, J.M., *Aproximación...*, op.cit., pág. 113.

funcionalidad.<sup>1770</sup> En efecto, el ideal de pureza del sistema es una ideología (en el sentido marxista del término), pues representa un tipo de “pseudo-conocimiento” que se ocupa de presentar las instituciones jurídico-penales como si fueran axiológica, epistemológica y políticamente neutrales.<sup>1771</sup>

La situación actual del Derecho penal es crítica, algo que nadie pone en duda seriamente en la actualidad.<sup>1772</sup> Nos topamos con un creciente sentimiento de disconformidad con las instituciones jurídico-penales, y sociales en general. Sin embargo, tanto en lo que respecta a la creación como a la aplicación de las normas jurídicas, resulta indispensable e imprescindible el tomar en consideración las metas, fines y bienes que son valiosos y considerados dignos de tutela en una determinada comunidad. Las normas jurídicas regulan las relaciones que se dan en el seno de la sociedad, pero al hacerlo se encargan no sólo de los conflictos desde la perspectiva de la justicia, sino que también habrán de ocuparse de implementar la búsqueda cooperativa de metas colectivas y el aseguramiento de bienes considerados colectivamente valiosos.<sup>1773</sup>

Porque, como sostiene Portilla Contreras, “(l)a configuración de un Derecho penal como subsistema en el que están ausentes los problemas de la justicia y la ética es la consecuencia de una sociedad que se legitima y que, en la práctica, se funda sobre principios de igualdad de los individuos (pero no elimina la desigualdad), de un nuevo orden que no necesita legitimación externa porque ha asumido los valores del mercado como propios, siendo ése el único criterio autónomo de funcionamiento de la sociedad compleja.”<sup>1774</sup>

En efecto, si -de conformidad a como es entendido el bien jurídico por Octavio de Toledo y Ubieto- se acepta que “toda norma jurídica incriminadora surge por y para amparar algo y a alguien relacionados; relación que expresa un interés (...)”, y que, por lo tanto, “tras las prohibiciones y mandatos

---

<sup>1770</sup> Por todos, Roxin, C., *Política criminal y sistema del Derecho Penal*, (introd. y trad. Muñoz Conde), Bosch, Barcelona, 1972, págs. 30 ss.

<sup>1771</sup> Así las cosas, como señala Cancio Meliá, M., “Dogmática y política criminal en una teoría funcional del delito”, op.cit., pág. 111, respecto del excesivo formalismo de Jakobs, “puede formularse una crítica de orden metodológico: con independencia de que sea lo correcto limitarse a una constatación del sistema de imputación en cuestión, ¿sobre qué bases metodológicas puede en realidad determinarse lo que es la “identidad de la sociedad” en la que se fundamentan todas las normas penales? ¿No sucederá que lo que se introduce en el análisis es lo que propio intérprete (es decir, en este caso, Jakobs) piensa que es la “identidad normativa” de la sociedad?” Cfr. Asimismo, Silva Sánchez, J.M., “Retos científicos y retos políticos de la ciencia del Derecho penal”, op.cit., págs. 124 ss., con ulteriores referencias; Schünemann, B., “Introducción al razonamiento sistemático en Derecho penal”, en Silva Sánchez, J.M., /Schünemann, B., (coords.), *El sistema moderno del Derecho penal: cuestiones fundamentales*, op.cit., págs. 47 ss.; para el caso particular de la culpabilidad, en la misma obra “La función del principio de culpabilidad en el Derecho Penal preventivo”, ibídem, págs. 147-178.

<sup>1772</sup> Silva Sánchez, J.M., *Aproximación...*, op.cit., págs. 7 ss.

<sup>1773</sup> Habermas, J., *Facticidad y validez*, op.cit., págs. 190 ss.; Baratta, A., “El estado mestizo y la ciudadanía plural...”, op.cit., pág. 207.

<sup>1774</sup> Portilla Contreras, G., “Los excesos del formalismo jurídico...”, op.cit., pág. 64.

normativamente acuñados, existe la protección de intereses y no el reflejo de una voluntad divina o la plasmación de un orden natural, de donde dimanarían nudos deberes que, por ese origen, han de ser acatados bajo amenaza de que su infracción implicará un castigo”<sup>1775</sup> es en la *decisión* respecto de la *protección de intereses* donde radica la distorsión de la función de garantía del bien jurídico para transformarlo en el instrumento idóneo para la protección de la estabilidad sistémica.

La anterior lógica de sentido se comprueba al momento en que el Estado técnicoadministrativo elabora políticas punitivas que responden a los intereses de los actores del capital, porque “en la sociedad globalizada también la distribución de la renta es universalmente proporcional a la distribución de los castigos. A los globalizados mejor renta y menores castigos, a los excluidos menor renta y más castigos.”<sup>1776</sup>

Por lo tanto, la implementación de metas colectivas y el aseguramiento de los bienes que se consideran valiosos requiere que se cruce la barrera de la justicia, para incluir en la discusión los temas relativos a la autocomprensión de la comunidad jurídica y del equilibrio de *todos* los intereses que están en juego y no sólo de aquellos que se construyen con base en la estabilidad del sistema como producto neto de la identidad normativa.

En consecuencia, analizar y criticar la concepción de Jakobs tiene fundamento en tanto entendamos que de ella derivan serios inconvenientes para la configuración de una dogmática dinámica que tenga por fin la crítica del avance irrestricto de la potencia punitiva. Como hemos expresado anteriormente, lo central en este capítulo consiste en dotar de contenido material al bien jurídico; tomando en consideración cuestiones tanto metodológicas cuanto valorativas. Es por ello que hemos comenzado por analizar la postura del profesor de Bonn, quien afirma que el cometido del Derecho penal no reside ya en la protección contra la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos, sino en la protección de la vigencia del ordenamiento.

Como sabemos, lamentablemente, no es el primer intento de rechazar la categoría del bien jurídico como criterio de ofensividad del hecho punible, transformándolo en la infracción de un deber.<sup>1777</sup> La búsqueda de obediencia y la

---

<sup>1775</sup> Cfr. Octavio de Ubieto y Toledo, E., “Función y límites del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos”, en Anuario de Derecho penal y ciencias penales, enero-abril 1990, pág. 7.

<sup>1776</sup> Gómez, L. F., “Globalización y Derecho penal”, en Díez Ripollés, J.L., (dir.) *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo, Libro homenaje al Prof. Dr. Don José Cerezo Mir*, op.cit., pág. 334.

<sup>1777</sup> Puede situarse a Hegel como punto de partida de esta comprensión, ello porque la filosofía de Hegel antepone los intereses de un todo social frente a los del individuo. Según la concepción del delito de Hegel, lo relevante del mismo, su lesividad, no viene determinada conforme al daño material que se produce a un bien, sino por la capacidad de poner en cuestión la validez del Derecho. En el mismo sentido véase también Feijóo Sánchez, B., “La normativización del Derecho Penal...”, op.cit., pág. 472; Günther, K., “De la vulneración de un derecho a la infracción de un deber ¿un cambio de paradigma en el derecho penal?”, (trad. Silva Sánchez), en *La insostenible situación...*, op.cit., págs. 497 ss.

protección de la funcionalidad representa una constante histórica en momentos de rearticulación del sistema económico y el político; lo anterior determina la consecuente definición del modelo de Estado que se haga.

Las derivas de aquella perspectiva parten de la decisión de prescindir del bien jurídico, entendido como los intereses de los individuos, como criterio definidor del delito; ello es posible por el lugar secundario que ocupa el individuo frente a la “totalidad”. La subordinación del individuo frente al Estado, como fin último, tiene como intolerable consecuencia la pérdida del carácter de ciudadano –es decir, responsable de la determinación de las normas que acotan su libertad- para pasar a ser considerado como súbdito.<sup>1778</sup>

En particular, en Jakobs la oposición esencial de carácter epistemológico no es individuo/comunidad, sino de sistema/entorno. En este sentido, los actos comunicativos son entendidos en función del código binario de lo funcional/disfuncional para el mantenimiento de la estructura del sistema. La sociedad, entendida como sistema de comunicaciones.

Este presupuesto metodológico afectará a todas las categorías del delito. Asimismo, como hemos tenido oportunidad de analizar en el capítulo anterior, la “persona” como agente social y jurídico, como destinatario y quebrantador de las normas, no puede recibir el mismo entendimiento que el sujeto. Es decir, el individuo no está sumido en su subjetividad, sino que pertenece al entorno del sistema social, por lo que no generará comunicación con él, y quedará adscrito al ámbito de la naturaleza. En este sentido, la “persona” es el individuo que se comporta con “significado” bajo la perspectiva de la vigencia de la norma, porque con las normas jurídicas lo que se produce es la institucionalización de los roles, mediante las cuales quedarán establecidas las conductas a las que se encuentra obligado el portador de un rol, y el respeto al mismo estará garantizado mediante la sanción. El comportamiento conforme al rol de persona, al que se encuentra obligado el individuo, es el respeto de las normas.<sup>1779</sup>

Lo anterior vendrá a situar la determinación de los criterios de imputación de responsabilidad jurídico-penal y a establecer la imagen que el Derecho penal habrá de construir respecto del sujeto como destinatario de las normas.<sup>1780</sup> La

---

<sup>1778</sup> Véase *supra* 4.8.

<sup>1779</sup> Véanse *supra* puntos 4.3; 4.11, 5.2.b.

<sup>1780</sup> Entre otros, Gracia Martín, L., “Sobre la negación de la condición de persona como paradigma...”, *op.cit.*, pág. 1068; Gómez-Jara Diez, C., “Normatividad del ciudadano...”, *op.cit.*, págs. 990 ss.; Donini, M., “El Derecho penal frente...”, *op.cit.* págs. 641 ss. En contra, Alcácer Guirao, R., *Sobre el concepto de delito*, *op.cit.*, pág. 66: “Frente a lo sostenido por algunas voces críticas, a mi entender esa concepción no tiene por qué abocar a una comprensión holista u organicista de la sociedad, según la cual el papel de los ciudadanos, sus obligaciones en cuanto portadores del rol de persona, venga determinado exclusivamente en aras del mantenimiento de la cohesión social... si esa noción de persona es normativa, su definición dependerá de cuáles sean las normas que conformen su ámbito de obligaciones; siendo una noción abstracta no prejuzga cuáles han de ser dichas normas”. Debido que para el autor en comentario, “no es en sí misma la concepción

postura de Jakobs, aunque pretendidamente neutral, incorpora dentro de la “persona” una concepción donde tiene preminencia lo social frente a lo individual. El “rol” social del sujeto, su fidelidad a la expectativa de conducta que le corresponde es lo que lo dota de tal carácter, y como hemos visto en el capítulo anterior, requiere prestar sin fisura, para la configuración de la personalidad, una garantía cognitiva de comportamientos fieles al Derecho, que de por sí es ya una opción ideológica que lo acerca a Hegel.<sup>1781</sup>

Así las cosas, cuando Jakobs rompe con el discurso del racionalismo individualista, optando por la sociedad como constitutivo de lo humano, el Derecho penal termina por estar abocado a mantener la identidad normativa de la sociedad; el Derecho se explica por su función social y no como correlato necesario de la convivencia entre individuos libres previa a la configuración del orden social.<sup>1782</sup>

Asimismo, Peñaranda Ramos, criticando la supuesta neutralidad de Jakobs, sostiene que aunque su análisis discurra en un alto nivel de abstracción, correspondiente a su concepto de prevención general positiva, las deducciones no se obtienen a partir de una neutralidad impermeable del fenómeno de la normatividad en sí, ni del sentido y funcionamiento de la pena, pues las conclusiones obtenidas se deben, también, en parte, a la anunciada concreción del análisis a las particulares condiciones del Derecho vigente en Alemania, pero tomado no sólo en su calidad de Derecho positivo, sino también de ordenamiento legítimo, produciéndose de este modo una cierta síntesis entre una justificación funcional o final y una legitimación racional o valorativa.<sup>1783</sup>

Afirma Jakobs que el “Derecho penal no puede reaccionar frente a un hecho en cuanto lesión de un bien jurídico, sino sólo frente a un hecho en cuanto

---

abstracta de persona lo que representa el problema, sino los presupuestos valorativos desde los cuales habrán de fundamentarse las normas.”

<sup>1781</sup> Como afirma Feijóo Sánchez, B., “*La normativización del Derecho penal...*”, op.cit., pág. 475, lo que puede objetarse a Jakobs es su ambigüedad en este punto esencial de la teoría, debido que en ciertas oportunidades analiza los problemas dogmáticos desde la perspectiva funcional para cualquier sistema social, mientras que en otras oportunidades parte de una normatividad concreta, como es el ordenamiento alemán, que tiene unos determinados criterios de legitimidad material. Asimismo, véase Seher, G., “*La legitimación de normas penales basadas en principios y el concepto de bien jurídico*”, (trad. Alcacer Guirao), en Hefendhl, R., (ed.), *La teoría del bien jurídico*, op.cit., pág. 73, donde afirma que la concepción de Jakobs del delito como la negación de la vigencia de las normas se acerca a la teoría idealista de la pena de Hegel, que inusitadamente resurge en la actualidad, una concepción que se opone a una perspectiva liberal crítica. “Antes incluso que sobre la legitimación de las *normas penales*, encontramos aquí ya un disenso filosófico de base acerca de la cuestión de la legitimación de la pena.”

<sup>1782</sup> Es la preservación del sistema lo que da sentido al Derecho penal, y no depende del Derecho penal cómo se configure la sociedad sino que éste sólo custodia ese orden sin ulteriores cuestionamientos o valoraciones.

<sup>1783</sup> Peñaranda Ramos, E., “*Sobre la influencia del funcionalismo y la teoría de sistemas en las actuales concepciones de la pena y del concepto de delito*”, *Doxa*, núm. 23, 2000, pág. 309.

quebrantamiento de la norma.”<sup>1784</sup> Ello viene motivado, como afirma Feijóo Sánchez, por su comprensión de los bienes jurídicos como intereses individuales y, por ello, ajenos a lo social y a la dimensión simbólica o de significado de los conflictos penales.<sup>1785</sup> Por tanto, su crítica será más bien dirigida hacia una cierta comprensión “anormativa” de los bienes jurídicos.<sup>1786</sup> Pero fundamentalmente es criticable debido a su oposición del principio de protección de bienes jurídicos<sup>1787</sup> operando como una barrera contra el ejercicio irracional de poder punitivo, que exige la existencia de un menoscabo al bien jurídico.<sup>1788</sup>

En tanto Jakobs le adjudica al Derecho penal la tarea de la configuración y mantenimiento de la identidad social, no le impone ningún coto al ejercicio del poder. Esta afirmación proviene de esgrimir un discurso legitimador del ejercicio del poder, lo priva *ex profeso* de una supuesta postura de descripción.<sup>1789</sup> Porque, como afirma Zaffaroni, “el Derecho penal no puede hacer otra cosa que proponer la administración autorizada del reducido poder de contención *en forma que*

---

<sup>1784</sup> Entre otras de sus obras véase *Sociedad, norma y persona...*, op.cit. *pássim*. Véase *supra* 4.3.

<sup>1785</sup> Feijóo Sánchez, B., “*La normativización del Derecho penal*”, op.cit., pág. 470.

<sup>1786</sup> Por su parte Schünemann, B., “*El principio de protección de bienes jurídicos como punto...*”, op.cit., pág. 208, afirma que “el anclaje en el concepto de contrato social y la idea rectora de que el Estado debe asegurar la posibilidad de libre desarrollo del individuo proporciona las coordenadas de lo que el Estado puede proteger por medio del Derecho penal y de lo que *no: en primer lugar*, los bienes que el individuo necesita para su libre desarrollo, pero no los bienes usurpados a costa del desarrollo de los demás; y, *después*, los bienes compartidos por todos necesarios para una próspera vida en común, a diferencia de las formas de vida patrocinadas por una determinada religión o concepción moral, que no pueden ser dirigidas por el Estado y, por tanto, tampoco ser garantizadas como tales, sino sólo aseguradas en la posibilidad de su elección y ejercicio individuales. Al mismo tiempo, con el concepto de daño o (desde la perspectiva inversa) de bien se expresa que no puede ser objeto de protección penal cualquier interés, sino sólo un interés perentorio para la próspera vida en común, de modo que las meras contrariedades que se ciernen sobre el individuo o las meras imperfecciones de la organización social no bastan para justificar el recurso al Derecho penal.”

<sup>1787</sup> Porque entendemos, junto con la mayoría de la doctrina, que la ciencia del Derecho penal no se ocupa de una triste exégesis de la norma, sino que apela a la valoración y su confrontación con el deber ser. Véase Cancio Meliá, M., “*Dogmática y política criminal en una teoría funcional del delito*”, op.cit., pág. 109. En este sentido, metodológicamente los análisis quedan encaminados por dos vías una, encabezada por Roxin, C., “*¿Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del Derecho penal?*”, (trad. Ortiz de Urbina Gimeno), en Hefendhl, R., (ed.), *La teoría del bien jurídico*, op.cit., págs. 443 ss., de la “orientación del sistema a las consecuencias”, otra, más concreta, es la postura encabezada por Hassemer, de la teoría del bien jurídico “como guardian crítico siempre dispuesto a comprobar la justicia del Derecho penal a cada momento. Hassemer, W., “*¿Puede haber delitos que no afecten...?*”, op.cit., pág. 98; Hefendhl, R., “*De largo aliento: el concepto de bien jurídico. O qué ha sucedido desde la aparición del volumen colectivo sobre la teoría del bien jurídico*”, (trad. Medina Schulz), en Hefendhl, R., *La teoría del bien jurídico...*, op.cit., págs. 463 ss.

<sup>1788</sup> Bueno Arús, F., *Nociones de prevención del delito y tratamiento de la delincuencia*, Dykinson, Madrid, 2008, págs. 206 ss.

<sup>1789</sup> Véase *supra* puntos 4.2; 4.4; 4.5.



*permita sólo el paso del poder punitivo menos irracional, erigiéndose en barrera para el de mayor irracionalidad.*"<sup>1790</sup>

En este sentido, no es posible sentar las bases de una teoría del Derecho penal sin resolver, como cuestión previa y fundamental, lo atinente a la legitimidad, o la forma en cómo la ciencia del Derecho penal debe plantear el tema de la legitimidad.<sup>1791</sup> Alejado del ontologismo, *las cosas son como son, y no podrían ser de otra manera*, Jakobs propone una dogmática radical, es decir, desligándola de presupuestos político-criminales valorativos bajo los imperativos de una construcción epistemológica neutral, deja relegada la labor de la ciencia penal a la tarea de la descripción aséptica de lo que es "en realidad."

Finalmente, estimamos preciso abocarnos a la construcción de una ciencia dinámica del Derecho penal que deberá desarrollar una labor que contemple a las ciencias sociales, porque debemos zanjar las aporías de la teoría sistémica que, al decir de Habermas, olvida la necesaria referencia al marco institucional de las sociedades. Es decir, el marco configurado por el Estado social y democrático de Derecho, con determinados principios y presupuestos normativos, y el Derecho penal deben necesariamente vincularse y construirse en un movimiento que describa la órbita de aquella racionalidad.<sup>1792</sup>

#### **5.2. d. Los imperativos sistémicos: la "emergencia" ante los riesgos**

Pensemos ahora en la representación de los sistemas sociales que nos propone la teoría sistémica: un conjunto de subsistemas que se autoreproducen según la norma de la compatibilidad entre ellos mismos, de forma que la expansión de uno de ellos fuera de sus límites nunca ponga en peligro la *Grundnorm* de la teoría, cual es la capacidad del sistema de seguir funcionando o, lo que es lo mismo, la reproducción de "lo real" como norma básica. Pero para que una afirmación de este tipo sea posible ha sido preciso llevar antes a cabo

---

<sup>1790</sup> Zaffaroni, E.R., *El enemigo en el Derecho penal*, op.cit., pág. 167.

<sup>1791</sup> El interés del iluminismo y de la doctrina mayoritaria actual comparten el interés por limitar la potencia punitiva y éste conforma su legado. Ni antes ni ahora puede realizarse un análisis descriptivo sin remisiones hacia la efectiva organización política, social y económica actual. Porque como afirma Feijóo Sánchez, B., "*La normativización...*", op.cit., pág. 485-486, "el dogmático no tiene más remedio que tomar una decisión esencial: o desarrolla su labor en el marco de un sistema político y social con unos mínimos criterios de legitimidad o debe renunciar a plantearse la cuestión de los fines o funciones legítimos de la pena o del Derecho penal en el marco de dicho orden social ya que la legitimidad sólo es posible optando por un orden social alternativo...". A ello añade que "Jakobs sólo explica el papel del Derecho penal en cualquier sociedad que realmente exista y esté organizada (...). De acuerdo con su metodología funcional el dogmático es sólo un observador de la funcionalidad del fenómeno punitivo que describe asépticamente (es decir, desligado de las cuestiones de legitimidad) cuál es la función de la pena y el delito", véase con ulteriores referencias, *ibidem*, págs. 479 ss.

<sup>1792</sup> Cfr. Müssig, B., "*La desmaterialización del bien jurídico y de la política criminal. Sobre las perspectivas y los fundamentos de una teoría del bien jurídicos...*", op.cit., págs. 169-208; Portilla Contreras, G., "*La influencia de las ciencias sociales...*", op.cit., *passim*.

una operación que afecta a la cúspide de la representación clásica del orden político, la figura del soberano.<sup>1793</sup>

Como consecuencia de lo anterior lo determinante para la teoría de Jakobs es el normativismo: un bien jurídico es lo que dice la norma que es un bien jurídico, pero esa norma es sólo una regla de juego cuya misión no es cumplir unos fines que están preordenados a ella, *sino evitar el caos*. Es la estructura anómala y acéfala, secularizada por segunda vez, lo que debe sobrevivir, y ése es el código de la autopoiesis, que pretende la preservación del sistema, no de la persona que encarna la autoridad. En esta representación de los sistemas sociales, gobierna un soberano cuyo espesor físico se ha disuelto en un paradigma abstracto, en una lógica universal en cuya racionalidad completa no hay punto de vista posible desde el que se pueda captar y a la que sea imposible escapar. Esto implica la reducción del subsistema político a sus límites funcionales.

Sin duda, el sistema social conformado a partir de la idea de la existencia de normas estáticas, y la conceptualización del hecho punible nacida a la luz de esta concepción, no sólo pueden ser tachados de altamente abstractos, sino que, argumentando junto a Schünemann,<sup>1794</sup> podemos indagar respecto de los criterios de identificación de aquellas normas esenciales para la configuración de la identidad social, porque al no haber por parte de Jakobs la propuesta de criterios inmanentes al sistema social, su teoría queda a merced del decisionismo del legislador, dejando abiertas un sinfín de posibilidades que no se corresponderían con la racionalidad propuesta por el marco institucional.<sup>1795</sup> Actualmente, entonces, la descripción de los procesos de criminalización –imbuidos en el código flexible de funcional/disfuncional para el sistema– conlleva el riesgo de soslayar el análisis de la decisión político-criminal por parte de nuestra ciencia.

La gramática a través de la cual el Derecho penal deviene simbólico se verifica en sede del bien jurídico, y este fenómeno puede ser observado desde dos perspectivas; en primer lugar, se puede señalar la incapacidad de aquél de operar como dique de contención de la potencia punitiva; en segundo lugar, “lo público” representado en el bien jurídico se desvanece frente a la necesidad de custodiar el *dominus*. Ambas perspectivas conducen a garantizar la expansión y el mantenimiento del poder por parte del soberano, y es esta la *decisión* que habrá que *valorar*. Para llevar a cabo esa tarea valorativa, trataremos de establecer o restablecer los criterios de legitimidad y legitimación correspondientes al Estado en transición.

A partir del cambio estructural del espacio público, los ciudadanos consumen pasivamente un Derecho a la aprobación y al rechazo en bloque de los hechos *consumados*. Dentro de este ámbito público despolitizado, las urgencias de legitimación se reducen a necesidades residuales. El privatismo político, es decir,

---

<sup>1793</sup> Véase *supra* 1.6; 1.11.

<sup>1794</sup> Schünemann, B., “*El principio de protección...*”, op.cit., pág. 209.

<sup>1795</sup> Cfr. Feijóo Sánchez, B., “*La normativización...*”, op.cit., pág. 493.

la indiferencia política unida con el interés dominante por los intereses egoístas, promueve la expectativa de recompensas adecuadas conforme al sistema, en forma de dinero, consumo, ocio y seguridad.<sup>1796</sup> Según Offe,<sup>1797</sup> la única salida válida sería la de cuestionar la realidad de esos mismos imperativos, empezando por someterlos a “reglas político-normativas” que posibiliten una concordancia entre las normas y pretensiones sociales.

Lo anterior debe estar en íntima relación con el Estado social, su crisis y las transformaciones que éstas imprimen en los instrumentos de control, puesto que este punto permite a nuestro estudio tratar los problemas de legitimidad a los que se enfrenta la potencia punitiva estatal.<sup>1798</sup> La crisis que observamos en la ley penal es fundamentalmente una crisis de legitimidad de los instrumentos de control. La flexibilización del estatuto de la ley penal pone en franco cuestionamiento el paradigma de la ley del Estado moderno, pero además, esta crisis alude a una decisión político-criminal no sólo con relación a los medios que se esgriman para ello, sino también con referencia a la materia objeto de protección.<sup>1799</sup>

En efecto, el análisis de las transformaciones operadas en el estatuto de la ley penal -desde su concepción liberal hasta la crisis del Estado social- no queda completamente trazado haciendo referencia sólo al cambio de funciones, pues nosotros estimamos que este análisis debe incluir los efectos que la crisis de los presupuestos del Estado trae aparejado en términos de los diferentes criterios de legitimidad y soberanía que lo sustentan. El ideal de la ley -como manifestación del orden creado por medio de la razón, con sus caracteres de universalidad y abstracción, se encuentra cuestionado por las tareas “excepcionales” que deben ser asumidas por el gobierno de la excedencia; los criterios de racionalidad – instrumental- utilizados por él están guiados por las exigencias de inmediatez y eficacia;<sup>1800</sup> en busca de legitimación, el poder punitivo subrepticamente avanza sobre el marco axiológico brindado por la Constitución para el desempeño de sus funciones. Nos encontramos ante la necesidad de compatibilizar la “racionalidad” del actual Estado social en crisis con los criterios de racionalidad y legitimación del ordenamiento jurídico constitucional<sup>1801</sup> que todavía, al menos formalmente, operan de marco de referencia.<sup>1802</sup>

---

<sup>1796</sup> Nino, C.S., *La constitución de la democracia deliberativa*, op.cit., pág. 215.

<sup>1797</sup> Offe, C., “Ingovernabilidad. Sobre el renacimiento de las teorías conservadoras de la crisis”, en Offe, C., *Partidos Políticos y nuevos movimientos sociales*, Sistema, Madrid, 1988, págs. 38-44.

<sup>1798</sup> Serrano Piedecabras, J.R., *Emergencia y crisis del Estado social...*, op.cit., págs. 37; 69-78; 89 ss.

<sup>1799</sup> Fiandaca, G. /Musco, E., “Perdita di legittimazione del diritto penale?”, en *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, nueva serie, Año XXXVII, 1994, pág. 23 ss.

<sup>1800</sup> Terradillos Basoco, J.M., “Sistema penal e inmigración”, op.cit., pág. 1465.

<sup>1801</sup> En este sentido afirma Hassemer, W., “¿Puede haber delitos que no afecten...?”, op.cit., pág. 96, “la conexión entre la dogmática penal y la Constitución, no sólo es plausible, sino oportuna y obvia en este momento. En lo que atañe a la forma de plantear los problemas por el Derecho penal, la Constitución, tanto en la parte dedicada a los Derechos fundamentales como a las garantías institucionales .... No se ocupa de nada distinto de aquello de lo que se han ocupado las

En este contexto el discurso penal deviene contingente. Pero esta contingencia deberá estar necesariamente restringida por los principios que informan el Estado social y democrático de Derecho. Éstos deberán adecuarse a fin de resultar correspondientes a las nuevas realidades.<sup>1803</sup> En el contexto de las mutaciones de la soberanía se rompe finalmente la vinculación entre el ejercicio de poder y la legitimidad y en consecuencia, se desvanece como *locus* unificado de poder estatal. Este desanclaje produce que “la soberanía ya no funciona ligada a la legitimidad del Estado y al estado de derecho, proporcionando un principio y un símbolo unificado de poder político;”<sup>1804</sup> en este *no locus* emergerá la indistinción entre facticidad y validez. Sin embargo, para que continúen éstas siendo dos categorías independientes habrá que reinventar *el lenguaje de los Derechos humanos*.<sup>1805</sup> De otro modo, frente a un legislador que no ejerce su actividad mediante actitudes analíticas críticas, interdisciplinarias, que le permitan el ejercicio jurídico-axiológico de la función que tiene constitucionalmente conferida, la dogmática penal seguirá comportándose como un trapeceista sobre la cuerda floja de una legislación penal que no resiste el menor análisis interpretativo.<sup>1806</sup>

---

tradiciones penales desde Beccaria y Feuerbach los límites a los que ha de someterse al Estado que ejerce el poder punitivo en interés de la protección de los Derechos humanos de todos los intervinientes en un conflicto penal”.

<sup>1802</sup> Berardi, F., *La fábrica de infelicidad...*, op.cit., págs. 38 ss.

<sup>1803</sup> Si este es el imaginario contemporáneo, evidentemente la autonomía para el devenir de la subjetividad requiere cambios inmensos en las conductas y creencias, todo ello en lo que hace a la configuración del orden social justo, libre y democrático.

<sup>1804</sup> Butler, J., “*Detención indefinida*”, op.cit., pág. 82.

<sup>1805</sup> Cfr. Herrera Flores, J., *Los Derechos...*, op.cit. pág. 67-72, 143 ss.; Pérez Cepeda, A.I., *Globalización, tráfico internacional ilícito de personas...*, op.cit., en particular págs. 330 ss.; De Lucas, J., “*Para construir la gestión democrática de la multiculturalidad que resulta de la inmigración*”, en Rodríguez Mesa, M.J., y otros, *Inmigración y sistema penal...*, op.cit., págs. 31 ss.; Portilla Contreras, G., *El Derecho penal entre...*, op.cit., *pássim*.

<sup>1806</sup> En este sentido, Donini, M., “*Escenarios del Derecho penal en Europa a principios del siglo XXI*”, (trad. Portacelli), en Mir Puig, S., /Corcoy Bidasolo, M., (dirs.), Gómez Martín (coord.) *Política Criminal en Europa*, Atelier, Barcelona, 2004, págs. 41-57, afirma que si el Derecho penal está orientado a objetivos y no tiene una función meramente retributiva o de mera reafirmación de valores, sino que mira las consecuencias reales que produce la intervención punitiva, el proyecto legislativo necesita compararse con el *saber empírico*. De modo tal que su orientación a objetivos no puede agotarse en un *estilo argumentativo*, en el modo de argumentar una solución correcta a la hora de efectuar la interpretación de las reglas del sistema. En este sentido, no es suficiente con ser experto en reglas y valores jurídicos, porque el método científico no deriva de los objetivos que le otorgamos a posteriori una vez que las leyes ya han sido sancionadas, porque tales objetivos se reducen a técnicas argumentativas, que sirven para motivar mejores soluciones normativas de cualquier modo alcanzables desde otra vía. El método científico, capaz de hacer que los resultados del saber normativo sean más controlables y falsificables, depende de la medida y el análisis de las consecuencias a las que el legislador debe orientar las leyes, ello trae consigo instrumentos más idóneos para la comprobación de la legitimidad de la ley, *ibidem*, pág. 54. Véase asimismo, Hormazábal Malarée, H., *Bien jurídico y Estado Social y Democrático de Derecho (el objeto protegido por la norma penal)*, PPU, Barcelona, 1991, págs. 139 ss.

Aquello implica que el control de legitimidad efectuado por el Derecho penal actual debe ser ampliado, “no siendo suficiente la autoridad formal del poder público, ni un estilo aristocrático de legitimación por parte de algún “experto” de justicia o de valores.”<sup>1807</sup> Entendemos que uno de los puntos centrales en el proceso deshumanizador de la globalización es el restablecimiento de un Estado social y democrático de Derecho *mediante* la recuperación del espacio público, que en el ámbito de la política criminal, reverberará en dotar de contenido material al bien jurídico, es decir, una herramienta que, producto del juego del diálogo democrático, opere como límite a la potencia punitiva. El bien jurídico en su función de orientador de la política criminal correspondiente con aquél modelo de Estado *construido a partir de una juridicidad basada en los Derechos fundamentales y en los principios constitucionales*, que permita la discusión de la multiplicidad de los argumentos, a fin de construir una “democracia penal” porque un *“Derecho penal orientado a la Constitución deber ser absolutamente implementado.”*<sup>1808</sup>

Entendemos junto con Rancière<sup>1809</sup> que la democracia no es una institución sino esencialmente una fuerza antiinstitucional, una ruptura en la tendencia, por lo demás implacable, de los poderes efectivos a silenciar y eliminar del proceso político a todos aquellos que no han nacido dentro del poder o han propugnado por *conseguir el Derecho exclusivo a gobernar sobre la base de su singular pericia*. Mientras que los poderes efectivos promueven el gobierno de los pocos, *la democracia es un llamamiento constante en nombre de todos, una pugna por conseguir el poder sobre la base de la ciudadanía, esto es, de una cualidad que pertenece a todos por igual*. Es por ello que el punto de reconocimiento de una sociedad democrática se vislumbra en sus continuas quejas de no ser *suficientemente democrática*.

En efecto, la democracia es una potencia que nunca se completa, no es un proyecto acabado del cual podamos extraer conclusiones finales, sino que es en su constante movimiento donde se observan los diversos grados y matices en que puede ser plasmada. El carácter dinámico que le otorgamos a la democracia produce, entre otras cuestiones, la diferencia entre las concepciones de Hobbes y Spinoza. Según Deleuze este último “...a *grosso modo*, es discípulo de Hobbes”, puesto que, en principio, tomó de él la concepción sobre el Estado de naturaleza, no obstante, como tuvimos oportunidad de señalar, la concepción del Estado dependerá del grado de violencia atribuido al estado natural. Por esa razón situamos la diferencia entre ambos en este punto: Hobbes reserva indiscutiblemente la potencia al Leviatán, mientras que Spinoza, decide conservar la potencia del estado de naturaleza en cada uno de los individuos, su potencia natural; la potencia no se cede, sino que fluye entre la multitud.

---

<sup>1807</sup> Donini, M., “Escenarios del Derecho penal en Europa a principios del siglo XXI”, op.cit., pág. 55.

<sup>1808</sup> *Ibidem*.

<sup>1809</sup> Rancière, J., *Aux bords de la politique*, La Fabrique, Paris, 1998, pág. 123 ss.

Por su parte, Hobbes establece la relación jurídica de la obediencia, mientras que en Spinoza la sociedad deberá ser pensada como el conjunto de condiciones bajo las cuales el hombre pueda desplegar de manera óptima su potencia; de este modo no hay una relación de subordinación.<sup>1810</sup> Si rechazamos el individualismo propio del contrato hobbesiano, a partir del cual los seres humanos renunciaron a su potencia a favor del Estado, es porque consideramos junto con Spinoza que el *conatus* es el fundamento del contrato político, cuya potencia permite el empoderamiento, porque sólo podrá hablarse de libertad cuando se fortalezca el *conatus colectivo*, es decir, la trama de las relaciones para el empoderamiento en que debe consistir la política democrática. Estos lazos que conforman la trama no se gestan en el miedo ni en la superstición.<sup>1811</sup> Es preciso que en estos momentos de mutaciones en la soberanía y en la legitimidad se inaugure el espacio del *conatus colectivo* para el despliegue de una potencia de afección y acción política que pueda cuestionar el ser, proyectado por el deber ser, permitiendo asimismo abrir una grieta, como posibilidad de algo nuevo. Se trata no sólo de reconocer un pluralismo del cual se parte, sino de proponer opciones distintas al *status quo*, opciones críticas de un sistema que impide el acceso a los bienes en virtud de las relaciones de poder.<sup>1812</sup>

En consecuencia, al momento de la sanción de la ley penal al legislador democrático le corresponde ponderar los distintos intereses que surgen del empoderamiento de la potencia y la lucha por la dignidad de las personas. La dogmática penal y la política criminal se encuentran ahora más que nunca necesitadas de la denuncia del discurso a partir de la interrelación cada vez más profunda con los principios constitucionales y los Derechos humanos, como instrumentos insustituibles al momento de imponer límites al *conatus*. En este sentido, el carácter dinámico inherente al modelo de democracia del que partimos se desarrolla a partir de una *argumentación no estrictamente moderna* del contenido material de los objetos de protección,<sup>1813</sup> entendidos como un instrumento de verificación empírica de la legitimidad de las leyes sancionadas, y como resultado de la aplicación de los principios en su configuración democrática.<sup>1814</sup>

---

<sup>1810</sup> Deleuze, G., *En medio de Spinoza*, (trad. Equipo Editorial Cactus), Cactus, Buenos Aires, 2006, clase de diciembre de 1980: "Derecho natural"; asimismo véase Aguirre, G., *Apuntes sobre lo onírico en Hobbes, Macedonio, Deleuze y Guattari*, en Zettel. Arte y ciencias sociales, año 2, núm. 2, invierno 2001, págs. 43-45.

<sup>1811</sup> En el mismo sentido, Herrera Flores, J., *Los Derechos humanos...*, op.cit., pág. 261.

<sup>1812</sup> De acuerdo con De Sousa Santos, B., *Crítica de la razón indolente*, op.cit., pág. 326.

<sup>1813</sup> Por todos, véase en especial, Hormazábal Malarée, H., "*Consecuencias político criminales y dogmáticas del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos*", en Pérez Álvarez, F., *Serta. In memoriam de Alexandri Baratta*, op.cit., págs. 1083 ss.

<sup>1814</sup> En efecto, como sostiene Alcácer Guirao, R., *Sobre el concepto de delito...*, op.cit., págs. 12-13, "la búsqueda de un contenido "material" en la antijuricidad aspira a plasmar el fundamento por el que la conducta es declarada contraria a la normas jurídico-penales; la razón como he mencionado, por la que es considerada merecedora de sanción penal. En este sentido, el

### 5.3. De la lesión de un bien a la expresión de significado

De acuerdo con Jakobs, el marco de actuación del Derecho se desenvuelve en el interior del sistema social, encaminado a la protección de los procesos de comunicación, es decir, la protección de las normas que conforman la identidad normativa, concebidas como expectativas contrafácticamente estabilizadas, las cuales permiten la continuidad y el funcional desarrollo de los contactos sociales.<sup>1815</sup>

Concebir al delito como quebrantamiento de las normas implica que éste no pueda ser percibido como un daño material a un bien, sino como un acto de comunicación, de significado, puramente simbólico. Al Derecho penal no le importa toda alteración perjudicial a un bien, sino la alteración de la valoración positiva, su significado de contradicción a la vigencia de la norma, un daño simbólico. El injusto habrá de ser concebido como una lesión al Derecho<sup>1816</sup> mientras que el daño será evaluado en el contexto social. Lo lesivo está configurado por la perturbación del orden, por la desobediencia al mandato de fidelidad.<sup>1817</sup>

Las necesidades funcionales de las sociedades complejas reflejan un tipo de racionalidad instrumental de la cual no pueden sustraerse los imperativos sistémicos,<sup>1818</sup> sin embargo, la búsqueda de eficacia por parte de la

---

componente central de esta noción viene dado por la lesividad de la conducta, aspirando, como afirma Rudolph, a plasmar “el núcleo material de injusto común a todo comportamiento antijurídico”, y se vincula por ello, con el propio cometido del ius puniendi. Expresado muy genéricamente: si asumimos que el Derecho penal aspira a un fin de *protección* de determinados intereses valorados por la sociedad y, por ello, considerados merecedores y necesitados de tal protección, las conductas relevantes para él (aquéllas que considerará antijurídicas) serán las que se muestren lesivas para esos intereses, y por ello, merecedores y necesitados de sanción penal, siendo esta sanción penal el medio con el que el Derecho penal opera en aras de la satisfacción de dicho cometido de protección”.

<sup>1815</sup> Véase *supra* 5.2.b.

<sup>1816</sup> Feijóo Sánchez, B., *El injusto penal y su prevención ante el nuevo Código Penal de 1995*, Cólax, Madrid, 1997, pág. 83.

<sup>1817</sup> Véase Tavares, J., *Bien jurídico y función en Derecho penal*, (trad. Cuñarro), Hammurabi, Buenos Aires, 2004, págs. 21 ss.

<sup>1818</sup> Como afirma Alcácer Guirao, R., *Sobre el concepto de delito...*, op.cit., pág. 109, “En efecto, inherente a la racionalidad sistémica es la ausencia de criterios deontológicos, en el sentido de no funcionalizables en atención a la búsqueda de fines, ya que según ella todo hecho social se procesa teleológicamente: según el código binario de lo funcional o disfuncional para el sistema”. El autor agrega en nota 308 que todo ello deriva de entender que la legitimidad ha de entenderse funcionalmente, de forma tal que ya no pueda concebirse como un criterio de justificación externo al sistema político, sino como una prestación de él. Por otra parte, la concepción liberal del fin de la sanción en Luhmann, (regulación externa de expectativas) no tiene que implicar necesariamente que ese talante liberal se prolongue también a la cuestión relativa a los criterios de justicia o de distribución de esa pena; ello porque el funcionalismo sistémico no admite la incorporación de límites que no sean funcionalizables.

Administración no puede ignorar las directrices que constitucionalmente se despliegan a fin de otorgar legitimidad a la intervención de carácter penal.<sup>1819</sup>

Razón por la cual asistimos a la ampliación cada vez mayor de las esferas de control de la Administración, que ahora ya no se contenta sólo con la gestión de la población, sino que el gobierno biopolítico se ejerce a partir de la declaración de la excepción que pretende colmar el vacío dejado por la desvinculación entre la forma de soberanía y la legitimidad. En busca de legitimación teje un discurso donde la eficacia y la funcionalidad otorgan carta de paso para la excesiva flexibilización de los ámbitos reservados a otros poderes; “en este esquema, cuando se plantea el logro de objetivos como prioridad, ya no es el Parlamento el llamado a regular las relaciones sociales, sino la Administración –y sus expertos- los más indicados para regular a corto y mediano plazo y dar respuestas inmediatas.”<sup>1820</sup>

En las nuevas asignaciones del Estado postmoderno, “el ordenamiento acaba así por configurar una disciplina meramente dirigista, que se expresa en una detallada reglamentación al servicio de la cual se dispone la sanción penal, renunciando a la represión de las conductas que directamente se orientan al ataque del bien, castigándose por tanto la inobservancia de normas organizativas y no la realización de hechos socialmente dañosos.”<sup>1821</sup> En efecto, se hace evidente que mientras se pretende la incriminación de conductas seriamente alejadas de la afección al bien jurídico, éste pierde su función de límite a la intervención penal, pasando a configurar una categoría dentro de la cual se disponen los fundamentos de un exasperado pragmatismo eficientista.<sup>1822</sup>

En este sentido, la concepción de Jakobs se erige con base en el código binario funcional/disfuncional como parámetro de evaluación de los procesos de

---

<sup>1819</sup> Navarro Cardoso, F., *Infracción administrativa y delito: Límites a la intervención del Derecho penal*, op.cit., pág. 25 ss.; Silva Forné, D., “Posibles obstáculos para la aplicación de los principios penales al Derecho Administrativo Sancionador”, en Díez Ripollés, J.L., /Gracia Martín, L., / Higuera Guimerá, M., (eds.) en *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo. Libro homenaje al Prof. Dr. José Cerezo Mir*, Tecnos, Madrid, 2003, págs. 173-191; Zúñiga Rodríguez, L., “Relaciones entre Derecho penal y Derecho administrativo sancionador ¿Hacia una “administrativización” del Derecho penal o una “penalización” del Derecho Administrativo sancionador?”, en Nieto Martín, A., (coord.), *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos. In memoriam.*, Vol. I, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Ediciones de la Universidad de Salamanca, Cuenca, 2001, págs. 1417-1431; Durán Migliardi, M., *Introducción a la ciencia jurídico-penal contemporánea*, Ediciones Jurídicas de Santiago, Santiago, 2006, págs. 49 ss.; Butler, J., “Detención indefinida”, op.cit., págs. 83 ss.

<sup>1820</sup> González Agudelo, *Aproximación al principio de reserva de ley penal (legitimidad y legalidad)*, Jerez de la Frontera, 2000, ejemplar mecanografiado, pág. 235.

<sup>1821</sup> Moccia, S., “De la tutela de bienes a la tutela de funciones: entre elusiones postmodernas y reflujos iliberales”, en Silva Sánchez, J.M. (ed), *Política Criminal y nuevo Derecho penal, Homenaje a Claus Roxin*, Bosch Editor, Barcelona, 1997, pág. 115.

<sup>1822</sup> Zaffaroni E.R., /Alagia, A., /Slokar, A., *Derecho penal. Parte General*, op. cit., págs. 135 ss., 346-370, 489-493, afirman que “prácticamente no hay conducta que no pueda criminalizarse con pretexto de prevenir algún riesgo en una sociedad de riesgos y, por ende, no habría actividad que no fuese susceptible de ser criminalizada”, ibidem, pág. 493.



comunicación que se dan en el sistema con el fin de mantener inalterada su estructura y buen funcionamiento. Para esta postura, el fin del Derecho penal no puede enunciarse como protección de objetos o estados, porque la teoría del bien jurídico es epistemológicamente incorrecta, en tanto y en cuanto se reduce la perspectiva del conflicto penalmente relevante a un mundo exterior de bienes, y no tiene en cuenta el ámbito de comunicación constitutivo, tanto de la sociedad como del Derecho.<sup>1823</sup> Como hemos visto, bajo estos postulados delito y pena se conciben como mensaje y respuesta respecto de la vigencia de la norma, es decir, como el daño simbólico que se produce a la vigencia de la norma, el delito es la lesión de la norma; lo relevante es la perturbación del orden.

Frente a ello, García Amado pone en evidencia que tanto Jakobs como sus discípulos no pueden ir mas allá en la incorporación de elementos sistémicos “porque tal cosa supondría o bien renunciar al cultivo de una dogmática penal estándar o bien asumir consciente y abiertamente que su discurso tiene que desdoblarse en dos análisis distintos, que serían, por un lado, la explicación de la razón de ser y el fundamento del sistema jurídico-penal, en clave de lo que podríamos denominar un enfoque externo, y, por otro, el cultivo del discurso propio de la teoría interna de dicho sistema, haciendo abstracción de las consecuencias del análisis anterior y asumiendo que practican una comunicación que sólo puede pretenderse “verdadera” y fundamentada en el seno de dicho sistema, es como si aceptaran que se trata de jugar un juego en el que todas las reglas son puramente instrumentales para el rendimiento de ese sistema que anteriormente han desmistificado en cuanto a sus pretensiones últimas. El hecho de que Jakobs no distinga entre estos diferentes niveles de discurso y análisis y de que más bien pretenda fundar el segundo en el primero le conduce a aporías y a más de una inconsecuencia.”<sup>1824</sup>

### 5.3. a. Bien jurídico y función

De conformidad con lo anterior, es preciso trazar las diferenciaciones entre el bien jurídico y la función, mediante la cual se pretende la justificación de la validez y legitimidad de las incriminaciones del Estado postmoderno. En este sentido, el razonamiento de Palazzo pugna por una detallada identificación de los objetos de protección, en oposición a la noción de función, que aparece definida como “los conjuntos de hombres y medios normativamente organizados para el alcance de fines institucionales o sociales.”<sup>1825</sup>

---

<sup>1823</sup> Jakobs, G., *Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal*, op.cit., pág. 48.

<sup>1824</sup> García Amado, J.A., “*Funcionalismo, teoría de sistemas y Derecho penal*”, en *Doxa*, núm. 23, 2000, pág. 233.

<sup>1825</sup> Palazzo, F., “*Principios fundamentales y opciones político criminales en la tutela del ambiente en Italia*”, en *Revista Penal*, núm. 4, 1999, pág. 76.

Sin embargo, todavía aquel concepto no ofrece la capacidad de una delimitación concreta, debido a que aún puede percibirse una indeterminación respecto del objeto de referencia de la norma. En efecto, el contenido material del bien jurídico consistirá en un valor vinculado a la finalidad del orden jurídico en torno de la protección de la persona humana, como objeto de referencia, como presupuesto de validez de la norma, o de su propia eficacia, al subordinarla a la demostración de su lesión o puesta en peligro.<sup>1826</sup>

Las funciones, en el ámbito estatal, se manifiestan –por lo general- en medidas de control que, como hemos puesto de manifiesto, son el resultado de las directrices del soberano privado supraestatal. En este sentido, el Estado postmoderno desplegará programas políticos que tengan por objeto la eficacia en la función de control de la desregulación. Así, la política del Estado queda fraccionada respecto de las distintas actividades, personas u objetos (control del tráfico, control de los alimentos, control de las divisas, control fiscal, laboral, de los flujos migratorios, etc.), orientadas por criterios de oportunidad y eficacia.<sup>1827</sup>

En efecto, la distinción entre bien jurídico y función no puede quedar establecida a partir de la norma y de su infracción. Porque la distinción reside en considerar que la función no existe por sí misma, sino que quedará definida y diferenciada de otras a partir de sus variables y dependiente de una relación. En sentido contrario, el bien jurídico como valor de la persona, de carácter universal, material o ideal, pero real, no depende para su existencia de una relación funcional.

En efecto, las sucesivas *inmediaciones* entre los dos conceptos tienen su génesis en la confusión respecto de las tareas que trazan el horizonte de la política criminal, es decir, cuando se olvida que se trata de un instrumento de delimitación de un poder, como corresponde entenderlo en el marco institucional de un Estado democrático. Si aquello consiste en trazar las barreras para la tarea de criminalización, la tarea que resta es la de establecer los principios normativos de su propia delimitación.<sup>1828</sup>

---

<sup>1826</sup> Así como afirma Tavares, J., *Bien jurídico.....*, op.cit., pág. 55, “en la medida en que se toma el bien jurídico sólo como objeto de referencia, es fácil confundirlo con cualquier función, pues la condición de objeto de referencia desempeña en el bien jurídico, efectivamente, una función de validez y eficacia de la norma. A fin de tornarlo un objeto de garantía y no simplemente de incriminación, es indispensable pensarlo como objeto de preferencia, vinculado a un valor. Una vez concebido como valor, se tornó imperioso establecer su diferencia con el concepto de función.”

<sup>1827</sup> *Ibidem*, pág. 63. Véase asimismo, Silva Sánchez, J.M., “*Hacia el Derecho penal del “Estado de la prevención”*”, op.cit., *pássim*.

<sup>1828</sup> Cfr. Roxin, C., *Autoría y dominio del hecho en Derecho Penal*, (trad. Cuello Contreras/Serrano González), 7ª ed., Marcial Pons, Madrid, 2000, pág. 449; Moccia, S., “*De la tutela de bienes.....*”, op.cit., pág. 121; Hassemer, W., “*Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos*”, (trad. Larrauri, E.) en *Pena y Estado*, núm. 1, 1993, págs. 24 ss.; Zaffaroni, E.R., /Alagia, A., /Slokar, A., *Derecho Penal. Parte General...*, op.cit., págs. 126 ss., 483 ss.

Así las cosas, en un Estado democrático, el bien jurídico, su identificación, debe estar precedido por un dato del ser, esto es, su existencia como tal debe anteceder a las características normativas; no obstante, no puede prescindir del dato normativo, sometido a la revisión del proceso de valoración del que emana.<sup>1829</sup>

En este sentido, como afirma Tavares, “la construcción valorativa del bien jurídico, como dato del ser, significa orientar su cognición al propósito de someter sus conclusiones a una contraprueba, o sea el proceso cognitivo debe estar subordinado, ante todo, a un juicio de refutabilidad correspondiente a los principios de un Estado democrático... Con ello, sólo será caracterizado como bien jurídico aquello que pueda ser concretamente lesionado o puesto en peligro, pero de modo tal que la afirmación de esa lesión o de ese peligro sea susceptible de un procedimiento de contestación....Es preciso que ese valor presente además sustancialidad, de forma que se pueda fundamentar un procedimiento de demostración de la lesión o puesta en peligro sufridas.”<sup>1830</sup> Asimismo habría que añadir, de conformidad con los principios rectores de la política criminal democrática que no todas las lesiones ni los peligros serán pasibles de sanción penal, sino sólo aquellos que permanezcan luego de su confrontación con los principios de última ratio, subsidiaridad, proporcionalidad, merecimiento y necesidad de pena.<sup>1831</sup>

Con la finalidad de poner límites al proceso de *espiritualización* que afecta al concepto de bien jurídico, perdiendo su carácter material y transformándose en el elemento político por antonomasia de la gestión y control de las funciones del estado postmoderno, apelamos a la imposición de límites no sólo de carácter normativo, sino también material.<sup>1832</sup> Frente a la minimización de la importancia

---

<sup>1829</sup> En este sentido, pone de manifiesto Alcácer Guirao, R., *El delito...*, op.cit., pág. 82, que una conceptualización espiritualizada del bien jurídico termina por confundirse con el valor ideal y de este modo permitiría el paso a que cualquier valor o convicción moral considerado necesario para mantener la cohesión social quedara dentro de la esfera de legitimidad.

<sup>1830</sup> Tavares, J., *Bien jurídico...*, op.cit., pág. 83.

<sup>1831</sup> Por todos, Zaffaroni, E.R./Alagia, A./Slokar, A., *Derecho Penal...*, op.cit., págs.491-496, respecto de la afectación mínima, ibídem, pág. 494-495.

<sup>1832</sup> Por su parte Schünemann, B., “*El principio de protección de bienes jurídicos como punto de fuga de los límites constitucionales de los tipos penales y de su interpretación*”, (trad. Martín Lorenzo/Feldmann), en Hefendehl, R., (ed.), *La teoría del bien jurídico*, op.cit., pág. 198 ss., afirma que el bien jurídico implica “el punto de fuga de las figuras de imputación”, porque el bien jurídico no es “sólo el resumen conceptual de un resultado obtenido mediante otras operaciones (como sugiere la conocida expresión “abreviatura de la idea de fin”), tampoco cuando no se emplea con el “ambicioso” fin de limitar constitucionalmente la legislación penal. Por el contrario, desempeña un papel productivo importante ya que en el nivel primario de averiguación de la estructura del delito y, acto seguido (en el segundo nivel), en la determinación del marco de acciones comprendidas en el tipo como “menoscabadoras del bien jurídico”; más adelante explica que “la determinación del bien jurídico no se formula como mera etiqueta final sólo al término del proceso interpretativo, sino que con su impulso liberal, es decir, opuesto a las

del bien jurídico como límite a la intervención de la potencia punitiva, el contenido material del bien jurídico, impone al legislador la obligación de concretar los valores de convivencia susceptibles de lesión en el desarrollo de las relaciones sociales.<sup>1833</sup> En este sentido, si la legitimidad está condicionada a que el Estado no describa una performance simbólica y se aboque a la búsqueda de una base material para la elaboración de sus normas, lo anterior transforma al bien jurídico en el presupuesto irrenunciable para demostrar que la conducta efectivamente ha producido una afectación.<sup>1834</sup>

Porque la argumentación respecto de la afección debilitaría la tendencia descrita por Terradillos Basoco de que “las políticas criminales de vocación global, o al menos, supranacional, traducirán,<sup>1835</sup> en consecuencia, esa desigual distribución de poder en una doble dirección: hacia la inhibición respecto a lo mercantilmente funcional y hacia la simultánea persecución de lo marginal o periférico.”<sup>1836</sup>

Desde esta plataforma se impide la autovalidación y autolegitimación de las normas, porque lo que se busca es una prescripción que prohíba resultados, trascendiendo el quebrantamiento de la vigencia de la norma, sirviendo así de criterio de racionalización de la actividad legiferante. El fundamento material, como requisito para la criminalización de conductas, es insoslayable en un Estado social y democrático de Derecho.<sup>1837</sup> En este sentido, mediante el cumplimiento del fundamento material, se impide la imbricación de dos órdenes distintos de discusión, uno de carácter ideológico-axiológico y otro de carácter

---

restricciones innecesarias de las libertades civiles, dirige la modelización de la materia prohibida, y, por consiguiente, respecto al proceso de interpretación es tanto inmanente como crítica.”

<sup>1833</sup> Terradillos Basoco, J.M., “*Sistema penal e inmigración*”, op. cit., págs. 1164-1165 afirma que, “la política criminal que se instaura en la era de la globalización tiene las características de una desregulación. Esto es, no ya la desaparición del Estado, sino su funcionalización conforme a los imperativos sistémicos de la globalización”. Sostiene asimismo que la ideología que identifica a este nuevo orden es la primacía de los intereses privados, en detrimento de los valores de convivencia cuya garantía y promoción corresponde al Estado, donde el criterio rector de toda valoración, incluidas las políticas criminales, se identifica con el éxito, tanto mejor cuanto más rápido y fácil.

<sup>1834</sup> Gomes, L.F., “*Norma penal, bien jurídico, principio de ofensividad y lineamientos de la teoría constitucional del delito*”, (trad. Guzmán Dalbora), en De Figueiredo, J.,/ Serrano, A., /Politoff, S., /Zaffaroni, E.R., (dirs.), *El penalista Liberal*, Hammurabi, Buenos Aires, 2004, págs. 301 ss.; Mendoza Buergo, B., “*Gestión del riesgo y política criminal de seguridad en la sociedad del riesgo*”, en Díaz-Marotto y Villarejo, J., *Derecho y justicia penal en el siglo XXI. Liber Amicorum en Homenaje al Profesor Antonio González-Cuéllar García*, Colex, Madrid, 2006, págs. 365 ss.; Bueno Arús, F., *Nociones de prevención....*, op.cit., págs. 207 ss.

<sup>1835</sup> Resaltamos esta acción en virtud de que nuestra propuesta versa sobre la reconstrucción del espacio social, en el que se “traducirán” los intereses públicos y privados. Esto es lo que en las sociedades griegas se denominaba el *ágora*. Véase *infra* 5.

<sup>1836</sup> Cfr. Terradillos Basoco, J.M., “*Sistema penal e inmigración*”, op. cit., págs. 1164-1165; véase asimismo, Flávio Gomes, L., “*Norma penal, bien jurídico, principio de ofensividad y lineamientos de la teoría constitucional del delito*”, op.cit., págs. 301 ss.

<sup>1837</sup> Por todos, Zaffaroni, E.R., /Alagia, A., /Slokar, A., *Derecho Penal....*, op.cit., págs. 483-511.

metodológico, como sucede cuando se afirma que el daño opera a nivel “simbólico” perteneciente al ámbito de lo comunicativo. Jakobs explica esta dicotomía como naturaleza vs. sentido,<sup>1838</sup> lo cual permite diferenciar entre dogmática penal naturalista y normativista, es decir, entre aquella que protege bienes jurídicos y aquella que protege la estabilización contrafáctica.

No obstante, es dable poner de manifiesto que la crítica de naturalismo de aquellas concepciones que abogan por la materialidad del bien jurídico, adopta también una perspectiva unilateral, al soslayar que tal noción de bien jurídico está integrada por componentes fácticos, pertenecientes al mundo exterior y que, además, es fruto de una valoración normativa. En efecto, lo productivo de una noción de bien jurídico que logre hibridar los dos elementos reside en que ésta permita establecer la división entre el objeto valorado y la valoración misma.<sup>1839</sup>

### 5.3. b. La crisis argumentativa

Como pone de manifiesto Portilla Contreras “las recientes reformas penales en Europa y Estados Unidos responden realmente a la quiebra del pacto social fordista-keynesiano, la desaparición del Estado asistencial y la flexibilización del mercado laboral. Son el producto más elaborado de la legislación del *homo sacer*, del sujeto que, como dice el estructural funcionalismo radical, ha sido excluido de la organización formal o ha optado por la autoexclusión: en consecuencia, no le corresponden las garantías jurídicas que sólo pertenecen al ciudadano que, en su relación social, respeta el contrato. Es este período de transición entre fordismo y postfordismo el que motiva la aparición de políticas de seguridad con la retórica moralista de la defensa de la seguridad ciudadana y el orden público.”<sup>1840</sup>

---

<sup>1838</sup> Jakobs, G., “La imputación jurídico-penal y las condiciones de vigencia de la norma”, op.cit., págs. 192 ss. Donde afirma que “la contraposición entre persona-en-Derecho y no-persona-en-Derecho es, del lado del autor, la contraposición entre sentido y naturaleza, entre sociedad y entorno de la sociedad”, lo cual tiene efectos directos sobre la noción de culpabilidad. Véase *supra* 4.11; 4.12.

<sup>1839</sup> Alcácer Guirao, R., *Sobre el concepto de delito...*, op.cit., pág. 68, estima que “epistemológicamente la perspectiva desde la que el Derecho contempla el bien jurídico (y a su lesión) no es la observación naturalística, perteneciente al ámbito del ser, sino desde un proceso de decisión normativo, perteneciente al ámbito del deber ser. Lo cual determina que la atención recaiga no sobre la valoración sino sobre la realidad social valorada... en tanto estamos ante una valoración de la realidad fáctica, y toda valoración supone una decisión. La diferencia con el concepto de Jakobs podría, en suma, expresarse en los siguientes términos: mientras el concepto de lesión del bien jurídico remite a la valoración de un estado de cosas –por lo que, dado que remite a un “resultado”, puede desvincularse de una acción humana– el concepto de delito como quebrantamiento de la vigencia de la norma conlleva ya una valoración de la propia acción”.

<sup>1840</sup> Portilla Contreras, G., “La configuración del *homo sacer* como expresión de los nuevos modelos del Derecho penal imperial”, op.cit., pág. 1410; en el mismo sentido Brandariz García, J.A., *Política criminal*, op.cit., *pássim*.

En el contexto descrito por el catedrático de Jaén percibimos la incapacidad de formular políticas capaces de lidiar con la contingencia actual, ello por querer mantener los cánones modernos con los cuales se designaban, articulaban y moldeaban aquellas concepciones. Es por ello que entendemos que el primer paso para la construcción de criterios de racionalidad es asumir, junto con Bourdieu que “la precariedad está hoy en todas partes.”<sup>1841</sup>

Así las cosas, la gestión de los riesgos nos enfrenta a la dificultad de coordinar democráticamente su constatación con la promesa de seguridad que se espera y demanda del Estado.<sup>1842</sup> No en vano el objetivo de la seguridad se ha convertido en la carta legitimatoria por excelencia del Estado moderno.<sup>1843</sup>

Históricamente, el principal peligro al que se vieron expuestas las democracias modernas residía en restricciones impuestas a la libertad en nombre de la seguridad colectiva.<sup>1844</sup> Actualmente, el sistema democrático se ve seriamente comprometido porque la seguridad y la libertad son recortadas por una retórica que busca la implementación de programas políticos que tienden a la protección de las funciones que le restan al Estado postmoderno, es decir, la custodia de los confines trazados por el neoliberalismo.

La asunción de mecanismos discriminatorios -por parte de la Administración- de los Derechos fundamentales a favor de los “ciudadanos” a costa de los excluidos, condiciona una reducción de la seguridad jurídica que, al mismo tiempo, alimenta el sentimiento de inseguridad -retroalimentándose-, escenario en el cual el poder punitivo rearticula el contenido de los Derechos de los “ciudadanos.”<sup>1845</sup> Hablar de Derecho a la seguridad reproduce la sociedad de control y el Derecho de exclusión condicionado por los efectos perversos de la globalización neoliberal de la economía. En este contexto, lo *público* como tal desaparece, en virtud de la imbricación de las cuestiones privadas en el *espacio mediatizado* donde la íntima inseguridad se hace pública. La *seguridad* que se

---

<sup>1841</sup> Bourdieu, P. *Contrafuegos...*, op.cit., pág. 62.

<sup>1842</sup> Brandariz García, J.A., “*Seguridad ciudadana.....*”, op.cit., pág. 51.

<sup>1843</sup> Estimado como un Derecho natural anterior al Estado en la Declaración de Derechos del Hombre, junto con la libertad y la propiedad.

<sup>1844</sup> De ello dan cuenta el régimen nazi y en Italia el fascismo de Mussolini, véase Zaffaroni/Alagia/Slokar, *Derecho penal...*, op.cit., págs. 310 ss.; Muñoz Conde, F., *Edmund Mezger....*, op.cit., págs. 307 ss., 350 ss.; Gómez Martín, V., *El Derecho penal de autor*, op.cit., págs. 244 ss.

<sup>1845</sup> Cfr. Ferrajoli, L., “*De los derechos del ciudadano a los derechos de las personas*”, en Silveira Gorski, H.C., /Hobsbawm, E.J., (eds.), *Identidades comunitarias*, Trotta, Madrid, 2000, op.cit., págs. 246 ss.; Bustos Ramírez, J., “*Seguridad ciudadana y seguridad jurídica*”, en Pérez Álvarez, F., (ed.), Núñez Paz, /M.A., García Alfaraz, A.I., (coords.), *Universitas Vitae. Homenaje a Ruperto Núñez Barbero*, Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, 2008, en la misma obra Demetrio Crespo, E., “*Acerca de la contraposición entre libertad y seguridad en el Derecho Penal*”, págs. 183 ss.; López Barja de Quiroga, J., “*El papel del Derecho penal en la segunda modernidad*”, en Díaz-Marotto Villarejo, J., (ed.), *Derecho y justicia penal ....*, op.cit., págs. 331 ss.

demanda del Estado se identifica con el pleno disfrute de los *Derechos del consumidor*.<sup>1846</sup>

Para desbaratar los procesos metonímicos entre la seguridad y los derechos que nos desvelan en un transnochado hobbesianismo, retomamos a Baratta, que le deniega el carácter de Derecho fundamental a la seguridad, entendiendo que sería más apropiado hablar de la seguridad de los derechos.

En este sentido, el autor italiano explica que es imprescindible *deconstruir el sentimiento de inseguridad y la demanda de sanciones en la opinión pública y reconstruirla como comunicación política de base*. De allí que afirme que frente a las políticas de exclusión hay que afrontar la inclusión social, la seguridad de todos a los Derechos de todas las personas, políticas dirigidas a la atención de los débiles y excluidos, políticas locales participativas, y *la política criminal como elemento subsidiario de política integral de seguridad de los Derechos*.<sup>1847</sup>

En efecto, observamos cómo el discurso político efectúa un planteamiento maniqueo: la seguridad en un extremo opuesto a la libertad, puesto que en la sociedad del riesgo la libertad, ya no es la utopía que hace de motor del lazo social.<sup>1848</sup>

En tiempos de transición paradigmática, no podemos seguir planteando estas cuestiones en los términos que componen el binomio libertad-seguridad. Necesariamente habremos de renunciar a trazar divisiones tajantes, habremos de tratar con las hibridaciones propias de la incertidumbre y la ambigüedad. Ello debido a que el cambio epistemológico y de perspectiva que nos ofrece la nueva configuración mundial, recorta ambos términos rearticulándolos de manera distinta a la forma como lo venía haciendo el Estado nacional.<sup>1849</sup>

---

<sup>1846</sup> Véase *supra* puntos 1.2; 2.4; 2.6; 3.4; 3.5.

<sup>1847</sup> Baratta, A., "Seguridad..." op.cit., pág. 15; del mismo, "Nomos e Tecne. Materiali per una cultura post-moderna del dirtitto" (Presentación de Marchesiello), en *Studi sulla questione criminale* (Nuova serie di *Dei delitti e delle pene*), año 1, núm. 2, 2006, págs. 59-65.

<sup>1848</sup> Véase *supra* 2.7.b. Como señala Juárez Tavares, "Globalización, Derecho penal y seguridad pública", op.cit., pág. 311, "Sociedad del riesgo por lo tanto, es una sociedad sin libertad, hasta tal punto porque la libertad globalizado no es libertad, en sentido empírico o en sentido moral. Y eso no deviene, necesariamente, de la inseguridad. Deviene de dos factores aparentemente contradictorios: de la excesiva reglamentación de las actividades sociales en el plano interno y de la absoluta falta de reglamentación en el plano externo, unidos esos factores bajo una perspectiva común: el ejercicio de poder político. La persona humana de la postmodernidad no se siente insegura, porque haya creado, instintivamente, un miedo frente a las adversidades sociales o a los peligros generados en los centros urbanos, por la posibilidad de la muerte en cada esquina o por la desagregación de expectativas. Al revés, la persona es insegura porque le falta libertad, porque no vive más como persona, vive como un objeto o un eslabón mecánico de complejas organizaciones formalizadas, cuyos lindes no pueden ser ultrapasados sin que se provoque una situación de inseguridad". Asimismo, Baratta, A., "Nomos e tecne...", op.cit., pág. 63. Para un análisis sobre la libertad en la modernidad, véase Galcerán, M., *Deseo ( y) libertad. Una investigación sobre los presupuestos de la acción colectiva*, Traficantes de sueños, Madrid, 2009, págs. 21 ss., 31 ss.

<sup>1849</sup> Bustos Ramírez, J., "Seguridad ciudadana y seguridad jurídica", op.cit., págs. 96-99.

Libertad y seguridad –con las mutaciones que han sufrido ambos términos- forman la estructura maniquea sobre la cual se confeccionan las políticas criminales actuales, esperando poder legitimar su acción bajo estos postulados excluyentes<sup>1850</sup> Esta clase de planteamientos distan de ofrecer soluciones a los conflictos a los que nos enfrenta la complejidad contemporánea. Ésta pretende ser reducida con el discurso de la seguridad construido a partir de la imperiosa necesidad moderna de orden.<sup>1851</sup> Intuimos que el reto al que se enfrenta la política criminal de hoy está indisolublemente ligado al papel asignado a la seguridad, al contenido social, antropológico, psicológico, científico, filosófico que le demos.<sup>1852</sup>

Pero tal reto no puede seguir siendo enfrentado en los términos antagónicos producidos por el discurso de la modernidad, sino que habremos de resignificar su contenido y alcance, todo ello, en virtud de dotar, como premisa fundamental, a la política criminal de un núcleo inviolable: los Derechos humanos.<sup>1853</sup>

---

<sup>1850</sup> Demetrio Crespo, E., “Acerca de la contraposición entre libertad y seguridad en el Derecho Penal”, op.cit., págs. 184 ss.; Díez Ripollés, J.L., “De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana...”, op.cit., *passim*; Gómez Martín, V., “Libertad, seguridad y sociedad del riesgo”, op.cit., pág. 62; Arroyo Zapatero, L., “Criminalidad y contexto urbano en España”, en *Urban Security across the world: Lessons Learned*, ISPAC, Ancillary Meeting, Eleventh United Nations Congress on Crime Prevention and Criminal Justice, 20 de abril de 2004, Bangkok, disponible en [www.defensesociale.org](http://www.defensesociale.org)

<sup>1851</sup> Como apunta Beck en “*La reinención de la política*”, op.cit., pág. 24.: “Las cuestiones de riesgo no pueden convertirse en cuestiones de orden, puesto que estas últimas quedan ahogadas por el pluralismo inmanente de las cuestiones de riesgo, y se metamorfosean subrepticamente tras las fachadas de la estadística, en cuestiones morales, cuestiones de poder y decisionismo puro (...) La sociedad industrial, el orden civil y, en particular, el estado de bienestar y el estado de aseguramiento están sujetos a la exigencia de hacer las situaciones de vida humana controlables por la racionalidad instrumental, disponibles e (individual y legalmente) explicables. Por otro lado, en la sociedad del riesgo lo imprevisible y los efectos derivados de esta demanda de control conducen, a su vez, a lo que se había considerado superado: el ámbito de la incertidumbre, de la ambivalencia, en una palabra de la alienación. No obstante esta es también la base de una *autocrítica pluralista de la sociedad*.”

<sup>1852</sup> Cuando tanto metodológica como ideológicamente se da preeminencia al todo social sobre el individuo, nos enfrentamos a ciertos peligros, vgr. la funcionalización de las garantías individuales en aras de una moral social superior, lo que a su vez conllevaría la asunción por parte de la legislación penal de “actitudes” y no de resultados lesivos. Este es un problema que atañe no sólo al planteo maniqueo de seguridad y garantías, sino, como se ha visto, al principio de lesividad. En efecto, esto sucede en planteamientos tales como los de Jakobs, en los cuales la lesividad del delito no se agota en el menoscabo de la esfera individual, sino que implica además una ulterior afección intersubjetiva, consistente en el menoscabo de la seguridad, de la confianza respecto del mantenimiento incólume de las normas.

<sup>1853</sup> Baratta, A., “Principios de Derecho penal mínimo (Para una teoría de los Derechos humanos como objeto y límite de la ley penal)” en *Doctrina Penal*, año 10, 1987, págs. 623-649, donde el concepto de Derechos humanos asume una doble función: por un lado, una de carácter negativo concerniente a los límites de la intervención penal, por otro, una función de carácter positivo respecto de la “definición del objeto, posible pero no necesario, de la tutela por medio del Derecho penal”, pág. 623.



Como apuntáramos anteriormente, tanto la libertad como la seguridad se encuentran en un estado deficiente en la actualidad. Estamos asistiendo a un recrudescimiento de la violencia en ausencia de lazo social. Violencia que se expresa tanto en las formas que ha ido adoptando la criminalidad, como en la del Estado en el ejercicio de su potencia punitiva. En este ámbito, las decisiones que tomaban los Estados son substituidas por las reglas que le impone el “soberano estatal difuso”, es decir, el predominio de sus políticas frente a las de carácter público.<sup>1854</sup>

#### 5.4. El papel de las instituciones democráticas en la sociedad del riesgo

El panorama descrito conlleva la necesidad de repensar el papel de las instituciones democráticas en la transición de la soberanía imperial. Conceptos como el de ley, parlamento, representación, participación, prohibición, y sobre todo el de sujeto “productor de Derecho,”<sup>1855</sup> están seriamente comprometidos a la hora de, como pretendemos en este trabajo, establecer nuevos criterios de racionalidad para la confección de una política criminal acorde con la complejidad contemporánea. Éstos serán la consecuencia de una elección previa y fundamental: la democracia.

Para explicar este punto, López Cerezo y Luján<sup>1856</sup> observan como pauta principal del Estado, la redistribución de los costes que supone afrontar los riesgos en las sociedades contemporáneas y no en la redistribución de las rentas – como fuera el anterior modelo de bienestar-, donde ambos conflictos podrían relacionarse con el riesgo, la incertidumbre y su gestión.<sup>1857</sup> Lo anterior nos plantea el siguiente interrogante: el Estado, ¿puede seguir “administrando” bajo un concepto sesgado de seguridad sin perder legitimidad? Esta cuestión es esencial para nuestra investigación, en la medida en que la seguridad se encuentra seriamente cuestionada, o al menos, se halla ubicada ante la necesidad de ser recontextualizada en los términos de la sociedad actual. Sin duda,

---

<sup>1854</sup> Albrecht, P.A., “El Derecho penal en la intervención de la política populista”, op.cit., págs. 471 ss.; Quintero Olivares, G., “La deriva y crisis de las ideas penales en España”, en Octavio de Toledo y Ubieto, E., /Gurdiel Sierra, M., /Cortés Bechiarelli, E., *Estudios Penales en recuerdo del Profesor Ruiz Antón*, Tirant lo blanch, Valencia, 2004, págs. 929-958; del mismo *Adónde va el Derecho Penal*, op.cit., págs. 35 ss. Véase *supra* punto 1.6.

<sup>1855</sup> En este aspecto es dable resaltar la mimesis que se produce en el estatuto del sujeto, que de “productor” deviene “consumidor”. Este sujeto ya no opera en el Estado como productor de las normas, sino que se configura como mero consumidor de la “eficacia” en la que pretenden ser legitimadas. Es una situación de retroalimentación. La esfera pública queda despoblada de actores sociales, como fueron los sindicatos y demás movimientos reivindicatorios del modelo anterior de Estado, y superpoblada de intereses económicos que los cargos políticos “representan.”

<sup>1856</sup> López Cerezo, J.A., y Luján López, J.L., *Ciencia y política del riesgo*, Madrid, Alianza, 2000, págs. 25 ss.

<sup>1857</sup> Véase *supra* 2.9.

salvaguardar el orden frente a la “inseguridad ciudadana” forma parte de todas las políticas *glocales*. Conceptos tan abiertos, difusos e inacotables como el riesgo, la inseguridad o el desorden son “representados” por los grupos de riesgo que devienen el blanco de este tipo de medidas. Frente a ellos, la pérdida de libertad que provocarían los mecanismos de control ha devenido una cuestión menor.<sup>1858</sup>

Sin embargo, habiendo denunciado este artilugio epistemológico, la exigencia de lesión para el bien jurídico, como presupuesto de la incriminación correspondiente a un Estado democrático de Derecho, adviene primordial. Ésta expresa la imposibilidad de declarar una función del Estado como objeto de protección penal.<sup>1859</sup> En el mismo sentido, Moccia afirma que tomar tales objetos, que en realidad son funciones, significa banalizar el bien jurídico<sup>1860</sup>, porque en realidad el objeto de tutela aquí correspondería a un orden público ideal, no susceptible de aprehensión de conceptual, delimitación y juicio de refutabilidad.<sup>1861</sup>

Si el Estado técnicoadministrativo actual flexibiliza el Derecho *en función de normar lo real*, lo atinente a la validez quedará completamente soslayado en el discurso. La gramática tecnocrática invalida cualquier apelación al contenido material de la norma, ya que se encuentra saturada de la exigencia de mantener el sistema en funciones. En consecuencia, el juicio de refutabilidad operaría como una exigencia cuyo fin es imponer límites al discurso del poder a través de la discusión respecto del contenido de la validez jurídica, entre cuyas propuestas se encuentra la de Habermas.

#### 5.4. a. La dimensión universalista de la razón práctica<sup>1862</sup>

La sociedad de sujetos pasivos del bienestar debería transfigurarse en la asunción por parte de los distintos actores sociales institucionales y no

---

<sup>1858</sup> Zaffaroni, E.R., “Las “clases peligrosas”: el fracaso de un discurso policial prepositivista”, op.cit., págs. 278-282.

<sup>1859</sup> Zaffaroni, E.R., /Alagia, A., /Slokar, A., *Derecho Penal...*, op.cit., pág. 484-487.

<sup>1860</sup> Moccia, “De la tutela de bienes a la tutela de funciones: entre ilusiones postmodernas y reflujos liberales”, op.cit., pág. 121.

<sup>1861</sup> En este sentido entiende Tavares, J., *Bien jurídico...*, op.cit., pág. 68, que este juicio está referido a la exigencia normativa de garantía de la persona humana; bajo estos postulados el autor afirma que la identificación del bien jurídico debe en todo caso estar “subordinada a un contexto en el cual lo que menos importa es su conclusión acerca de la verdad o falsedad de la proposición, es mucho más la exigencia de que ese bien, para ser jurídico, comporte un procedimiento de demostración de que sea efectivamente lesionado o puesto en peligro, y que, por lo tanto, la afirmación de esa condición de lesividad o peligrosidad pueda igualmente ser negada, a través de idéntico procedimiento.”

<sup>1862</sup> Habermas, J., *Facticidad y validez*, op. cit., pág. 225.

institucionales de un discurso ético y racional, a fin de poder sancionar leyes adecuadas al modelo constitucional.<sup>1863</sup>

Si la globalización ha transformado las condiciones y el significado de la participación, tanto económica como políticamente, la democracia es la única manera de enfrentar la *glocalización*. El remedio contra la sistemática distorsión de la comunicación yace en reconstruir el lazo fundamental de la confianza entre los individuos, cuestión que no puede acaecer en tanto que el miedo y la opresión sean los que ejerzan el dominio. Tal lazo depende en del desarrollo de condiciones materiales y políticas, donde los individuos se encuentren interactuando con otros, desde diversos puntos de vista y encuentro. Habermas, por su parte, entiende la razón como la posibilidad de una comunicación transparente y no manipulable, y le otorga la posibilidad de curar los males de la modernización.<sup>1864</sup>

Para el representante de la Escuela de Frankfurt, los Derechos aparecen como cápsulas protectoras frente a potenciales agresiones a las distintas formas de vida, siendo éstas las que conviene preservar frente a una visión más positiva o participativa de la libertad. Dada la construcción del procedimiento, es difícil no concluir que la autonomía pública no sería sino el instrumento para la realización de los intereses privados.

Este autor plantea el objetivo de intentar una reconstrucción discursiva de la noción kantiana de la personalidad moral, con todas sus implicaciones universalistas, y a la vez, subrayar la dimensión pública de la autonomía.<sup>1865</sup>

Mediante la combinación de las *tres dimensiones de la razón práctica*: la dimensión *moral*, preocupada por la resolución equitativa e imparcial de conflictos interpersonales, que aspira a un reconocimiento universal de sus prescripciones; la *ética*, ocupada de la interpretación de valores culturales y de identidades y, por tanto, condicionada en su fuerza prescriptiva por una evaluación contextual; y la *pragmática*, dirigida a la satisfacción instrumental o estratégica de fines, y generalmente marcada por criterios de eficacia y por arriesgarse en la negociación y el compromiso.

La política que propone el autor busca recuperar el espacio público, en el que habrán de fundirse las tres dimensiones. La deliberación política escapa a la disciplina que pueda imponer una unívoca forma discursiva, vgr. la injusticia, formas de vida, identidades concretas o cualesquiera intereses subjetivos o de grupo. Sin embargo sí hay un control en esta deliberación pública y está dirigido a proporcionar la prioridad de la justicia sobre el bien, de la moral sobre la dimensión ética. Este control es el que se ejerce mediante la institucionalización legal del principio del discurso, encargado de introducir el punto de vista moral

---

<sup>1863</sup> Véase Díez Ripollés, J.L., *La racionalidad de las leyes penales*, op.cit.; en especial Capítulo IV “La racionalidad ética en la legislación penal”, págs. 109-162.

<sup>1864</sup> Esto es lo que el autor denomina como “la dimensión universalista de la razón práctica”, en *Facticidad y validez*, op.cit., pág. 225.

<sup>1865</sup> Nino, C.S., *La constitución de la democracia deliberativa*, op. cit., pág. 162 ss.

dentro de los procesos de formación de voluntad. Este principio dispone que “sólo son válidas aquellas normas en las que todos los afectados puedan consentir como participantes en un discurso racional.”<sup>1866</sup>

La legitimidad de las decisiones se retrotrae entonces a aquellas formas que constituyen la expresión de la imparcialidad de los juicios prácticos y que, a la postre, remiten a una nueva formulación discursiva y procedimental del concepto de autonomía kantiano.

Este principio se entiende como expresión de lo moralmente correcto. Su naturaleza epistémica trata de emanciparse de las confusiones de la teoría de la correspondencia de la verdad moral y se vincula a un tipo de validez conectado al proceso de dilucidación discursiva. Es el *argumento* y no la verdad el que instituye el fundamento de la justificación de las normas morales, cuyos resultados pueden aspirar a la presunción de validez.

La imparcialidad, la igualdad y la apertura a todos, la ausencia de coerción y la unanimidad son los elementos o contenidos fundamentales del procedimiento discursivo, pudiendo ser entendidos como lectura teórica-discursiva del imperativo categórico kantiano. Punto de vista moral que amplía nuestro horizonte para acercarlo al de los demás, para así aproximarse a una perspectiva moral común, que, bajo las condiciones simétricas del discurso y del aprendizaje mutuos, exige cada vez un mayor descentramiento de las distintas perspectivas.

Habermas busca adaptar este principio del discurso a las condiciones propias de las sociedades modernas, caracterizadas no sólo por la pérdida de un referente normativo unitario capaz de vincular a todos sus miembros, sino también por la creciente autonomización de los sistemas económico y administrativo, que amenazan con ahogar las lógicas comunicativas del *lebenswelt*. La única forma viable para trasladar su principio de legitimidad - apoyado en el principio del discurso- a la sociedad como un todo, es mediante la legalidad, a través del Derecho. A través de la mediación institucional éste se convierte en el presupuesto necesario para mantener y reproducir los procesos comunicativos.<sup>1867</sup>

El autor, a la hora de buscar el principio de legitimación del Derecho, lo hará trasladando los presupuestos básicos de la moral discursiva, atendiendo a la naturaleza institucional. Así “mientras que el principio moral opera en el nivel de la constitución interna de un determinado juego argumentativo, el principio democrático se remite al nivel externo, esto es, a la institucionalización eficaz para la acción de la participación equitativa en una creación de opinión y

---

<sup>1866</sup> Habermas, J., *Facticidad y validez*, op.cit., pág. 140.

<sup>1867</sup> Serrano Gómez, E., *Legitimación y racionalización. Weber y Habermas, la dimensión normativa de un orden secularizado*, Anthropos, Barcelona, 1994, págs. 137 ss.

voluntad discursiva que se desarrolla en las respectivas formas de comunicación autorizadas por el Derecho.”<sup>1868</sup>

Las relaciones entre las representaciones sociales de orden y sistema jurídico-penal vigente se tornan problemáticas, en la medida en que el Derecho penal se transforma “en un sistema de reglas e instituciones que se separa de las demás instituciones sociales y sigue su propio desarrollo y tendencias de conservación.”<sup>1869</sup>

En esta situación, el sistema jurídico-penal se ve enfrentado permanentemente con las representaciones sociales de valor, de realidad y de funcionalidad de la más variada naturaleza. Esto conlleva que *el sistema jurídico-penal deba soportar el enorme peso argumentativo de determinar cuáles de aquellas representaciones considera “tutelables” y además debe justificar por qué deja otras “desprotegidas.”*<sup>1870</sup>

De este proceso argumentativo depende en gran medida la legitimidad del sistema. Ésta consiste en la explicación del por qué y bajo qué circunstancias tanto el sistema como la estructura existente son aceptados por los sujetos. La legitimación puede ser entendida como *la confianza sobre la que reposan las instituciones, sin la cual colapsan.*<sup>1871</sup>

Es por eso que Habermas considera que el uso pragmático y ético de la razón práctica es también indispensable tanto a nivel de la creación como de la aplicación de las normas jurídicas.<sup>1872</sup>

En esta proyección de la razón práctica al plano sociopolítico se establece un vínculo estrecho – en el nivel del deber ser-, entre la razón práctica y la génesis de los procesos de formación de opinión, vínculo que sirve como parámetro de la razonabilidad de las decisiones colectivas tomadas y como ordenador de las instituciones jurídicas y políticas que emanan de dichos procesos.

---

<sup>1868</sup> Habermas, J., *Facticidad y validez*, op.cit., pág. 142.

<sup>1869</sup> Rivero Sánchez, M., *Episteme y Derecho. Una exploración jurídico-penal*, op.cit., pág. 15 ss.

<sup>1870</sup> Portilla Contreras, G., “*La supuesta crisis de la teoría del bien jurídico: la tensión entre iuspositivismo y positivismo, la necesidad de referencias externas y la inmanencia del Derecho. Especial atención a ciertos bienes jurídicos colectivos*”, en Octavio de Toledo y Ubieto, E., Gurdíel Sierra, M., Cortés Bechiarelli, E., (coords.), *Estudios en Homenaje al Profesor Ruiz Antón*, op.cit., págs. 897 ss.

<sup>1871</sup> Kübler, F., *Privatrecht und Demokratie. Zur Aktualität gesellschaftlicher Vorstellungen in der Jurisprudenz*, en *Festschrift für Ludwig Raiser*, hrsg. Von Fritz Baur *Funktionswandel der Privatrechtseinrichtungen*, Tübingen, Mohr, 1974, pag. 24, citado por Rivero Sánchez, J.M., *Episteme y Derecho*., op.cit., pág. 15.

<sup>1872</sup> Habermas, J., *Facticidad y validez*, op.cit., pág. 193. Las materias que son reguladas por las normas jurídicas no siempre presentan el mismo grado de abstracción que las normas morales, donde es común los temas de la justicia. Las normas jurídicas entonces tienen que ver asimismo con metas y bienes estimados valiosos en las concretas comunidades jurídicas a las cuales pertenece una determinada forma de ser. Es claro también que una vez fijados los bienes y fines a proteger, se plantea la pregunta relativa a cuáles son los medios jurídicos más idóneos, a fin de implementarlos.

Es en este sentido que la idea misma del Estado de Derecho y de sus principios reguladores puede ser entendida como un imperativo de la razón práctica en el plano socio político, donde ésta se produce. Es por ello que puede decirse que “el olvido de la razón práctica en el plano socio-político conduce, sistemáticamente, a sacrificar el baremo de racionalidad de los procesos de formación de la opinión y toma de decisiones colectivas. Y sin este parámetro se corre el riesgo de perder el norte y de abandonarse a posiciones irracionalistas o en una suerte de razón meramente instrumental.”<sup>1873</sup>

En el Estado de Derecho, Derecho y política se conciben, en un proceso de retroalimentación, como polos que se refuerzan en sus prestaciones mutuas, tornándose así inescindibles. Estas observaciones ponen de manifiesto que para la existencia de un Estado de Derecho se requiere algo más que la mera sujeción a normas jurídicas. Ésta tendrá lugar sólo con relación a normas legítimamente creadas. De allí que el problema que tiene que resolver el Estado de Derecho, para ser considerado tal, es la cuestión de vincular la conducta del Estado y sus órganos al Derecho legítimo, de donde se sigue que el tema de la legitimidad de las normas jurídicas es consustancial al Estado de Derecho. Sólo dentro del contexto brindado por el Estado de Derecho puede ser efectivo y serio el planteamiento respecto del problema de la legitimidad del ordenamiento jurídico.<sup>1874</sup>

Así las cosas, se genera un vínculo estrecho entre estos dos elementos, de modo que la desaparición de uno de los dos es signo inequívoco de la desaparición del otro, puesto que no puede ser concebido un Derecho legítimo fuera del Estado de Derecho, ni viceversa.<sup>1875</sup>

En este sentido, Habermas ha puesto de manifiesto la paradoja que se esconde en la circunstancia de que los derechos políticos, tienen la misma estructura que cualquier Derecho subjetivo y, en esa medida, le confieren a su titular esferas de libertad, por lo que no se encuentra en una obligación de ejercerlos, y en caso de hacerlo, no importa el motivo que persiga, sino en tanto que su comportamiento sea legal, adecuado a Derecho. Pero, sin embargo, es dable observar que el proceso democrático de legislación confronta a los que en él participan con las expectativas normativas de una orientación hacia el bien común, pues dicho proceso *obtiene su fuerza legitimante del entendimiento a que lleguen los ciudadanos respecto de las reglas que habrán de regir su interactuar.*

Este aspecto ha dificultado encontrar un punto de equilibrio entre la autonomía pública y la privada. Parte de este conflicto puede derivarse de que durante mucho tiempo se haya entendido que entre los Derechos humanos y la soberanía hay una relación de contradicción. Sin embargo y frente a esta situación, Habermas se esfuerza por mostrar que esta dificultad que se deriva de

---

<sup>1873</sup> Rivero Sánchez, M., *Episteme y Derecho...*, op.cit., pág. 77.

<sup>1874</sup> Soto Navarro, S., *La protección penal de los bienes colectivos en la sociedad moderna*, op.cit., pág. 35.

<sup>1875</sup> Serrano Gómez, E., *Legitimación y racionalización*, op.cit., pág. 139.

presentar a los Derechos humanos como antagónicos con el principio de soberanía, se debe, en parte, a una herencia del pensamiento propio del Derecho natural o moral. Se introduce una bipartición del concepto de Derecho que es, desde la perspectiva sociológica, poco plausible, y desde la perspectiva normativa, sumamente cuestionable.<sup>1876</sup>

Bajo estas condiciones propuestas por Habermas, tanto las reglas jurídicas como las morales deben entenderse como dos tipos diversos de normas de acción, que no se encuentran en un plano de subordinación, sino que aparecen en una relación de recíproca complementariedad.<sup>1877</sup>

De lo anterior se deriva que el concepto de autonomía tenga la suficiente abstracción como para que pueda ser referido tanto a las normas morales como a las jurídicas. Según el autor, el principio democrático no puede entenderse en la actualidad como subordinado al principio moral, debido a que la ley jurídica se refiere al plano del libre arbitrio de los sujetos, en segundo lugar refiere a las relaciones externas de una persona con otra/s que se encuentran dotadas del mecanismo de la coacción para el caso tanto de cambios en los presupuestos de la relación como de los eventuales incumplimientos. El principio jurídico, desde esta perspectiva, encuentra una limitación del principio moral en dichas dimensiones.

Habermas parte de la tesis de que el ordenamiento jurídico sólo puede considerarse legítimo en la medida en que no contradiga principios morales, por lo que es indudable que el Derecho debe mantener una necesaria referencia moral, lo que, por otra parte, de ninguna manera significa que el sistema jurídico deba considerarse como subordinado a la moral. Las relaciones que entre estos dos ámbitos se establecen son más bien, como indicáramos *supra*, de complementariedad.<sup>1878</sup>

A partir del principio del discurso pueden ser explicadas tanto las normas jurídicas como morales, porque debe tenerse presente cómo las cuestiones jurídicas y morales se refieren a los mismos problemas: 1) determinar cómo pueden ordenarse de manera legítima las relaciones interpersonales, 2) cómo pueden coordinarse las acciones a través de normas que puedan considerarse justificadas, y 3) en qué medida pueden solucionarse consensualmente los conflictos sobre la base de principios y reglas reconocidos intersubjetivamente.

En virtud de ello, válidas son las normas de actuación (que se ramifican en normas jurídicas y morales) que pueden ser aceptadas, como participantes en el discurso racional, por todos aquellos que resulten potencialmente afectados por ellas. La única función que cumple el principio moral es señalar cómo las normas de conducta pueden ser fundamentadas de manera imparcial. Por eso es que el

---

<sup>1876</sup> Habermas, J., *Facticidad y validez...*, op.cit., pág. 150 ss.

<sup>1877</sup> Nino, C.S., *La constitución de la democracia deliberativa*, op.cit., pág. 160.

<sup>1878</sup> Soto Navarro, S., *La protección penal de los bienes colectivos en la sociedad moderna*, op.cit., pág. 33-34.

principio del discurso se encuentra cimentado en relaciones de reconocimiento simétrico propias de las formas de vida comunicativamente estructuradas.<sup>1879/1880</sup>

#### 5.4. b. El principio democrático de Habermas

El principio democrático, que se refiere únicamente a las normas jurídicas, establece un procedimiento para la creación legítima del Derecho. Este principio señala que *sólo pueden reclamar legitimidad aquellas leyes que, en un proceso de creación de carácter discursivo y jurídicamente configurado, hayan podido recibir la aceptación de todos sus destinatarios*. En este procedimiento queda presupuesta la posibilidad de una formación racional de la voluntad y opinión políticas, por medio de un sistema de Derechos que le aseguren a toda persona la posibilidad de participar en iguales condiciones que los demás en la creación del Derecho.<sup>1881</sup>

En este sentido, la propuesta de este autor consiste en desarrollar un sistema que contenga aquellos derechos fundamentales que deben concederse los ciudadanos si desean regular su vida en común de manera legítima a través del Derecho, y en el marco del cual quede claro que tanto la autonomía pública como la privada poseen igual valor. La idea de la autonomía exige que aquellos que como destinatarios de las normas jurídicas se encuentran sometidos al Derecho, puedan ser considerados en virtud del ejercicio de la autonomía pública, como autores del Derecho.<sup>1882</sup>

Surge así un estrecho vínculo entre el principio del discurso y la forma jurídica. Éste da lugar a una génesis lógica de los derechos, la cual comienza mediante la aplicación del principio del discurso a las libertades subjetivas de acción y “termina con la institucionalización jurídica de las condiciones para un ejercicio discursivo de la autonomía política, con ayuda de la cual, de manera retrospectiva, puede ser conformada jurídicamente la autonomía privada, existente hasta ese momento tan solo de manera abstracta. Se trata de un proceso

---

<sup>1879</sup> Habermas, J., *Facticidad y validez...*, op.cit., pág. 184 ss.

<sup>1880</sup> Sin embargo, la atención conferida a la dimensión institucionalizada de los discursos plasmados en el interior del Estado de Derecho no debe, según Habermas, hacernos perder de vista la vertiente informal, conformada en torno a las comunicaciones políticas que se originan y circulan en la opinión pública. La periferia del sistema constituye un eslabón inseparable de la cadena de la formación de una voluntad legítima y constituye la auténtica fuente de provisión de interpretaciones y valoraciones, previa a la formalización jurídico-política. Su carácter informal, espontáneo y preinstitucional no degrada su importancia en lo más mínimo, hasta el punto en que Habermas habla de que la legitimidad surge precisamente de la aleación de las esferas materiales y formalizadas de la política democrática, de la confluencia entre el poder comunicativo (Hannah Arendt) de la periferia y el poder institucionalizado en los procedimientos del Estado de Derecho. Véase Prieto Navarro, E., “*La reflexión sociológica sobre la legitimidad*”, en Díaz, E.; Colomer, J.L., (eds.), *Estado, justicia y Derechos*, op.cit., pág. 143.

<sup>1881</sup> Habermas, J., *Facticidad y validez*, op.cit., págs. 188 ss.

<sup>1882</sup> Serrano Gómez, E., *Legitimidad y racionalidad*, op.cit., pág. 135.



circular, en el marco del cual el “código jurídico” y el mecanismo para la producción legítima del Derecho se constituyen mutuamente.”<sup>1883</sup> Si los ciudadanos desean regular legítimamente su vida en común por medio del sistema jurídico positivo deben reconocerse recíprocamente ciertos Derechos que conforman la génesis lógica expuesta.

#### 5.4.c. El código jurídico

Según Habermas existen cinco categorías de Derechos que generan el código jurídico. La primera de ellas está compuesta por los Derechos fundamentales que se derivan necesariamente de una autónoma conformación política del Derecho a la mayor medida posible de iguales libertades subjetivas de acción. De entre estas últimas, sólo pueden considerarse legítimas aquellas que hacen posible la compatibilidad de los Derechos de uno con los mismos Derechos de los demás; así, como correlato de estos Derechos, surge una segunda categoría: Derechos fundamentales que se derivan de una disposición política autónoma del *status* de miembro de una comunidad jurídica de libres asociados. Se trata de los Derechos que determinan la nacionalidad, y permiten distinguir entre nacional y extranjero, la tercera está conformada por la posibilidad de reclamar judicialmente la tutela de aquellos Derechos.

Estas tres primeras categorías garantizan la autonomía privada de los sujetos, en la medida en que éstos se reconocen recíprocamente como destinatarios de leyes, y por lo tanto, como *titulares de un status* que les permite reclamar Derechos y hacerlos efectivos.

Así, se introducen de forma externa, esto es, desde la perspectiva teórica, los Derechos que *deberían* reconocerse los ciudadanos si desean regular legítimamente su vida en común. En la cuarta categoría se encuentran los Derechos fundamentales relativos a la participación, en condiciones de igualdad de oportunidades, en los procesos políticos de formación de la voluntad y opinión públicas, *gracias a los cuales los ciudadanos ejercen su autonomía política y crean el Derecho legítimo*. Aquí los sujetos adquieren el rol de *productores del ordenamiento jurídico*. Con este carácter los ciudadanos obtienen autonomía en tanto que puedan considerarse como autores del Derecho, al que quedan subordinados. Se trata de Derechos de carácter político que fundamentan el *status* de ciudadanos. Éstos deben garantizar la participación en condiciones de igualdad, en todos los procesos de consulta y decisión. Finalmente, en quinto lugar, se encuentran los Derechos fundamentales que tienen que ver con el reconocimiento de las condiciones de vida sociales, técnicas, ecológicas, en la medida en que éstas sean necesarias para el ejercicio, en igualdad de condiciones, de cualquiera de las cuatro anteriores categorías.

---

<sup>1883</sup> Rivero Sánchez, M., *Episteme y Derecho*, op.cit., pág. 86.

Todas las categorías que integran el sistema de Derechos tan sólo hacen referencia a las condiciones que hacen posible el ejercicio legítimo de la autonomía política, y en esa medida, no están a disposición del legislador, pues su eliminación equivaldría a la supresión de toda fuente de producción del Derecho legítimo.

De acuerdo con el código jurídico, la idea del Estado de Derecho reclama que las decisiones colectivas y vinculantes que emanan del poder estatal estén apoyadas, no sobre cualquier tipo de norma, sino sólo en normas jurídicas que puedan considerarse legítimas. Pues como advierte Habermas, no es la forma jurídica en sí la que otorga legitimidad a las decisiones políticas, sino sólo la observancia del Derecho creado de manera legítima.<sup>1884</sup>

#### 5.4. d. La ética procedimental del discurso

Al momento en que el Estado se convierte en un modo básico de socialización, proporciona importantes servicios en una multitud de ámbitos sociales. Podría decirse con Prieto Navarro<sup>1885</sup> que “se convierte en el centro de gravedad de los procesos de integración social en las sociedades contemporáneas”, donde el código jurídico contribuye a estos servicios, de modo muy fundamental, a través de *la plasmación de un sistema de Derechos fundamentales y mediante la cristalización de un Estado de Derecho como medio de organización política*.

El Derecho será legítimo en virtud de la plasmación dentro de estos dos órdenes: sin Derechos fundamentales, base de las autonomías pública y privada, no cabe legitimidad, como tampoco cabe sin el concurso de los procedimientos deliberativos positivizados en el Estado de Derecho. La elaboración de las comunicaciones colectivamente vinculantes, de las normas y de los intereses en los procedimientos formalizados que vertebran el Estado de Derecho otorga legitimidad política.<sup>1886</sup>

Desde estos parámetros de justificación, sólo puede considerarse legítimo aquel Derecho “*que en un proceso discursivo de formación de opinión y voluntad pueda ser aceptado por todos los miembros de la comunidad jurídica como racional.*”<sup>1887</sup> En virtud de que la legitimidad de las normas jurídicas se deriva de que sean el producto de un consenso de discusión democrático, ello también implica un entrelazamiento y equilibrio ente el Derecho y el poder político. Del principio de soberanía popular surge el Derecho legítimo, pero una vez producido éste se convierte en el cauce para que el poder que surge del ejercicio de la soberanía pueda ser utilizado por el sistema administrativo también de manera legítima.

---

<sup>1884</sup> Díez Ripollés, J.L., *La racionalidad de las leyes penales*, op.cit., pág. 114.

<sup>1885</sup> Prieto Navarro, E., “*La reflexión sociológica sobre la legitimidad*”, op.cit., pág. 141.

<sup>1886</sup> *Ibidem*, pág. 142 ss.

<sup>1887</sup> Habermas, J., *Facticidad y validez*, op.cit., pág. 169.

Estas relaciones entre Derecho y poder político, en un Estado de Derecho, tienen que ver con el *poder comunicativo*. Éste es el poder que surge de las convicciones compartidas por la comunidad. El concepto de poder administrativo designa únicamente la génesis del poder político, no así el proceso del ejercicio y utilización del poder ya constituido.<sup>1888</sup>

En efecto, para Habermas, lo propio del Estado de Derecho es que en él todo poder político se divide en *poder comunicativo* y *poder administrativo*.<sup>1889</sup> El primero de ellos es la fuente del Derecho legítimo, y este Derecho es a su vez el medio en cual el poder comunicativo se transforma legítimamente en administrativo. De allí se deriva que el Estado de Derecho puede ser entendido como el requerimiento que tiene el sistema administrativo de quedar vinculado al poder comunicativo creador del Derecho legítimo, como así también esta idea de Estado exige que se desvincule o libere del poder social constituido por la fuerza de intereses privilegiados.

De lo expuesto se deduce que el Estado de Derecho se resuelve en una serie de principios<sup>1890</sup> gracias a los cuales se garantiza que el Derecho legítimo se origine en el poder comunicativo y que éste último, gracias a la acción del Derecho legítimo, se convierta en poder administrativo.

Resulta de suma importancia el principio de la división entre el Estado y la sociedad, en virtud del cual se procura evitar que el poder social, sin filtro del poder comunicativo, se convierta directamente en poder administrativo. Se trata de una garantía jurídica que le confiere a cada cual la misma oportunidad de hacer uso de su Derecho de participar libremente en los procesos democráticos de formación de opinión y toma de decisiones.

Este principio, fomenta el desarrollo de la sociedad civil, a la cual corresponde la tarea de neutralizar la desigual distribución de las posiciones sociales de poder, y velar porque el poder social sólo entre en acción con miras a facilitar el ejercicio de la autonomía pública de los ciudadanos, nunca a limitarla.<sup>1891</sup>

Habermas privilegia la capacidad del poder comunicativo, al presentarlo como la clave para el surgimiento de un verdadero Estado de Derecho. *Sin poder comunicativo la creación del Derecho deja de ser legítima y el poder administrativo no se encuentra limitado por el Derecho, sino que, por el contrario, al dejar de ser un medio de control, se convierte en su instrumento: "sin poder comunicativo, el Derecho pasa a ser un instrumento al servicio de los más variados fines políticos; fines políticos que, sin el filtro del poder comunicativo, tienden a coincidir pura y simplemente*

---

<sup>1888</sup> Habermas, J., *Conciencia moral y acción comunicativa*, (trad. García Cotarelo), Península, Barcelona, 1991, págs. 85 ss.

<sup>1889</sup> Habermas, J., *Facticidad y validez*, op. cit., págs. 116 ss.

<sup>1890</sup> Según Habermas, ibídem, pág. 240 ss., los principios que definen al Estado de Derecho son los siguientes: el principio de soberanía popular; el de la protección jurídica del individuo; el principio de legalidad; y el principio de la separación entre el Estado y la sociedad.

<sup>1891</sup> Zaffaroni, E.R., /Alagia, A., /Slokar, A., *Derecho Penal. Parte general*, op.cit., pág. 360.

con los intereses de aquellos que ostentan posiciones de poder social. En una palabra, sin el poder comunicativo, el Derecho se convierte en una tecnología social”.<sup>1892</sup>

### 5.5. Los alcances de la “ética del discurso” en el Derecho penal

El devenir flexible del Derecho deja por fuera cuestiones de legitimidad, la ley se vuelve una táctica de gestión del gobierno biopolítico que opera en la excepción permanente. Por este motivo, frente a la asimilación entre facticidad y validez que produce la política punitiva del enemigo que ha sido dogmáticamente sistematizada por Jakobs, encontramos pertinente estudiar las hipótesis de Habermas y comprobar si, de alguna manera, podrían ayudarnos a la hora de habitar el espacio de la legitimidad en el Estado postmoderno.

En este sentido, decidimos retomar de las hipótesis habermasianas su renuncia a los procesos de carácter monológico, porque en principio, brinda el espacio político donde puedan ser considerados todos los intereses *conflictivos* que se hallan en el campo de juego. El principio de la *adopción de la perspectiva del otro se traduce en el proceso de argumentación*, donde no se trata de situarse materialmente en el lugar del otro, sino de reconocerse recíprocamente como personas capaces de tomar libremente posición con relación a un problema dado.

La ética del discurso habermasiana distingue entre motivos particulares<sup>1893</sup> y motivos racionales.<sup>1894</sup> Esta distinción permite concluir lo siguiente: *el Derecho debe asegurar la integridad del rol de partícipe, para evitar que alter y ego se vean reducidos a objetos del poder estatal o privado.*

Sin embargo, como acertadamente refiere Portilla Contreras, el planteamiento de Habermas de un consenso de matiz normativista lo acerca al funcionalismo “del que se distancia a su vez, al exigir, como referente, normas externas al Derecho que respondan al interés general, la existencia de democracia y el cumplimiento de ciertos Derechos fundamentales. En síntesis: el Derecho

---

<sup>1892</sup> Rivero Sánchez, M., *Episteme y Derecho..*, op. cit., pág. 92, donde el autor explica que el término de tecnología social surge de la clasificación que da Habermas a la teoría de los sistemas de Luhmann. Aquél pone de manifiesto que la función que cumple la tecnología social es la de legitimar el dominio político y legal. Dicha función la lleva a cabo la tecnología social usurpando el lugar que le correspondería al discurso sobre cuestiones prácticas no susceptibles de ser abordadas con criterios de verdad, allí donde todavía no se ha acabado con la ilusión de la realización de la razón práctica y las tendencias democráticas. Es una especie de conciencia tecnocrática que permite definir los problemas prácticos como si fueran meramente técnicos, a fin de sustraerlos del ámbito de una discusión pública y libre.

<sup>1893</sup> Son los que le permiten a *ego* determinar su voluntad, sólo a condición de que *alter* sea excluido del rol de partícipe en la configuración del discurso sobre la determinación de su voluntad. Como consecuencia de ello, *alter* pierde su libertad de tomar posición y se ve obligado a determinarse por los motivos de *ego* sin pronunciarse sobre su validez.

<sup>1894</sup> Estos son motivos convincentes y con carácter generalizable. En la medida en que *ego* se determine por motivos racionales reconoce el rol virtual de *alter* como partícipe de un discurso sobre las pretensiones de validez. Sólo cuando *ego* se determina por esta clase de motivos respeta la libertad de *alter* para tomar posición respecto de los motivos.

adquiere el carácter de racional cuando asume el reconocimiento de los Derechos humanos positivizados constitucionalmente y la exigencia del carácter democrático del gobierno.”<sup>1895</sup> Así las cosas, esta teoría no termina de romper con las relaciones de poder que se determinan en tanto productoras de alteridad como espacio de creación de un consenso que también puede excluir de la “universalidad.”<sup>1896</sup>

Teniendo en cuenta la crítica expuesta, en los epígrafes que siguen se expondrán las teorizaciones que se han hecho en nuestra disciplina a partir de conceptos habermasianos.

### **5.5.a. Postura de Günther. La integridad de la condición de partícipe de las interacciones sociales**

Uno de los autores que ha intentado adaptar los términos acuñados por Habermas al discurso del Derecho penal es Günther,<sup>1897</sup> para quien la ética del discurso brinda al Derecho penal una nueva función, pues éste deberá cumplir la misión de proteger los aspectos fundamentales del rol de partícipe. Por lo tanto, la intervención del Derecho penal resulta legítima en la medida en que se limite a asegurar la integridad del rol de partícipe en las interacciones.<sup>1898</sup> Ahora bien, cuáles sean estos Derechos y frente a qué tipo de ataques deben ser tutelados jurídicamente son decisiones que corresponden al legislador.

Para el autor, al vincularse los Derechos de la persona a procesos de comunicación, la subjetividad individual se convierte en intersubjetividad. Con ello cobra relevancia la distinción habermasiana del Estado y la sociedad, donde

---

<sup>1895</sup> Cfr. *El Derecho penal entre el cosmopolitismo...*, op.cit., pág. 282, donde el autor continúa su crítica afirmando que “sin embargo, esta relación entre Derechos fundamentales y discurso democrático se presenta *prima facie* como un círculo vicioso, pues toda nueva codificación, institucionalización o concreción de Derechos fundamentales en el discurso democrático operará, necesariamente, sobre la base de codificaciones, institucionalizaciones ya existentes.”

<sup>1896</sup> *Ibidem*, pág. 287.

<sup>1897</sup> En “*Möglichkeiten einer diskursethischen Begründung des Strafrechts*”, en Jung, H./Müller-Dietz, H./Neumann, U., *Recht und Moral. Beiträge zu einer Standortbestimmung*, Nomos, Baden-Baden, 1991, pág. 211, citado por Soto Navarro, S., *La protección de los bienes colectivos...*, op.cit., pág. 45.

<sup>1898</sup> Para este autor la teoría del bien jurídico deja sin respuesta la pregunta de cuáles son las expectativas que cabe calificar como justas y dignas de ser coactivamente estabilizadas. Por ello la ética del discurso considera que resulta más adecuado referir la tarea del Derecho penal a aquellas condiciones bajo las cuales los partícipes puedan entenderse normativamente. Dentro de esta lógica, sólo los Derechos subjetivos que se relacionan, posibilitan y hacen efectivo el rol de partícipe deben ser objeto de protección penal. Esto encuentra explicación en el carácter intersubjetivo de la subjetividad. En este contexto, la conciencia individual se origina en interacciones sociales que le permitan a la persona ganar un entendimiento propio a través de la adopción de la perspectiva ajena. Rivero Sánchez, *Episteme y Derecho*, op.cit., pág. 270.

la autonomía individual y la intersubjetividad no se excluyen, sino que se presuponen mutuamente.<sup>1899</sup>

Otra de las consecuencias que el autor extrae de la ética del discurso es que el Derecho penal no debe asumir sin más los conceptos de la moral. De allí que los conceptos jurídico-penales de imputación deberán ser siempre explicados desde la perspectiva del rol de partícipe. Para que el Derecho penal pueda cumplir su función de proteger los Derechos subjetivos de las lesiones que tengan la capacidad de poner en cuestión las relaciones vitales comunicativas, no debe de ninguna manera recurrir a medios que excluyan la perspectiva de los partícipes en las interacciones – que constituye la esencia de los procesos comunicativos.<sup>1900</sup>

El espacio de deliberación pública de la ilustración es retomada por esta teoría al momento de establecer que el bien común sólo podrá determinarse en un medio en el que se haga efectivo el principio de soberanía popular, mediante un proceso de entendimiento, de interacción, guiado por pretensiones de validez intersubjetivas.

El reconocimiento de los espacios de autonomía debe ir de la mano del establecimiento de las condiciones que permitan la participación del otro. Porque un Derecho penal que contribuya a mantener la autonomía como precondition de la integración social, no puede negar el Derecho a la diferencia. Pues donde no hay diferencia el discurso se agota en instancias monológicas de producción de consenso.<sup>1901</sup>

Por su parte, Kindhäuser da cuenta de la elaboración de Günther para confeccionar una teoría del bien jurídico. Partiendo de estos postulados entiende que el Derecho penal en una sociedad democrática consiste en el desarrollo de espacios libres personales que permitan la integración social y, por ello, serán bienes jurídicos las condiciones orientadas al acuerdo sobre una integración social y jurídica, esto es, deben protegerse aquellos bienes sobre los que se cimienta la interacción social.<sup>1902</sup> Por ello lo que se protege son los bienes comprendidos en los procesos jurídico-sociales, y no los individuos considerados aisladamente; en este sentido, Kindhäuser, al hacer referencia a un plano procesal apela a la protección de la “seguridad” del entorno para que ello sea posible. En

---

<sup>1899</sup> Cfr. Soto Navarro, S., *La protección penal de los bienes colectivos en la sociedad moderna*, op. cit., pág. 79.

<sup>1900</sup> Rivero Sánchez, M., *Episteme y Derecho*, op.cit., pág. 271 ss.

<sup>1901</sup> Cfr. Alcácer Guirao, R., “Prevención y garantías. Conflicto y síntesis”, *Doxa*, 25, 2000, págs. 167-171, quien parece acercarse a los términos de Günther, al momento de referirse a la culpabilidad de un Derecho penal democrático; ya que en la medida en que este orden social está conformado por comunicaciones personales, no puede prescindir de la idea de culpabilidad; en cuanto el núcleo de su conformación teórica e ideológica se halla en la idea de responsabilidad personal como correlato de la libertad individual.

<sup>1902</sup> Kindhäuser, “*Rationaler Rechtsgüterschutz durch Verletzungs- und Gefährdungsverbote*” en *Aufgeklärte Kriminalpolitik oder Kampf gegen das Böse?*, Band I, 1998, págs. 264-265, citado por Portilla Contreras, G., *El Derecho penal entre.....*, op.cit., págs. 275-276.

este sentido, el autor emprende la búsqueda de respuestas al problema de la culpabilidad material mediante una composición integrada de funcionalismo jakobsiano y de liberalismo racional de Habermas, ya que considera que ambas perspectivas son insuficientes. Así las cosas, la culpabilidad material supone un déficit de lealtad comunicativa, concibiendo al Derecho como productor de una autonomía comunicativa del ciudadano en el marco de un Estado democrático.<sup>1903</sup>

### 5.5.b. Críticas a la teoría del discurso en el ámbito del Derecho penal

Soto Navarro, critica a Günther, porque este enfoque, en su intento de trasladar los conceptos de la teoría del discurso de Habermas al ámbito de la teoría de la incriminación, tiende a identificar los Derechos fundamentales y los contenidos penalmente tutelables, alejándose así de Habermas quien deja sentado que las posibilidades de un discurso racional no se agotan en la Constitución positiva del Estado, ya que no puede ser considerada como un acuerdo intemporalmente clausurado a ulteriores modificaciones.<sup>1904</sup> La autora considera que del criterio democrático podría extraerse, al menos, el principio de *"in dubio pro libertate"* como directriz general en la determinación político criminal del merecimiento de pena.<sup>1905</sup>

Esto concuerda con la noción dinámica de la democracia adoptada por nosotros, por medio de la cual quedan sujetas a permanente reevaluación las medidas adoptadas, puestas en cuestión toda vez que son fruto de los procesos de empoderamiento, de las luchas por el reconocimiento de los derechos.

Otra de las críticas que recibe no sólo la teoría de Günther, sino en general la ética del discurso, es que no siempre es clara su división con la moral, donde el Derecho penal jamás podría fundamentarse en ella, si pretende ser democrático y de Derecho. Sin embargo, entendemos que la teoría del discurso no pretende fijar contenidos morales, sino que se limita a postular las condiciones procedimentales bajo las cuales los miembros autónomos pueden hacer uso de esa autonomía a fin de reconocer la validez de una norma, excluyendo de antemano la determinación apriorística de principios materiales legitimadores.<sup>1906</sup>

Es por ello que, como señala Rivero Sánchez, en la medida en que se asegure a una comunidad el Derecho a autorregularse, en ese momento se reconoce su existencia, deja de estar silenciada y con la desaparición de su

---

<sup>1903</sup> Kindhäuser, U., *"Retribución de la culpabilidad y prevención en el Estado democrático...."*, op.cit., págs. 147 ss.

<sup>1904</sup> Sternberg-Lieben, D., *"Bien jurídico, proporcionalidad y libertad del legislador penal"*, op.cit., págs. 120 ss.; Seher, G., *"La legitimación de normas penales basadas en principios..."*, op.cit., págs. 77 ss.

<sup>1905</sup> Soto Navarro, S., *La protección penal de los bienes jurídicos colectivos....*, op.cit., pág. 47 y nota 154.

<sup>1906</sup> Nino, C.S., *"La constitución de la democracia deliberativa"*, op. cit., págs. 75.

silencio el discurso le otorga el lugar de *sujeto*.<sup>1907</sup> El *sujeto productor de Derecho*. Ello debido a que un Estado de Derecho democrático y social, que tiene bajo sus premisas la de promover la libertad e igualdad materiales, de modo que todos los ciudadanos puedan participar efectivamente en las decisiones colectivas, ha de reaccionar por necesidad frente a las conductas que impiden o dificultan gravemente los procesos de interacción social en condiciones no discriminatorias.

Con todo, la exigencia de una motivación racional de las normas propuesta por la ética del discurso conlleva la constante revisión del Derecho, lo cual convierte a la legitimidad en un elemento insoslayable del orden político. La teoría de Habermas, al menos, habilita un espacio para poner en cuestión el ejercicio del poder, alejándose del funcionalismo y la protección inmutable del *status quo*.<sup>1908</sup>

Una vez efectuada la crítica de aquellas tesis que se pretenden neutrales y aspiran a la fijación de criterios intemporales, que degradan las cuestiones de la legitimidad de las normas penales, los próximos epígrafes están dedicados a estudiar los distintos autores que han desarrollado cuestiones relativas a la legitimidad de las normas penales, sus ámbitos de protección, las cuestiones relativas a la culpabilidad, y a los fines y funciones de la pena. Los elementos de análisis expuestos por ellas nos acercarán líneas de pensamiento por donde podremos empezar a deconstruir el significado acotado de seguridad que reproducen los programas político-criminales “oficiales” actuales, en busca de espacios de legitimación de la nueva soberanía, que determinan el “nuevo” estatuto de la ley penal.

### 5.5.c. La propuesta de Feijóo Sánchez

Feijóo Sánchez llama la atención respecto de las características de la vinculación jurídica establecida entre el orden social y el sistema jurídico, porque desde allí la ciencia del Derecho penal podrá desarrollar un concepto normativo de culpabilidad basado en el reconocimiento, es decir, en la intersubjetividad.

Su propuesta consiste en buscar un camino intermedio entre una “teoría de sujetos sin orden social y de sistema social sin sujeto”<sup>1909</sup> para desarrollar una teoría adecuada del Derecho penal, ello para intentar resolver el fundamento de la culpabilidad. En este sentido, su propuesta reside en la opción por una teoría de la intersubjetividad que parta de la idea de que “la individuación se constituye mediante la socialización y que subjetividad e intersubjetividad son fenómenos paralelos.”<sup>1910</sup>

---

<sup>1907</sup> Rivero Sánchez, M., *Episteme y Derecho*, op.cit., pág. 277.

<sup>1908</sup> En el mismo sentido, Portilla Contreras, G., *El Derecho penal entre...*, op.cit., pág. 288.

<sup>1909</sup> Feijóo Sánchez, B., “*La normativización...*”, op.cit., pág. 525.

<sup>1910</sup> Aclara el autor que a diferencia de Habermas y Honneth, que pretenden analizar la infraestructura moral de interacciones con un carácter universalista o idealista, él pretende retomar ciertas ideas de Hegel y Mead para interpelar la estructura jurídica vigente sobre la que



En este sentido, Feijóo parte de que la perspectiva relevante es la imputación que produce el sistema atribuyendo determinado significado a la comunicación, afirmando que “la culpabilidad es una adscripción que se hace exclusivamente desde la perspectiva del orden social.”<sup>1911</sup> Por ello lo que interesa es plantear como tema esencial la forma en que están definidos por el sistema jurídico y constitucional los vínculos normativos, porque de otro modo, ante la preeminencia de una concepción de los individuos como partes o elementos de la sociedad, sólo encontraríamos un desmesurado requerimiento de prevención, lo cual nos libraría de justificar el por qué de una pena.<sup>1912</sup>

La cuestión no resuelta reside en la referencia unívoca a *necesidades preventivas* para fundar la delimitación de una tal definición social. Porque “sólo se puede reaccionar contrafacticamente contra la comunicación lesiva para la norma allí donde existe responsabilidad,”<sup>1913</sup> la pregunta entonces es si es necesario estabilizar la norma porque no toma en cuenta la vinculación entre sujetos y orden social, es decir, cuestionar la vinculación establecida en un determinado sistema entre estos dos elementos. El interrogante es inoperante en tanto no se analicen las características de un orden normativo, porque el concepto de persona -que se plasma en el ordenamiento jurídico- es un principio organizativo que el sistema le otorga al sujeto; por lo tanto, este problema sólo puede resolverse a partir de una referencia ineludible a las características de un determinado orden social y político.

Para Feijóo no es falaz sostener un concepto normativo de persona y mantener posturas liberales, ello porque lo que realmente tiene relevancia son las opciones valorativas y axiológicas de una determinada sociedad, la Constitución (Art. 1 CE). Aquella excluye la posibilidad de ciertos programas político-criminales, es decir, en el marco institucional brindado por la Constitución sólo puede esperarse un reconocimiento externo, y no ya fidelidades o “seguridad cognitiva.”

En este sentido, Feijóo pone de manifiesto que “en un sistema de libertades el ciudadano tiene libertad para decidir si se comporta de acuerdo a la norma y cuáles son las razones por las que lo hace”; ello en tanto que “la obligación jurídica esencial no consiste en ser fiel a la norma, sino en evitar no reconocerla mediante una acción que la infrinja... la pena sólo se puede imponer al que manifiesta o comunica una falta de reconocimiento de la norma a través de una acción que la infringe. Es preciso, en definitiva, construir un concepto de

---

se sustentan los juicios de culpabilidad, dejando de lado referencias morales o éticas para una teoría de la imputación penal, *ibidem*, nota 296, pág. 532.

<sup>1911</sup> *Ibidem*, pág. 537.

<sup>1912</sup> Aquí se hace referencia a la preponderancia y radicalización de los elementos preventivos en la teoría de Jakobs, al momento en que adjudica a la culpabilidad los requerimientos de la prevención para el mantenimiento de estabilización del sistema, en tanto que el mismo no disponga de una alternativa funcional para aquella tarea, *ibidem*, pág. 539.

<sup>1913</sup> *Ibidem*, pág. 540.

culpabilidad a partir de una vinculación democrática del individuo con el ordenamiento jurídico como un asunto puramente particular.”<sup>1914</sup>

En contra de la pretendida ruptura epistemológica que produce Jakobs entre la dogmática y la política criminal, la propuesta de Feijóo Sánchez versa en la construcción de una teoría normativa e intersubjetiva del Derecho penal, es decir, una teoría comunicativa en un sentido diferente a la funcional, una alternativa a las teorías sistémicas. Dicha teoría se debe desarrollar mediante una cooperación con las ciencias sociales.

De conformidad con lo apuntado, los puntos de coincidencia entre la teoría sistémica y las teorías discursivas para una teoría del Derecho penal se sustentan en:

1) su visión más o menos constructivista de la realidad, que desde la perspectiva de la teoría del Derecho significa que el Derecho construye su propia realidad sin necesidad de defender un concepto autopoietico. Ello supone un respaldo teórico importante para mantener una teoría normativa del Derecho penal;

2) su metodología no individualista. Desde el punto de vista de la teoría del Derecho ambas perspectivas comparten una visión institucional del Derecho orientada sociológicamente. Pasan a un primer plano discursos basados en la intersubjetividad o en la comunicación. De esta manera se alejan de perspectivas metodológicas como las del actor subjetivamente racional, de la elección racional o de la teoría del análisis económico del Derecho. Las teorías más recientes de la sociedad han radicalizado la noción de lo social, frente al individualismo metodológico que reduce todo el fenómeno colectivo a las acciones intencionales de los individuos, entendiendo que delito y pena, como fenómenos sociales, son procesos comunicativos.<sup>1915</sup>

#### **5.5.d. El “principio democrático” de Díez Ripollés**

Díez Ripollés, al momento de adaptar la teoría consensual de Habermas como principio de legitimación del orden social constitucionalmente establecido, sostiene que el criterio democrático se ha de traducir, desde el momento en que surgen controversias a la hora de tomar una decisión político criminal, en la remisión a la opinión de las mayorías, las cuales no deben confundirse con cualesquiera estados de acuerdo, sino que deben ser opiniones compartidas de manera generalizada y con persistencia notable.<sup>1916</sup>

Sin embargo, y aún partiendo de los defectos de capacidad discursiva del actual debate público sobre cuestiones sociales fundamentales, el autor resalta que esto no debe sino animar a la elaboración de un modelo decisional que

---

<sup>1914</sup> *Ibidem*, pág. 544.

<sup>1915</sup> Cfr. Müssig, B., “Desmaterialización del bien jurídico y de la política criminal”, *op. cit.*, *pássim*.

<sup>1916</sup> Díez Ripollés, J.L., *La racionalidad de las leyes penales*, *op. cit.*, págs. 165 ss.

potencie las cualidades del criterio democrático, sin perjuicio de su necesaria complementación con pareceres expertos, a los que corresponderá el desarrollo de los aspectos más técnicos, pero sólo una vez que el debate colectivo haya legitimado una decisión político criminal en sus rasgos nucleares.<sup>1917</sup>

La búsqueda de criterios de racionalidad de la política criminal requiere no sólo la legitimación de los instrumentos sino de los objetivos mismos, puesto que en ello va implícita la pregunta por la legitimidad de la intervención.<sup>1918</sup> Debe tomarse en cuenta que la definición de fines y la adopción de los medios adecuados para obtenerlos dentro de una sociedad democrática requiere de procedimientos en los que todos tengan la posibilidad de participar con garantías, considerando además que, tanto los fines como los medios, en el marco de Estado de Derecho, están subordinados a la norma fundamental que es la que fija las reglas a que hay que atenerse, y además prescribe los procedimientos que deben seguirse para su modificación.<sup>1919</sup>

Puesto que el objetivo final es determinar si una proposición se ajusta materialmente al conjunto del ordenamiento jurídico, partiendo de la consideración del sistema de Derecho como obra de un legislador racional, y por lo tanto donde las normas y decisiones son coherentes con unos valores y fines comunes. Por esto, preguntarse por las consecuencias implica que previamente deba señalarse un objetivo como valioso, lo que se resuelve muchas veces en un argumento sistemático o de consistencia, pues debe indicarse cuál es la norma que tiene mayor “validez” en relación con otros enunciados normativos.

Los principios sirven en la mayoría de los casos para explicar los efectos que la proclamación del Estado de Derecho conlleva. En este sentido, puede afirmarse que los principios tienen la cualidad de ser “argumentativos” en función de que sirven de orientadores sistemáticos y dadores de legitimidad.<sup>1920</sup> Porque en el Estado de Derecho no es suficiente cualquier justificación para la norma penal, pues el Estado no puede escoger por su cuenta los valores y normas de integración.<sup>1921</sup>

### 5.5.e. “El método democrático” de Donini

---

<sup>1917</sup> *Ibíd.*, en especial págs. 169-170.

<sup>1918</sup> Véase, entre otros, Naucke, W., “*La filosofía social del Derecho penal orientado a las consecuencias*”, en Mir Puig, S., (ed.), *Derecho penal y ciencias sociales*, Bosch, Barcelona, 1982.

<sup>1919</sup> Véase Mac Cormick, N., “*Coacción y Derecho*”, en Cormick, N., *Derecho legal y socialdemocracia. Ensayos sobre política y jurídica*, Tecnos, Madrid, 1990.

<sup>1920</sup> Terradillos Basoco, J., “*Constitución y Ley penal. La imposible convergencia*”, en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, núm. 11, monográfico, 1986, págs. 123 ss.

<sup>1921</sup> Nino, C.S., *La constitución de la democracia deliberativa*, op.cit., págs. 70 ss., donde otorga a la Constitución el carácter de instrumento que hace posible la democracia, partiendo de tres principios básicos morales: la igualdad, la autonomía y la dignidad de la persona.

Donini<sup>1922</sup> intenta explicar porqué las carencias históricas del método del legislador (irracional, sometido a la búsqueda de consenso social y sobre todo electoral, entre otras) comprometen seriamente -ya desde su origen- su relación fisiológica y positiva con la política. Asimismo entiende que la relación atormentada con la política se debe a que *“ninguna rama del Derecho tiene tanto que ver con la irracionalidad como el Derecho penal: el Derecho penal disciplina comportamientos irracionales y previene reacciones irracionales.”*<sup>1923</sup>

El autor propone un “método democrático” de orientación “real” a las consecuencias, esto implicaría una apertura mayor a la realidad, que se traduciría en un mayor compromiso de los argumentos y soluciones con el *output* de los efectos que de ellos se derivan. Al momento de reclamar un método democrático correcto tanto en relación a la ciencia como a la política penales no se refiere a *“la regla puramente procesal de la mayoría, sino a la información de la mayoría,”*<sup>1924</sup> ampliando, desde nuestro punto de vista, lo sostenido por Díez Ripollés, y de este modo permite destacar el papel del ciudadano en la producción de Derecho en ejercicio del *poder comunicativo*.<sup>1925</sup>

El profesor italiano presenta el principio de ofensividad como un ejemplo de dirección política, entendido en su máxima expresión como la “incriminación sólo de hechos lesivos o concretamente peligrosos respecto a bienes significativamente comparables con el sacrificio, al menos potencial, de la libertad.”<sup>1926</sup>

Este principio influye como meta en el plano legislativo o en el argumentativo a través de la exigencia de interpretación de la incriminación según el mismo, no ya respecto de la ofensividad de origen –esto es, la norma-, que no puede ser construida en vía jurisprudencial, sino como límite a la intervención penal, es decir, como principio de razón.

---

<sup>1922</sup> Donini, M., *“La relación entre Derecho penal y política: método democrático y método científico”*, en Arroyo Zapatero, L., Neumann, U., (dirs.), Nieto Martín, A., (coord.), *Crítica y justificación del Derecho penal en el cambio de siglo. El análisis crítico de la Escuela de Frankfurt*, op. cit., págs. 69-97.

<sup>1923</sup> *Ibidem*, pág. 71

<sup>1924</sup> *Ibidem*, pág. 89.

<sup>1925</sup> Véase *supra* 5.5.

<sup>1926</sup> De allí que, para Donini, definir el bien jurídico representa una tarea de carácter negativo, lo cual expresa la imposibilidad de proteger valores morales o la desobediencia. Porque para punir un hecho el bien jurídico interviene como criterio de legitimación negativa en una relación inicial entre la conducta por reprimir y prevenir y un bien asumido como objeto de tutela ante la ofensa de la cual se deba defender. El principio de ofensividad, si bien no encuentra una plasmación constitucional, se considera argumentativo y en todo caso el momento en que se puede llegar a resaltar el mismo coincide con la aplicación de la norma. Para el autor, los bienes jurídicos como objeto de tutela se encuentran limitados por el principio de subsidiariedad, de acuerdo con los principios constitucionales. Partiendo de la premisa que el centro de la tutela jurídica debe ser la persona, aunque denomina a algunos bienes jurídicos ya “dados”, como aquellos “en contra de la administración pública”, como “intereses gestionados”, cfr. Donini, M., *“Selettività e paradigmi della teoria del reato”*, en *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, nueva serie, año XL, 1998, pág. 382 ss.

En consecuencia, el *principio de fragmentariedad*, entendido como la intervención penal sólo respecto a las ofensas más graves a los bienes jurídicos más importantes, ostenta dos implicaciones; por un lado, que está prohibida la analogía en cuanto desigualdad en el tratamiento, y por el otro, la subordinación al *principio de estricta legalidad*, en conexión con el *principio de extrema ratio* y el de *prohibición de analogía*, aseguran la dimensión prescriptiva que se produce como consecuencia de la fragmentariedad.<sup>1927</sup>

## 5.6. ¿Consenso o tecnología social?

A lo largo del trabajo hemos intentado delimitar el espacio imperial que produce una forma específica de poder y, consecuentemente, genera una forma específica de Derecho y de saber. De conformidad con como lo entiende De Sousa Santos, “aunque las formas de poder, de Derecho y de conocimiento funcionan generalmente o como medio o como condición de ejercicio unas de otras, el modo como lo hacen puede ser más o menos compatible, y, por tanto, más o menos funcional, con respecto a la lógica de desarrollo de los diversos espacios estructurales.”<sup>1928</sup>

De este modo, los procesos particulares mediante los cuales logran articularse los distintos campos sociales concretos y las formas de Derecho que funcionan dentro de los límites institucionales de un determinado espacio estructural, al contrario de las formas de poder y de las de carácter epistemológico. En este sentido, lo relevante es que el Derecho territorial del Estado, es decir, el contenido de la ciudadanía, tiende a estar más difundida entre los espacios sociales que otra forma de Derecho; sin embargo, tiende a considerar el campo jurídico como exclusivamente suyo, recusando reconocer que su funcionamiento se integra en constelaciones más vastas. En consecuencia, el Derecho territorial es un campo jurídico con crecientes diversificaciones, no obstante aunque firmemente enraizado en las relaciones sociales concentradas alrededor del espacio de la ciudadanía funciona *como si* estuviese desligado de cualquier contexto específico, con una movilidad infinita diseminándose por los espacios sociales.<sup>1929</sup>

En la actualidad, aquella movilidad señalada por De Sousa Santos debe ser analizada a partir de la flexibilización sufrida por el Derecho en el espacio fluido de la soberanía imperial, ello en cuanto revela, en el ámbito de la tecnología social, una acción que deja de ser comunicativa, para devenir estratégica, esto es,

---

<sup>1927</sup> Donini, M., “*Il volto attuale dell’illecito penale*”, en Pérez Álvarez, F., (ed.), *Serta. In memoriam Alexandri Baratta*, op.cit., págs. 1227-1285; en especial, págs. 1272 y 1283.

<sup>1928</sup> De Sousa Santos, B., *Crítica de la razón indolente...*, op.cit., pág. 331.

<sup>1929</sup> *Ibidem*.

monológica, orientada por una temporalidad táctica que da lugar al Derecho flexible como condición de posibilidad de una gestión eficaz.

Siguiendo a Rivero Sánchez puede considerarse que “una tecnología social es 1) un discurso, 2) en el que se produce y re-produce un determinado tipo de saber 3) que pone al servicio del mantenimiento del orden social existente 4) sobre la base de consideraciones estratégico-instrumentales y, por tanto, dominadas por intereses concretos y determinados; 5) orden al cual persigue legitimar por medio de un mecanismo que excluye tanto 6) la tematización y problematización pública de las cuestiones prácticas (lo que conduce al desarrollo de una conciencia tecnocrática que permite definir los problemas prácticos como si fueran meramente técnicos a fin de sustraerlos del ámbito de una pública y libre discusión), 7) como también el esclarecimiento discursivo de las teóricas.”<sup>1930</sup>

El tránsito hacia la conversión del discurso en tecnología social es un fenómeno que puede ser observado en todas las áreas del Derecho. Este camino tiene como punto de partida la positivización del Derecho; de otro modo, cuando el fundamento de las normas se basaba en la razón, en Dios, éstas estaban dotadas de un carácter no disponible para los humanos, por el contrario eran dadas de una vez y para siempre. Con la positivización la norma jurídica pierde su carácter necesario para devenir contingente.<sup>1931</sup>

Asimismo, esta forma de poder opera mediante la creación de alteridad, de la agregación de identidad y del ejercicio de la diferencia con base en criterios más o menos deterministas. Esta forma de poder se expresa esencialmente en el poder definir al Otro; si bien esta forma es típica de procesos de colonialismo y explotación, actualmente la transición paradigmática a la que asisten nuestros ordenamientos jurídicos nos enfrenta a la necesidad de adecuar los instrumentos analíticos a fin de percibir las “nuevas” y “viejas” formas de poder, tales como la explotación de los trabajadores migrantes clandestinos, la distribución social de grupos minoritarios por mercados de trabajo especialmente degradados y flexibilizados, el vaciamiento de los derechos sociales y la adscripción de un concepto privado de Derecho del que sólo tendencialmente pueden disfrutar quienes participan en el mercado de consumo.

No bastan, por lo dicho, las supuestas razones de eficacia instrumental con fines de verificar la racionalidad. El Estado de ninguna manera puede responder al delito con el delito, a la violación de la ley por el delincuente con la violación de la ley por parte del gobernante o cualquiera de sus representantes, alegando una supuesta eficacia; si así ocurriera se convertiría en un Estado delincuente.<sup>1932</sup>

---

<sup>1930</sup> Rivero Sánchez, M., *Episteme y Derecho...*, op.cit., pág. 96.

<sup>1931</sup> Véase *supra* 4.13; 4.14.

<sup>1932</sup> Díaz, E., “Estado de Derecho y legitimidad democrática”, en Díaz, E.; /Colomer, J.L., (eds.), *Estado, justicia y Derechos*, op.cit., págs. 83-84.

Sin embargo, todo lo anterior encuentra legitimación en un sistema legal que, tanto a nivel internacional como local, se pliega a los requerimientos del nuevo “orden mundial”. A nivel internacional se produce el proceso de resquebrajamiento de los principios clásicos (soberanía, independencia de los Estados, principio de no intervención.) En su lugar se postula una nueva legalidad internacional guiada por principios alternativos y, a veces, antagónicos con los anteriores. La nueva legalidad internacional está dominada por el imperio de la fuerza en los asuntos mundiales.<sup>1933</sup>

A nivel interno se observa un proceso de adaptación de las instituciones jurídicas de los Estados para ponerlas al servicio de los nuevos imperativos mundiales. Este deseo de acabar con los principios básicos y garantías propias de un Estado social y democrático de Derecho, todo en aras de la persecución de fines específicos, como pueden ser “acabar con la criminalidad”, “dar seguridad a la ciudadanía”, “defensa del nuevo orden mundial”, “control de los flujos migratorios”, acaba por reforzar la plataforma sobre la que se construye el nuevo modelo del Derecho penal, a saber, el modelo de un *Derecho penal administrativizado y eficaz*,<sup>1934</sup> lo que lo convierte en *instrumentalizado y simbólico*.<sup>1935</sup>

Frente a este panorama, el dogmático no puede contentarse con asumir una postura “neutral”, pues no es sólo irrealizable sino altamente discutible.<sup>1936</sup> Porque la decisión metodológica de prescindir de cuestiones de legitimidad, es decir, expulsar del ámbito de la ciencia del Derecho penal cuestiones de valoración y de racionalidad, resultará en una posición conservadora, como le sucede a Jakobs. Ello porque como pone de manifiesto Feijóo Sánchez “no suele existir una única solución funcional para la pervivencia de un sistema social o para mantener sus condiciones básicas, por lo que la teoría funcional ha omitido como tema a tratar que la elección de los instrumentos y de las estructuras de responsabilidad adecuados dentro de un determinado orden social tiene que ser una decisión de acuerdo a los valores y criterios de legitimidad de un determinado contexto normativo global (o constitucional si se prefiere).”<sup>1937</sup>

---

<sup>1933</sup> Chomsky, N., *Estados canallas. El imperio de la fuerza en los asuntos mundiales*, Paidós, Barcelona, 2004.

<sup>1934</sup> Mendoza Buergo, B., *El Derecho penal en la sociedad del riesgo*, op.cit., págs. 125 ss.

<sup>1935</sup> Véase *supra* 1.7, 1.8, 1.9.

<sup>1936</sup> Como explica Zaffaroni, E.R., *El enemigo en el Derecho penal...*, op.cit., pág. 169, de acuerdo con la función política del Derecho penal, es decir la doctrina penal como programadora de un ejercicio racional del poder jurídico, “éste nunca puede ser *neutro*, sino que siempre debe ser *parcial*, en el sentido de que en cualquier circunstancia debe fortalecer la contención de las pulsiones absolutistas, o sea debe estar siempre del lado del estado de Derecho. Como *teoría jurídica no puede separarse de la práctica sin grave riesgo de desequilibrio*, porque siempre está destinada a hacerse práctica, a orientar a la jurisprudencia; le está prohibido –*so pena* de perder su esencia- renunciar a su responsabilidad política en la dialéctica permanente de todo estado de Derecho histórico”.

<sup>1937</sup> Feijóo Sánchez, B., “*La normativización...*”, op.cit., pág. 482.

Es por ello que hemos denunciado a lo largo del trabajo las posturas epistemológicas que se pretenden neutrales, porque en este punto es donde radica para nosotros una decisión político-criminal fundamental -de la que ya había dado certera cuenta Baratta-, ya que “toda legislación deja al intérprete margen de opción política y de evaluación que constituyen el espacio de una alternativa hermenéutica, donde se pueden medir las diferencias entre una ciencia y una dogmática del Derecho objetivando el modelo tecnocrático y una ciencia y una técnica objetivando el modelo democrático. En el primer caso, prevalecerá el principio de la funcionalidad para el sistema de la sociedad constituida y una interpretación estática de la constitución formal favorable al mantenimiento del status quo de la Constitución material. En el segundo caso, por el contrario prevalecerá una interpretación dinámica de la Constitución y del sistema de los Derechos humanos, como horizonte hermenéutico para una correcta aplicación de la ley.”<sup>1938</sup>

En el intento efectuado por la doctrina para compatibilizar cuestiones teleológico-valorativas, se pretende la evaluación y síntesis entre racionalidad funcional y racionalidad valorativa, una interpretación comprometida con los procesos de poder y control penal, ha construido una corriente epistemológica cuya propuesta consiste en un método teleológico-valorativo que aunaría elementos de una lógica instrumental con criterios valorativos.<sup>1939</sup>

---

<sup>1938</sup>Ibidem, pág. 487. El autor continua, “el dogmático no tiene más remedio que tomar una decisión esencial: o desarrolla su labor en el marco de un sistema político y social con unos mínimos criterios de legitimidad o debe renunciar a plantearse la cuestión de los fines o funciones legítimos de la pena o del Derecho penal en el marco de dicho orden social ya que la legitimidad sólo es posible optando por un orden social alternativo... en la necesaria referencia interna a los criterios de legitimidad de un determinado orden social es donde creo que debe marcar la doctrina jurídico-penal una de las diferencias básicas con la teoría funcional en la medida que considero que en este punto es donde se encuentra gran parte de la radicalización de la racionalidad funcional que ha venido caracterizando a Jakobs y alguno de sus discípulos y que le ha granjeado los calificativos de sociologista o tecnocrática.”

<sup>1939</sup> La normativización dentro de la ciencia del Derecho penal implica un punto de partida metodológico que no tiene en cuenta las fundamentaciones de tipo ontológico o trascendental, de acuerdo con el que se entiende que las reglas no están predeterminadas al Derecho penal, sino que son creadas autónomamente por sí mismas, son construcciones sociales. En este sentido, Roxin desde la década del 70 busca la interpenetración en las categorías jurídicas del delito de los fines político criminales. La impronta dejada por la contemplación la teleología y los valores, el desanclaje de lo ontológico, ha permitido la creciente normativización, como una cuestión metodológica fundamental para la delimitación del horizonte de proyección de nuestra ciencia. Feijóo Sánchez, B., “La normativización...”, op.cit., pág. 472, señala que lo que caracteriza la teoría normativa de Jakobs es que ésta sólo tiene como referente lo que la pena y cada insitución del Derecho penal (paradigmáticamente la culpabilidad) aportan funcionalmente al sistema – presuponiendo que el orden social que pretende mantener la pena tiene algún tipo de valor en la medida en la que se trata de una sociedad que funcione – a diferencia de la doctrina dominante que en su análisis introduce elementos valorativos sobre cuáles deberían ser los fines político-criminales a perseguir con el Derecho penal. Feijóo Sánchez denomina como “esquizofrenia teórica” los postulados de binomios ordenadores, tales como prevención/culpabilidad,



En este sentido, partimos desde la concepción político-criminal en la cual el delito deberá configurarse a partir de los fines de contención de la potencia punitiva asignados al Derecho penal. De acuerdo con Portilla Contreras “como consecuencia de la adopción de valores que responden a las necesidades e intereses de carácter dinámico no sólo se excluirían los bienes de signo exclusivamente moral, sino también las abstracciones conceptuales como aquellas que no respetan los criterios de libertad personal, la autorrealización, o las que posibilitan la perpetuación de la desigualdad.”<sup>1940</sup>

### **5.7. El bien jurídico como ágora: El carácter democrático - valorativo de la política criminal**

Habiendo desacreditado el carácter neutral de la política criminal y del Derecho penal,<sup>1941</sup> en este apartado emprenderemos el análisis de las cuestiones valorativas ínsitas en cualquier decisión respecto de la selección de los contenidos de las normas penales.<sup>1942</sup> La política criminal está conformada por decisiones valorativas<sup>1943</sup> que, con el fin de la obtención y realización de criterios directivos en el ámbito del control social, está abocada a la elaboración de los criterios a tener en cuenta a la hora de adoptar decisiones en el ámbito del Derecho penal.<sup>1944</sup>

Según la opinión de Mir Puig<sup>1945</sup>, la intervención del Estado no debe confundirse con el fomento de una actividad represiva del mismo que vaya más allá de lo absolutamente necesario para la protección del ciudadano. A este principio se opondría, en su opinión, la actual tendencia a la ampliación del Derecho penal, máxime cuando es provocada en buena medida por políticas

---

prevención/garantismo, utilidad/validez, racionalidad instrumental/racionalidad valorativa o el más frecuentemente postulado de eficacia/garantismo.

<sup>1940</sup> Portilla Contreras, G., *El Derecho penal entre...*, op.cit., pág. 369.

<sup>1941</sup> Véase *supra* 5.2.a., 5.2.b, 5.2.c.

<sup>1942</sup> En este sentido explica Ferrajoli, *Derecho y razón*, op.cit., págs. 471 ss., como el problema político o externo del bien jurídico es esencial para no caer en *formas más o menos enmascaradas de legalismo ético*. Para ello propone cuatro criterios para una política criminal orientada a la tutela máxima de bienes con el mínimo necesario de prohibiciones y castigos. El primero y más importante es el criterio de justificar las prohibiciones sólo cuando se dirigen a impedir ataques concretos a bienes fundamentales de tipo individual o social, completando la vaguedad del mismo, afirmando que ningún bien justifica su protección penal –en lugar de una de carácter administrativo o civil-, si su valor no es mayor que el de los bienes de que priva la pena. Además introduce un criterio axiológico que establece que las prohibiciones no sólo deben estar “dirigidas” a la tutela de bienes jurídicos, sino que además deberán ser “idóneas”. De allí que “una política penal de tutela de bienes tiene justificación y fiabilidad sólo cuando es subsidiaria de una política extrapenal de protección de los mismos bienes”, *ibidem*, pág. 473.

<sup>1943</sup> Zúñiga Rodríguez, L., *Política Criminal*, op.cit., págs. 37 ss.

<sup>1944</sup> Hormazábal Malarée, H., *Bien jurídico y Estado social y democrático de Derecho*, *El objeto protegido por la norma penal*, Editorial Jurídica Conosur, 2º Ed., Santiago de Chile, 1992, pág. 93.

<sup>1945</sup> Mir Puig, S., *El Derecho penal en el Estado social y democrático de Derecho*, Ariel, Barcelona, 1994, del mismo, “*Bien jurídico y bien jurídico penal como límites del ius puniendi*” en *Estudios penales y criminológicos*, XIV, 1989-90, págs. 205-215.

coyunturales irreflexivas, que sólo buscan soluciones de emergencia ante la aparición de nuevos conflictos sociales.<sup>1946</sup> Destaca asimismo el autor la falta de eficacia práctica de la intervención penal en estos nuevos ámbitos, en la medida en que no se produzcan modificaciones profundas del sistema económico y social. Afirma la autonomía del Derecho penal frente a su utilización como mero instrumento sancionador de normas penales en función de su pretendida “mayor efectividad”, cuando sostiene que “no es correcto acudir a la intervención penal con el objeto de conseguir un efecto disuasorio más intenso respecto a infracciones de normas no suficientemente internalizadas por la conciencia social, conllevando el deterioro de la función de prevención general positiva”,<sup>1947</sup> entendida por este autor como la confirmación de una norma asumida socialmente.

Nosotros consideramos que no sólo se trata de no legitimar normas insuficientemente internalizadas, sino de la cuestión positiva de crear normas que estén en línea de continuidad con los presupuestos básicos de un orden democrático basado en los Derechos humanos, entendidos como caminos hacia la emancipación del sujeto y la recuperación del espacio público democrático. Las luchas por la dignidad habrán de centrarse en el cuestionamiento y el control del sistema neoliberal, que impone un intercambio desigual como forma de poder del espacio imperial.<sup>1948</sup>

Intentaremos en este apartado –junto con todos aquellos que se preguntan por la legitimidad de la intervención punitiva- articular una teorización del bien jurídico en el marco de las cuestiones que se derivan de las mutaciones en las funciones del Estado y de la flexibilización del Derecho como instrumento rearticulador del contenido de la ciudadanía territorialmente fundada. Sin embargo, estimamos prudente hacer ciertas matizaciones respecto de algunos conceptos y los contextos en los que se desenvuelven a fin de, en un primer momento, intentar la creación de un discurso que denuncie las derivas tecnocráticas que hacen retroceder a las garantías, hasta anularlas y vaciarlas de sentido.<sup>1949</sup>

La intervención punitiva, sus finalidades y fundamentos, deberán ser cuidadosamente revisados en esta transición paradigmática. La impronta tecnocrática en la epistemología, el vaciamiento de la esfera pública y la reproducción de relaciones sociales cada vez más violentas son el escenario en el

---

<sup>1946</sup> *Ibidem*, pág. 207.

<sup>1947</sup> *Ibidem*, pág. 213.

<sup>1948</sup> De Sousa Santos, B., *Crítica de la razón...*, op.cit., págs. 328-330; Herrera Flores, J., *Los Derechos humanos...*, op.cit., pág. 223, 142 ss., 184, 250.

<sup>1949</sup> Por todos, Hormazábal Malarée, H., “Consecuencias político criminales y dogmáticas del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos”, en Pérez Álvarez, F., (ed.), *Serta. In memoriam Alexandri Baratta*, op.cit., págs. 1084-1093.

cual deberá (re)cobrar su lugar el principio de lesividad,<sup>1950</sup> entendido normativamente como la carga argumentativa que recae sobre la política criminal adoptada por un Estado social y democrático de Derecho, actuando como límite de la intervención penal.<sup>1951</sup> Esta afirmación encuentra sustento en que el bien jurídico es el instrumento jurídico imprescindible en aras de hacer efectivo este principio, pero no es en ningún modo *un concepto legitimante del poder punitivo, de lege lata ni de lege ferenda.*<sup>1952</sup>

Asimismo, el principio de lesividad tendrá consencuencias dogmáticas, ya que el mismo impone la introducción de un criterio que permita la graduación valorativa del delito en función de la mayor o menor intensidad de ese daño. También permitirá establecer la relación de proporcionalidad entre daño y pena a la hora de su determinación.<sup>1953</sup>

Puesto que, si el despliegue de la potencia punitiva estatal sólo está legitimada en tanto intervención tendente a lograr la coexistencia pacífica de los individuos dentro de un espacio público articulado por los principios del Estado social y democrático de Derecho, “la administración estatal de dolor que su funcionamiento implica sólo tendrá lugar ante la ocurrencia de hechos que signifiquen una lesión o un peligro concreto de suficiente entidad para los bienes jurídicos de aquellos individuos o grupos, como para procesarlos a través de las agencias del control social formal, en pos de evitar la disolución de la convivencia pacífica; y ella será medida escrupulosamente, de modo tal que no se sacrifique un ápice de aquella plausible diversidad, propia de la índole humana, que una organización política democrática y liberal debe honrar a cabalidad.”<sup>1954</sup>

De acuerdo con ello, cobra especial relevancia la cuestión de la legitimidad de las normas, siendo ésta independiente de su imposición fáctica, y dependiente del modo en que esas normas son creadas. En este momento, el bien jurídico, su identificación como elemento estructural de la incriminación, se realiza a partir de la articulación de un proceso discursivo, edificado sobre la norma penal que contemple los intereses de todos, y mediante la argumentación que se deriva de una *racionalidad* articulada con base en los principios del Estado democrático de Derecho. Porque la exigencia de una delimitación de la intervención del Estado es

---

<sup>1950</sup> Ferrajoli, L., *Derecho y razón*, op.cit. pág. 477 ss.; también Octavio De Toledo y Ubieto, E., “Función y límites del principio...”, op.cit., pág. 5 ss.; Díez Ripollés, J.L., *Racionalidad de las leyes penales*, op.cit., págs. 74 ss.

<sup>1951</sup> En este sentido expresa Lagodny, O., “El Derecho penal sustantivo como piedra de toque de la dogmática constitucional”, (trad. Ortiz de Urbina Gimeno), en Hefendhl, R., *La teoría del bien jurídico*, op.cit., pág. 136, “el mérito de la discusión jurídico-penal en torno al bien jurídico consiste en que ha procurado una idea rectora con la cual, al menos en teoría, puede imponerse al legislador la obligación de argumentar.”

<sup>1952</sup> Zaffaroni E.R., /Alagia, A., /Slokar, A., op.cit., pág. 486.

<sup>1953</sup> Por todos, Nino, C., *Los límites de la responsabilidad penal*, Astrea, Buenos Aires, 1980, págs. 338 ss.

<sup>1954</sup> Cfr. Niño Alzueta, L.F., “La ideología de la defensa social y la expansión del Derecho penal”, op.cit., pág. 1098.

producto de situar el bien jurídico como *locus intersubjetivo*, es decir como instrumento de discusión de legitimidad del ejercicio del poder punitivo.

Para ello, habremos de partir del principio liberal, es decir el Estado concebido como la reducción de la libertad y de la autonomía del individuo en sus cuotas imprescindibles, principio que eleva el valor de la libertad como algo fundante del Estado social y democrático de Derecho. Lo anterior es pregonable desde dos perspectivas, de las que derivan varias consecuencias. Por un lado, operando en sentido negativo, para el ámbito de la incriminación sólo podrán ser penalmente sancionadas las conductas que atenten contra intereses fundamentales del ser humano entendidos como las condiciones esenciales que permitan su desarrollo libre en el ámbito social. En este sentido, la incriminación deberá estar fundamentada en el *daño*, lo cual prohíbe la asunción como hecho delictivo de aquellas conductas referidas a la moral, de climas o de funciones.<sup>1955/1956</sup> Desde su vertiente positiva, habrá de operar como protector de las condiciones de posibilidad para el desarrollo de una vida digna frente al vaciamiento operado por el sistema socio-económico actual.<sup>1957</sup>

En este sentido, como destaca Kahlo, el concepto de bien jurídico es uno de tipo *relacional*, entendiéndose por ello que se trata de una relación de carácter positivo entre un “bien” y un sujeto. Este objeto como *relación jurídica* está orientado al fin de la libertad externa en cuanto sujeto de Derecho, es decir a su autonomía, que es susceptible de ser lesionada o puesta en peligro por otros sujetos.<sup>1958</sup>

Sin embargo, el concepto de bien jurídico no es por sí sólo un instrumento adecuado para delimitar lo merecedor de protección penal, sino que precisa de la concurrencia de factores, como la consideración de valores éticos, políticos, filosóficos e instrumentales –orientados por los primeros-, que deben articular la argumentación de la decisión de criminalización.

De este modo, como afirma Alcácer Guirao, si puede llegarse a un concepto de bien jurídico susceptible de englobar al menos algunas directrices axiológicas, éstas vendrán incluidas, al menos parcialmente, en la misma noción de bien jurídico, por lo que, alguna potencialidad político-criminal podrá predicarse de ellas.<sup>1959</sup>

---

<sup>1955</sup> Ferrajoli, L., *Derecho y razón*, op.cit., pág. 464-467; Hormazábal Malarée, H., *Bien jurídico*, op.cit., págs. 9 ss.

<sup>1956</sup> Alcácer Guirao, R., *Sobre el concepto de delito...*, op.cit., pág. 77.

<sup>1957</sup> En el mismo sentido, Portilla Contreras, G., *El Derecho penal entre...*, op.cit., págs. 327 ss.

<sup>1958</sup> Kalho, M., “Sobre la relación entre el concepto de bien jurídico y la imputación objetiva en Derecho penal”, (trad. Alcácer Guirao) en Hefendehl, R. (ed), *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, Presentación de Enrique Gimbernat, Marcial Pons, Madrid, 2007, pág. 55. Este autor a partir de esos elementos define el bien jurídico como “vínculos reales posibilitadores de la libertad externa de una persona y por ello valiosos, constituidos a partir del actuar intersubjetivo (de las prácticas sociales).

<sup>1959</sup> Alcácer Guirao, R., *Sobre el concepto de delito...*, op.cit., pág. 81.

En términos similares se expresa Staechelin, quien sugiere que el análisis debe recaer sobre el carácter material, que atiende al objeto valorado y no sólo a la valoración, y por ello, convertirse en el instrumento sobre el cual podrá *materializarse* el daño, que en definitiva es lo que determina que la conducta sea susceptible de criminalización.<sup>1960</sup>

De este modo, en tanto que la norma penal sólo puede tener por objeto bienes jurídicos, lo que implica que no podrán ser sancionadas conductas que no tengan por objeto la lesión o puesta en peligro de ellos, estimamos que sólo la racional evaluación de la afectación al bien jurídico, su ataque –lesión o puesta en peligro- real y efectivo, debe presidir la confección del tipo en la norma penal.<sup>1961</sup> En efecto, si bien es cierto que el Derecho penal deberá adecuar sus estructuras a fin de contemplar los nuevos fenómenos de la sociedad actual, no puede comportar una adaptación de los principios a las exigencias de control por parte de la nueva configuración del Estado, sino que, por el contrario, las nuevas exigencias deberán ser adecuadas a las garantías y resolver de forma *racional* la viabilidad de ser susceptibles de un control penal.<sup>1962</sup>

En virtud de aquella adecuación, la política criminal deberá operar bajo la condición de la *última ratio*.<sup>1963</sup> Ésta implica que necesariamente habrán de ser

---

<sup>1960</sup> Staechelin, G., “¿Es compatible <la prohibición de infraprotección> con una concepción liberal del Derecho penal?”, (trad. Felip i Saborit), en Instituto de Ciencias Criminales de Frankfurt, (ed.), *La insostenible situación del Derecho penal...*, op.cit., págs. 293 ss.

<sup>1961</sup> Véase en este sentido la elaboración del tipo conglobante de Zaffaroni, E.R., /Alagia, A., /Slokar, A., *Parte General*, op.cit., pág. 484 ss., cuya función de reducción del poder punitivo se ejerce verificando que exista un conflicto, lo que implica una lesividad objetivamente imputable a un agente; es decir, “mediante la función conglobante del tipo objetivo se establece la existencia misma del conflicto, que para ser tal requiere comprobar tanto su lesividad como su pertenencia a un agente. La lesividad se comprueba constatando la afectación (por daño o por peligro) del bien jurídico en forma significativa, pero también constatando que se trata de un bien jurídico, o sea, que su afectación está prohibida por la norma, lo que no sucede cuando otras recortan o limitan su alcance prohibitivo, deducido del sentido semántico del tipo aislado... la conglobación como operación determinante de la lesividad es una función claramente normativa, es decir que un pragma es típico no sólo cuando reúne los caracteres particulares exigidos por el respectivo tipo sistemático, sino también cuando es antinormativo (o sea, cuando viola la norma que se deduce del tipo) y con ello lesiona un bien jurídico”.

<sup>1962</sup> En el mismo sentido, Portilla Contreras, G., *El Derecho penal entre.....*, op.cit., pág. 352; en contra Díez Ripollés, J.L., *La política criminal en la encrucijada...*, op.cit., pág. 110. Para demostrar esta afirmación habremos de analizar en el capítulo siguiente el bien jurídico del artículo 318 bis del Código Penal, donde el “olvido” por parte del legislador del principio de ofensividad, conlleva la tergiversación del sentido del bien jurídico, al otorgarle como fin *la protección para un buen funcionamiento del sistema socioeconómico que se lograría a partir de la evitación de conductas que violen las políticas migratorias y el control de los flujos*, a todas luces inadmisibles.

<sup>1963</sup> De conformidad con lo afirmado por Baratta, A., “Política criminal: entre la política de seguridad y la política social”, en Carranza, E., *Delito y seguridad de los habitantes*, Siglo XXI, México, 1997, pág. 81, la política criminal, como concepto complejo, en tanto la riqueza del instrumental de control que asuma dependerá su indeterminación teórica.... “la línea de distinción entre la política criminal y la política en general y otras de sus especies (política social, económica, ocupacional, urbanística, etc.) no se presenta ya de un modo claro. Para distinguirlas debemos recurrir, no a la

desplegadas políticas –mediaciones- que tengan por fin la materialización de los derechos civiles, políticos, sociales, económicos y culturales de todas las personas, invocando una ciudadanía ampliada que abandone su concepción moderna como producto de los procesos de luchas sociales en el trazado de caminos por la dignidad de todas las personas.<sup>1964</sup> Así las cosas, los principios jurídicos constitucionales son irrenunciables por parte del legislador a la hora de configurar las estrategias político-criminales. Aquellos deben operar como “filtros” de la potencia punitiva, y en ningún caso puede apelarse a su sustitución, modificación, a su directa conculcación en virtud de la alegación de criterios de eficacia.<sup>1965</sup>

De cifrarse la decisión político-criminal únicamente en aquellos se produce un cortocircuito, como resultado del juego de suma cero al que quedan reducidas las cuestiones de legitimidad. En el polo negativo se sitúan las garantías, mientras que en el polo positivo aparecen decisiones sobre criminalización de conductas que siguen la lógica de la tecnología social, resultando así que las

---

finalidad objetiva o función social, sino a la finalidad subjetiva, es decir, a la intención de los actores que ponen en práctica; en el mejor de los casos, podríamos apelar también a los recursos institucionales escogidos por los actores y a las partidas que señalan los capítulos relativos en el presupuesto público”. Asimismo el planteamiento de Prittwitz, C., “*El derecho penal alemán: ¿fragmentario?, ¿subsidiario? ¿última ratio? Reflexiones sobre la razón y límites de los principios limitadores del Derecho penal*”, (trad. Castiñeira Palou), en Instituto de Ciencias Criminales de Frankfurt (ed.), *La insostenible situación...*, op.cit., págs. 435 ss.

<sup>1964</sup> La apelación a un término tan controvertido actualmente como es el de cosmopolitismo parte del desanclaje de aquellas teorías que lo oponen al “universalismo”. El término es utilizado en el sentido que construye De Sousa Santos y que hemos desarrollado en el punto 1.5 del presente trabajo. Asimismo véanse del autor “*The processes of globalization*”, 2002, disponible en [www.eurozine.com](http://www.eurozine.com); junto con Avritzer, L. “*Para ampliar el criterio democrático*”, <http://eurozine.com/pdf/2003-11-03-santos-es.pdf> ; ídem, asimismo véase “*Do Pós-moderno ao Pós-colonial e para além de um e outro*”, Conferencia de Apertura del Congreso Luso-brasileño de Ciencias Sociales, Coimbra, 16-18 de Septiembre de 2004. En este sentido es imprescindible el entendimiento que efectúa De Lucas, J., “*Sobre el papel del Derecho y el contrato político en el proyecto multicultural*”, en Isegoría, núm., 19, octubre 2003, págs. 48 ss.

<sup>1965</sup> García Rivas, N., *El poder punitivo en el Estado democrático*, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 1996, pág. 105. En igual sentido, Zaffaroni, E.R., /Alagia, A., /Slokar, A., *Parte General*, op.cit., pág. 138, establecen el principio de superioridad ética del Estado, que se ve conculcado al momento en que el Estado acentúa la arbitrariedad de la intervención: “el Estado de Derecho, aunque no siempre sea ético importa una aspiración de eticidad, en tanto que el estado de policía rechaza de plano todo límite de esta naturaleza, dado que su único límite es la medida de su poder. Por ello, el estado de policía no tiene más nivel ético que el criminal, manteniendo con éste sólo una diferencia cuantitativa pero en modo alguno cualitativa. La renuncia estatal a los límites éticos da lugar a su ilegitimidad y consiguiente carencia de títulos para requerir comportamientos adecuados al Derecho por parte de sus habitantes. Esto sucede cuando se pretende racionalizar un poder punitivo ejercido mediante aberraciones. La perspectiva de todo estado de policía es siempre la guerra civil”. Véase *supra* 2.7; 2.8.

medidas político-punitivas se cristalizan en leyes penales con alguna funcionalidad instrumental, pero fundamentalmente simbólica.<sup>1966</sup>

El Estado en transición actual -como evidencia rotunda del desanclaje de las *mediaciones*- siguiendo a Lewkowicz- podría asimilarse a la situación del siglo V A.C., cuando se agota en Grecia forma política de la *polis*. En efecto, ser ciudadano de la *polis* era ser *polités*. Diógenes el Cínico, filósofo de aquella época, contestaba en forma graciosa cuando le preguntaban de qué *polis* era: soy *cosmopolités*, cosmopolita, ciudadano del cosmos, un oxímoron que indica que el proceso práctico ya había liquidado a la *polis* como ficción natural de la vida común y había hecho nacer otras prácticas. Es interesante ver que en la filosofía moral, que también nace en Grecia en este siglo, se presentan también dos tendencias contrapuestas, pero complementarias. Deteriorada la consistencia del marco particular de cada *polis*, por un lado se presenta una tendencia a la universalización del fenómeno hombre, tal como se lee en la broma de Diógenes. Por otro, surge la tendencia al individualismo exacerbado, ligado tanto al ideal hedonista como al ideal estoico. Desaparecida la instancia intermedia que es la *polis*, se dan dos reacciones que se complementan, incluso en cada individuo. Una tendencia a la universalización, una tendencia a la individuación. El átomo y el todo; el individuo y el universo cara a cara, sin mediaciones.<sup>1967</sup>

Como hemos estudiado en los capítulos anteriores, una vez que se ha agotado el dispositivo del Estado nación, gran parte de la fundación de semejanza la tiene asignada la legislación penal del enemigo, que rearticulará los espacios del contenido de la ciudadanía apelando a la excepción permanente para la configuración de un orden que se corresponda con la fluidez del capital.

Asimismo, la antigua soberanía era productora de solidez, mientras que las prácticas que engendra la globalización -telecomunicaciones, virtualidad financiera, flujo informático, precarización del trabajo hasta transformarlo como categoría simbólica, movimientos de personas- disuelven esta instancia *supra* ordenadora de las instituciones. La antigua solidez estatal se desarma en la fluidez del capital, proporcionando fragmentos, y no partes de un todo.

¿Podremos pensar en fluidez?<sup>1968</sup> ¿Sin hacer *como si* fuera otra vez a configurar un todo? ¿La demanda social de seguridad que satura los discursos mediáticos puede encontrar base en esta necesidad imperiosa de sacudirnos la perplejidad a la que nos enfrenta la caída del ideario moderno? En otros términos, la cuestión a dilucidar es cómo enfrentarnos a las problemáticas actuales, cómo darles sentido, cuando el gran dador de sentido, el Estado, ya no existe más, al menos no como lo conocíamos.

---

<sup>1966</sup> Paliero, C.E., "Metodologie de lege ferenda: per una riforma non improbabile del sistema sanzionatorio", en Rivista Italiana de Diritto e Procedura Penale, núm. 35 (2), 1992, pag. 540; Albrecht, P.A., "El Derecho penal en la intervención de la política populista", (trad. Robles Planas), en Instituto de Ciencias Criminales de Frankfurt (ed.), *La insostenible...*, op.cit., págs. 476 ss.

<sup>1967</sup> Cfr. Lewkowicz, I., *Pensar sin Estado...*, op.cit., pág. 32.

<sup>1968</sup> Este es el eje de la propuesta de Ignacio Lewkowicz, *ibídem*, pág. 198.

Castoriadis define magistralmente esta situación cuando formula la pregunta dirigida al sujeto contemporáneo de qué hará para dominar el mundo. Poniendo en duda esta posibilidad, por entender que se mantendrá siempre incapaz de dominar la trama de sus actos cuya sucesión implica su propia vida, expresa: “este fantasma grandioso y vacío del dominio sirve de contrapartida a la grotesca acumulación de *gadgets* irrisorios, los dos conjuntos funcionando como distracción y divertimento para ocultar nuestra mortalidad esencial, pervertir nuestra pertenencia al cosmos, olvidar que somos los improbables beneficiarios de una improbable y muy estrecha banda de condiciones físicas que hacen posible la vida en un planeta excepcional al que estamos destruyendo.”<sup>1969</sup>

Creemos que para que el interrogante no quede formulado en términos retóricos es necesario efectuar un análisis, comprendido como la capacidad ontológica de autocuestionarse y por lo tanto alterarse, propiciando así la duda y la reversibilidad como pilares de la democracia. La verdadera política – en el sentido del cuestionamiento de las representaciones y de las significaciones instituidas y su cambio a través de una acción colectiva deliberativa- es la base insoslayable a la hora de plantear las políticas criminales de la sociedad actual, ello debido a que el discurso de la eficacia y la prevención transforma en monológica cualquier disidencia. Ésta es la lógica de una modernización que se totaliza bajo la lógica del progreso. No hay disidencia posible, es un discurso exclusivo y excluyente, que convive, y convierte en paradójica la libertad de expresión.

Porque el *pensamiento único* de la globalización neoliberal, del que hablan Bourdieu y Ramonet<sup>1970</sup>, no dialoga ni acepta disidencias, sino que se impone por la fuerza, no admite la política. Cuando ésta no tiene posibilidad de ser, porque se impone la razón por la fuerza, se destruyen las bases que posibilitan el diálogo democrático a partir del cual se regulan las relaciones intersubjetivas y el acercamiento a un plano pluralístico y emancipatorio.

Para una sociedad, otorgarse a sí misma su ley significa aceptar a fondo la idea de que es ella quien crea su institución, y que la crea sin poder invocar ningún fundamento extra social; esto equivale a decir que ella misma debe decidir a propósito de lo que es justo o injusto – en esto radica la cuestión que constituye el núcleo de una verdadera política democrática.<sup>1971</sup> Democracia significa el poder de los hombres libres, de modo que para formular las leyes deben estar convencidos de que son cuestiones de los humanos. Pero, simultáneamente, ello implica que no existe un parámetro extra social de las leyes, ya que es además su dimensión de libertad radical: la democracia es el régimen de la autolimitación, donde por política se entiende una actividad colectiva reflexiva y lúcida, que apunta a la institución global de la sociedad,

---

<sup>1969</sup> Castoriadis, C., *Figuras de lo pensable*, op.cit., pág. 158.

<sup>1970</sup> Ramonet, I., “*El pensamiento único*”, en *Mientras tanto*, núm. 61, 1995, pág. 17.

<sup>1971</sup> De Sousa Santos, B., “*Ampliar el criterio democrático*”, op.cit., págs. 47 ss.



donde los Derechos humanos constituyen el límite infranqueable de cualquier decisión.<sup>1972</sup> En este sentido, el término de autonomía es sinónimo de libertad, entendida como la posibilidad efectiva de participar en la determinación de estas leyes. Libertad e igualdad se exigen de forma mutua.<sup>1973</sup>

Para que un verdadero cambio de las instituciones sea plausible, debe ir acompañado por un cambio en los hábitos. No puede existir ninguna institución política que no esté ligada, de la cumbre a la base, del nivel más superficial al más profundo, a los hábitos, a los *sitten*, a la totalidad de la estructura antropológica, sociopsíquica de los individuos que viven en esa sociedad (mundo de la vida). Ahora bien, estos cambios son hechos promovidos por los seres humanos, y la única seguridad de lograr esta correspondencia radica entonces en que la multitud proceda tanto en el sentido del cambio político (institucional – formal), como en la vía del cambio de los hábitos, obrando de otro modo.

Siguiendo a Marx, la práctica revolucionaria significa que el pueblo se transforma en las circunstancias en las cuales se encuentra. En estos términos la libertad no puede ser concebida más que como contingencia, como posibilidad entre otras alternativas, en tanto que el Derecho actualmente no se basa en el reconocimiento de derechos innatos o de derechos y libertades subjetivas, sino que es objeto de decisiones que se legitiman por su propia referencialidad.<sup>1974</sup>

Mientras que en el Estado moderno “la ley funda la semejanza,”<sup>1975</sup> fuera de la cual los seres humanos no pueden existir como tales, ya que no hay seres humanos fuera de la *polis*,<sup>1976</sup> el Estado postmoderno -siguiendo la tesis de Capella-<sup>1977</sup> produce un Derecho dual, es decir, un Derecho sumido en la legitimación efectista de las políticas de desregulación, que se cristaliza en la constante desaparición del ámbito de lo público. Se produce entonces un movimiento simétrico: no sólo decrece el interés por lo público, sino que lo público mismo desaparece. En este contexto, se han volatilizado los derechos políticos y sociales, se ha vaciado de contenido el reconocimiento de los mismos

---

<sup>1972</sup> De acuerdo con Portilla Contreras, G., *El Derecho penal entre...*, op.cit., pág. 318, cuando pone de manifiesto que en la medida en que la discusión sobre la función del Derecho penal y la selección de los valores penales se da en el contexto del Estado neoliberal, se “corre el peligro de que se consolide la tendencia funcionalista a abandonar lo que se considera un insatisfactorio procedimiento de búsqueda de criterios válidos para fijar los presupuestos imprescindibles de la convivencia social.”

<sup>1973</sup> Nino, C.S., *La constitución de la democracia deliberativa*, op. cit., pág. 77-78. En este sentido, véase el término de *equaliberty* que propone Balibar, E., *Masses, classes and ideas: Studies on Politics and Philosophy before and after Marx*, Routledge, London, 1994, págs. 48 ss. Asimismo véase Aradau, C., *Rethinking trafficking in Women. Politics out of security*, Palgrave Macmillan, Hampshire-New York, 2008, págs. 166 ss.

<sup>1974</sup> Barcellona, P., *El individualismo propietario*, Trotta, Madrid, 1996, en especial págs. 46 ss.

<sup>1975</sup> Lewkowicz, I., *Pensar sin Estado..*, op.cit., pág. 65.

<sup>1976</sup> Gallego, J., *La democracia en tiempos de tragedia*, op.cit., págs. 367-374; Dunn, J., (dir), *Democracia. El viaje inacabado (508 a.C –1993d.C)*, Tusquets, Barcelona, 1995.

<sup>1977</sup> Capella, J.R., *Fruta Prohibida*, op. cit., págs. 201 ss.

y las luchas que llevaron a su configuración.<sup>1978</sup> La legitimidad que pretende esta nueva forma es la de la eficacia, que ostenta credibilidad en la medida en que cohabita con las instituciones democráticas representativas, y es connatural a las personas que, en “lugar”<sup>1979</sup> de participar como ciudadanos del *agora pública*, habitan y se institucionalizan difusamente como consumidores.

El *agora pública* –la sede de la opinión pública, que en la época griega era el *locus* intersubjetivo de la democratización- ha sido ocupada por empresas transnacionales y multimedia que trivializan todas las significaciones. Las voces discordantes o críticas no son acalladas por la censura ni tampoco excluidas por diarios o editores conformistas: quedan ahogadas en la barahúnda general.

Según la definición que compone Castoriadis, la democracia puede definirse “como el devenir verdaderamente público de la esfera privada/pública, lo que en otros regímenes es un hecho más o menos privado.” Este autor establece, basado en una previa definición de Aristóteles, una distinción entre *oikos* (la casa), *los asuntos estrictamente privados*; *el agora*, *la esfera pública/privada*, esto es el *locus* donde los ciudadanos se encuentran y se presentan el uno con el otro, se conocen y aprenden por el método de ensayo y error el difícil arte de la convivencia pacífica; y la *ekklesia*, la esfera pública/pública, es decir, un régimen democrático, el lugar donde se delibera y se deciden los asuntos comunes.<sup>1980</sup>

El *agora* es la tierra natal de la democracia, el lugar en donde se produce la *traducción* de lo privado en público, donde se discuten cuestiones públicas que atañen al bien común; como acertadamente señala Bauman “el pulso de la democracia se mide por la frecuencia con que es visitada, por el número de personas que la visitan y por la duración de su estancia, es el curso de estas visitas cuando se realiza la labor de *traducción* entre *oikos* y *ekklesia*.”<sup>1981</sup>

Sabemos que las traducciones no son definitivas ni incuestionables; por el contrario, son susceptibles de ser expuestas a nuevos estratos de posibilidades e interpretaciones.<sup>1982</sup> Los griegos preambulaban con la fórmula *edoxe te boule kai to demo* (lo juzgan bueno el consejo y el pueblo) las leyes que aprobaban y deseaban que fueran obedecidas. Castoriadis distingue entre “lo juzgan bueno” y “es”

---

<sup>1978</sup> Véase Herrera Flores, J., *Los Derechos humanos como producto culturales*, op.cit., págs. 34 ss.

<sup>1979</sup> Como *locus intersubjetivo*. Este es el sentido de *ágora* que queremos dar en este trabajo.

<sup>1980</sup> Castoriadis continúa describiendo las características de las instituciones griegas del siguiente modo: “en el *ágora*, discuto con otros, compro libros u otra cosa, estoy en un espacio público pero que es, al mismo tiempo, privado, ya que ninguna decisión política (legislativa, gubernamental o judicial) puede tomarse allí; la colectividad, a través de su legislación, nos asegura solamente la libertad de este espacio. En la *ekklesia* en el sentido amplio, que comprende tanto la asamblea del pueblo como así también el gobierno y los tribunales, estoy en un espacio público/ público de la colectividad”; asimismo véase el ya citado trabajo de Gallego, J., *La democracia en tiempos de tragedia...*, *passim*.

<sup>1981</sup> Bauman, Z., *La sociedad individualizada*, op.cit., pág. 227.

<sup>1982</sup> Derrida, J., *El lenguaje y las instituciones filosóficas*, (trad. Grupo Decontra), Paidós, Barcelona, 1995, págs. 29 ss.

bueno, lo cual implica que lo que hoy es bueno puede no serlo mañana cuando se reúnan en el *agora*.

Asimismo, la autonomía es *conditio sine qua non* de la traducción entre lo privado y lo público. Por tanto, se requiere de una doble autonomía que actúa simultáneamente: de la sociedad y de sus miembros.<sup>1983</sup> De este modo, los ciudadanos tienen que ser capaces de formarse sus propias opiniones y de cooperar con el fin de “juzgar lo bueno”; así como también tiene que ser autónoma la sociedad, esto es, libre de sancionar las leyes que habrán de regir la convivencia. Ambas se complementan entre sí, pero sólo a condición que *se produzca un “espacio común”* en el cual se discuta lo bueno para todos, siempre expuesto a ser revisado, cuestionado por no ser suficientemente democrático.

En virtud de las rearticulaciones de la soberanía del Estado postmoderno, y las cuestiones atinentes a su legitimidad, hablar de democracia, en el sentido dado, aparece como una sinécdoque, ya que lo público se resuelve en la esfera privada de las relaciones económicas globales.<sup>1984</sup> La democracia actual se enfrenta a dos amenazas. Una de ellas consiste en la creciente administrativización de la *ekklesia*; la otra reside en la decadencia “del arte de la traducción”, el vaciamiento del *agora*.<sup>1985</sup>

Observamos que los procesos globalizadores suturan los límites exteriores del poder institucionalizado y el espacio en el que se deciden las cuestiones más relevantes para la configuración de la vida humana. El Estado, figura de asentamiento territorial del procedimiento democrático, no es apropiado a la hora de establecer la reunión, la hibridación y la imbricación de lo privado y lo público. Se produce una babelización de los lenguajes<sup>1986</sup> en cada uno de estos

---

<sup>1983</sup>Ibíd., pág. 32.

<sup>1984</sup> En esta línea de pensamiento, vid Bauman, Z., *La sociedad individualizada*, op.cit., pág. 123: “lo privado coloniza el espacio de lo público, exprimiendo y expulsando todo lo que no se pueda traducir totalmente y sin residuos al lenguaje de los intereses y ocupaciones privados.”

<sup>1985</sup> Lo privado ha invadido el escenario que había de ser público, pero no para interactuar con lo público. De esto dan acertada cuenta las “tertulias televisivas” donde la lección principal es que cada uno de nosotros tiene que luchar con las mismas preocupaciones y habrá de hacerlo solo. “La gente corriente” y el *gossip* de la prensa sobre la vida privada de las estrellas del mundo del espectáculo y de la política que han devenido “en imagen” lo mismo, son lecciones “públicas” acerca de la vacuidad de la vida pública y de la vanidad de lo privado. Véase Corea, C., “*Medios masivos: ¿dominación, influencia, producción? Seminario globalización y subjetividad*”, Buenos Aires, 2000, págs. 3 ss., disponible en [www.estudiolwz.com.ar](http://www.estudiolwz.com.ar)

<sup>1986</sup> Cfr. Lewkowicz, I., *Pensar sin Estado*, op.cit., pág. 47. El autor desarrolla esta idea a partir de la comparación entre las instituciones modernas y las actuales: “cada institución se considera como productora exhaustiva de los sujetos que necesita en la situación en que los necesita. No los toma de ninguna otra ni los produce para ninguna otra. Las instituciones viven para sí. Si se quisiera una muestra suplementaria sobre el aspecto de *pequeño mundo aislado* que presentan las instituciones contemporáneas, se puede exhibir un efecto tenaz de estos parcelamientos. En distintas situaciones históricas, cuando caen las organizaciones centrales, en el plano de las lenguas avanza la diferenciación de los dialectos”, concluyendo entonces que “un fenómeno atestiguable de nuestra cultura contemporánea es la babelización de los lenguajes”.

estratos, donde el Estado, vaciado el ágora, responde a los dictados de los intereses privados del capital transnacional.

Al borde del caos, la ineficacia de lo público se constituye como retórica que permea los procesos de privatización, actuando como eficaz dispositivo que provoca el alejamiento de los ciudadanos de las “cuestiones comunes”, y éstas se debaten en los medios de comunicación como cuestiones privadas pródigamente expuestas en “la sociedad del espectáculo.”<sup>1987</sup> Es por eso que intentamos cuestionar las estructuras antropológicas que se corresponden a las estructuras socioeconómicas, es decir, las segmentaciones subjetivas del individuo contemporáneo, su manera de actuar y de insertarse en la sociedad, y lo que el mismo funcionamiento de la sociedad tiende a producir y reproducir en términos de acciones sociales. Ello porque actualmente se corre el “riesgo” de pasar por alto el imaginario social<sup>1988</sup> dominante a partir del cual está estructurado el individuo.

En este escenario, es el ámbito de lo privado lo que coloniza el espacio público, descartando todo aquello que no pueda ser traducido totalmente y sin residuos al lenguaje de los intereses y ocupaciones privados. Para el individuo, el espacio público no es “mucho más que una pantalla gigante en la cual se proyectan las preocupaciones privadas sin que dejen de ser privadas en el transcurso de su ampliación; es donde se hace la confesión privada de secretos e intimidades privadas.”<sup>1989</sup>

Por lo expuesto, el espacio público está cada vez más vacío de cuestiones comunes. Este espacio no logra desempeñar su antiguo papel de lugar de encuentro y diálogo para problemas privados y cuestiones públicas. En este contexto, la reflexión sobre los intereses y conflictos actuales *sólo puede tener lugar a partir de la reunión de sus miembros en el agora, que habrá que reconciliar y repoblar el lugar de lo político, el lugar de encuentro, debate, negociación y mediación entre el individuo y el bien común, privado y público.*

---

<sup>1987</sup> En este sentido, las criminologías de la vida cotidiana y el correlativo deshacerse de lo común-social hablan del constante proceso de privatización de la lógica del sentido que habita los discursos hegemónicos actuales. Véase Debord, G., *La sociedad del espectáculo...*, op.cit., *pássim*; Adorno, T.W., *Televisión y cultura de masas*, Ediciones Lunaria, Buenos Aires, 2002.

<sup>1988</sup> Este concepto lo tomamos de Castoradis, C., “Imaginario e imaginación en la encrucijada”, en Castoriadis, C., *Figuras de lo pensable*, op.cit, pág. 94 ss.: “no se puede explicar ni el nacimiento de la sociedad ni las evoluciones de la historia por factores naturales, biológicos y otros, tampoco a través de una actividad racional de un ser racional (hombre). En la historia, desde el origen, constatamos la emergencia de lo nuevo radical, y para ello habrá que postular una *vis formandi*, inmanente tanto a las colectividades humanas como a los seres humanos singulares. Un poder de creación, un poder *ex nihilo*, la conjunción de un hacer-ser, la creación de nuevas formas del ser. Una vez creadas, las instituciones y sus significaciones, se cristalizan o se solidifican, y eso es lo que se llama el imaginario social instituido. Éste asegura la continuidad de la sociedad, la producción y reproducción y la repetición de las formas, que ahora en más regularán la vida de los hombres y permanecen allí hasta un cambio histórico lento o hasta que una nueva creación masiva venga a modificarlas, reemplazarlas radicalmente por otras.”

<sup>1989</sup> Bauman, Z., *La sociedad individualizada*, op. cit., pág. 123.

Considerada de esta manera, la política es un acontecimiento y una expresión del proyecto de autonomía; esto es, no acepta pasiva y ciegamente lo que está allí, lo que fuera instituido, sino que lo cuestiona y lo vuelve a cuestionar en una actividad de lucidez colectiva.<sup>1990</sup>

Siguiendo a Bauman “los individuos que han vuelto a aprender las olvidadas habilidades del ciudadano y se han vuelto a apropiarse de las herramientas de ciudadano son los únicos constructores que están a la altura de esta peculiar tarea de tender puentes.”<sup>1991</sup> Sin embargo, lo que adviene contemporáneamente es un individuo muy particular, es la revolución antropológica que en sus *cartas luteranas* pronosticó P.P. Pasolini;<sup>1992</sup> a partir de lo cual se nos presenta el siguiente interrogante: ¿Qué pasaría si este individuo, que utiliza las libertades de esta democracia formal de la que no participa sino por la concepción metafísica de la representación, otorgara otro contenido a su autonomía?

Si bien hemos caracterizado los procesos globalizadores como un objeto real, dotado de características y con una cierta dinámica de funcionamiento que los distingue de modalidades precedentes, también cabe recordar que ellos no responden a una lógica unívoca, puesto que, como hemos puesto de relieve en el presente trabajo, las modalidades de implementación de estas políticas neoliberales adquieren matices conforme a sus aplicaciones en los ámbitos locales.<sup>1993</sup>

En consecuencia, no es conveniente otorgarle a esta racionalidad y a estas políticas una coherencia global, de la que en realidad carecen. Más que disponer de un plan maestro de diseño general y acabado de la sociedad, la racionalidad de la globalización y del neoliberalismo reacciona las más de las veces “a corto plazo”, de una manera meramente reactiva de “tapar huecos” y recomponer las relaciones que se vieron influidas por ellas. Esta reacción se produce con gran celeridad y con enorme inventiva, pero muchas otras veces a través de la mera repetición acrítica de recetas formuladas y aplicadas en otros contextos, se producen mimesis sin tomar en cuenta las condiciones específicas y contingentes de cada situación local.

Según Donzelot,<sup>1994</sup> estos “discursos únicos” tienen la interesante particularidad de presentarse a sí mismos “al mismo tiempo como diagnósticos y

---

<sup>1990</sup> Según Castoriadis, C., “*Imaginario e imaginación...*”, op.cit., pág. 97, lo cuestionado puede ser la Constitución o las leyes, también pueden serlo las representaciones dominantes en el mundo, la sociedad, la verdad o los valores. En el segundo caso, el cuestionamiento no es otra cosa que la filosofía en su sentido original. La creación de la política y la creación de la filosofía, en tanto expresiones de un proyecto de autonomía, se producen en forma simultánea.

<sup>1991</sup> Bauman, Z., *La sociedad individualizada*, op. cit., pág 125.

<sup>1992</sup> Pasolini, P.P., *Cartas luteranas*, Trotta, Madrid, 1997.

<sup>1993</sup> Véase *supra* punto 1.3.a.

<sup>1994</sup> Donzelot, J., “*The mobilization of society*”, en Burchell, G., /Gordon, C., /Miller, P., (eds.), *The Foucault effects: Studies of governmentality*, Hemel Hempstead, Harvester Wheatsheaf, 1991, págs.

como cura”, y gustan revestirse con el aura de pragmatismo y de neutralidad valorativa. Los datos estadísticos, científicos, que sirven a la gestión, tienen la tarea de avalar esta supuesta “neutralidad apolítica.” Entonces, en el tono de su retórica, incluso los procesos históricos y sociales de gran complejidad, que deberían ser pensados con el concurso de numerosas variables, suelen explicarse meramente a partir de su “eficacia” o “ineficacia.”<sup>1995</sup>

Por el contrario, nuestro enfoque pretende no operar por mera indiferenciación de los contrastes y conflictos, sino que está atento al hecho fundamental de que el mundo que hoy se construye y recodifica en términos globales, es un mundo fragmentado y contingente. Esto no quiere decir que sea completamente ininteligible, sino que las condiciones de inteligibilidad no pueden quedar reducidas a factores únicos.

Es por eso que nos hemos decidido a tratar estos temas, ante esta realidad de fragmentación de ámbitos de acción, del auge de las técnicas de gestión y dominio, de autonomización y atomización de ámbitos de experiencia colectiva, de anulación del lazo social en virtud de la creciente exclusión de segmentos de la población.<sup>1996</sup> Por ello, intentamos desplegar un discurso que nos deje seguir construyendo reflexiones y no aplane la diversidad, la fragmentación y la contingencia en nombre de una novedosa y poderosa variable unificadora.

En un tiempo como el actual, en el cual parecieran diluirse los contornos de la política criminal, la proliferación de nuevos monismos para atacar las incertidumbres emerge. Si asistimos al derrumbamiento de las viejas estructuras y certezas, tendremos que hacer esfuerzos para no caer en tentaciones de facilismo epistemológico y analítico, y en cambio asumir la contingencia y la heterogeneidad del mundo. El presente trabajo plantea que si admitimos que el Estado tal como lo conocíamos no existe más, la constante pérdida de “lo público” y de su espacio, debe recobrase con la participación democrática desde otras instancias y con la consiguiente configuración de otro lazo social que nos permita ser “humanos” independientemente del Estado.<sup>1997</sup> Así las cosas, nuestra propuesta quiere condensarse en criterios político-criminales para la sanción de leyes penales en el ámbito del *ágora* y no desde la *metafísica de la representación*.<sup>1998</sup>

---

169-179; Marinis Cúneo, P., “Gobierno, gubernamentalidad, Foucault y los anglofoucaultianos”, en Ramos Torre, R., (ed.), *Globalización, riesgo, reflexividad*, op.cit., pág. 96.

<sup>1995</sup> Véase *supra* 5.5.

<sup>1996</sup> En el mismo sentido que expresa De Giorgi, A. *El gobierno de la excedencia*, op.cit., *pássim*.

<sup>1997</sup> Véase *supra* 1.5.; 1.5.a.

<sup>1998</sup> Cuando la Administración asume las funciones otrora encomendadas al Parlamento, la representación de la soberanía popular que se daba en este “locus” pierde entidad. De allí que la ley aprobada en el Parlamento sea formalmente válida, si bien en los hechos hay un traspaso ilegítimo de competencias hacia el Poder Ejecutivo, o como afirma Serrano Piedecabras, J.R., “*Consecuencias de la crisis del Estado social*”, op.cit., pág. 931: “o hacia unos portadores difusos que se sustraen con facilidad a todo control democrático”.

## 5.8. Algunos criterios de racionalidad para la recuperación de la última ratio

En el Estado postmoderno la reducción de la complejidad promueve la potestad regulativa y estrangula la seguridad de los derechos. En este emprendimiento la ley pierde los caracteres de un Estado democrático y social de Derecho<sup>1999</sup> y se administrativiza, produciendo que el carácter mediador del ordenamiento jurídico del modelo estatal *welfarista* entre el mercado y los individuos quede desactivado. En el carácter flexible del Derecho, principios como el de *última ratio* de la política criminal devendrán de plano inviables, como resultado de la falacia del determinismo con la que se articula el discurso imperial.

Según Herzog, la tendencia a la *administrativización* del Derecho penal puede encontrar explicación si entendemos que al proceso de globalización le es inherente el injusto reparto de cargas y riesgos. Por ello se afectan de hecho bienes jurídicos (en sentido de intereses humanos) como la vida, la salud, la libertad y la propiedad. En esa medida no es extraño que del concepto de Derecho penal como protección de bienes jurídicos surja la idea de que puede ser misión del mismo oponerse a estos peligros y lesiones de la existencia humana, pero quien quiera perseguir con el Derecho penal previsiones de existencia (*Daseinsvorsorge*) debe crear delitos en el campo previo a las lesiones de bienes jurídicos. Debe, a tenor de la complejidad de los posibles sucesos dañosos y de los problemas de imputación a ellos vinculados, describir ya típicamente estructuras de peligro, y permitir que baste para la imputación en estas estructuras la mera actuación.<sup>2000</sup> Esto conduce al desdibujamiento de las fronteras “entre los instrumentos preventivos y proactivos de la policía. Un Derecho penal tal no logra con todo cambios estructurales; lo que se esconde tras el discurso de los déficits de ejecución es la circunstancia de que el Derecho penal del riesgo corre tras un decreciente entendimiento social normativo y no es en absoluto un medio adecuado para establecer un mínimo ético-social de la sociedad del riesgo.”<sup>2001</sup>

---

<sup>1999</sup> La pérdida del espacio público genera, como apunta Portilla Contreras, G., *El Derecho penal.....*, op.cit. pág. 320, “una sustitución progresiva de los valores universalistas y/o relativistas por el criterio de la proporcionalidad neoliberal que se construye como una nueva filosofía de la pena, asemejándose al denominado retribucionismo penal. La finalidad no es otra que la legitimación de lo existente renunciando a los principios y acudiendo en su lugar al criterio de la proporcionalidad entre la conducta y el castigo ahora encaminado hacia la teoría del merecimiento de pena (“just desert”). La idea es que las penas justas deben reflejar la gravedad del delito sin atender directamente a su efecto preventivo.”

<sup>2000</sup> Véase Sternberg-Lieben, D., “*Bien jurídico, proporcionalidad y libertad del legislador penal*”, op.cit., págs. 114 ss.

<sup>2001</sup> Herzog, F., “*Sociedad del riesgo, Derecho penal del riesgo, regulación del riesgo*”, en Arroyo Zapatero, L., /Neumann, U., /Nieto Martín, A., *Crítica y justificación del Derecho penal en el cambio de siglo. El análisis crítico de la Escuela de Frankfurt*, op. cit., pág. 253; el destacado es nuestro.

En consecuencia, el concepto de bien jurídico se *disuelve* de la mano de la retórica de la tecnología social producida por el estado postmoderno; también es instrumentalizado para la tutela de funciones en aras de procurar una seguridad de carácter simbólico en los diversos ámbitos a los que se siente supuestamente llamada la política criminal. Tendencialmente se produce la “desmaterialización”<sup>2002</sup> del bien jurídico por un cambio en la función de la política criminal, lo cual genera que la ley penal ya no atiende substancialmente al castigo de las lesiones a los bienes jurídicos, sino que es consustancial a la búsqueda de seguridad mediante la observancia de normas que pretenden el control de los efectos de la “desregulación.”<sup>2003</sup>

La pérdida del lazo social, la despolitización de las cuestiones públicas -lo común- hacen posible que la Administración asuma progresivamente las funciones que le competían en el Estado liberal y democrático de Derecho al Parlamento, porque la ley penal deviene una táctica más de administración y gestión;<sup>2004</sup> en este contexto, el bien jurídico deviene el instrumento utilizado para legitimar la abstención del Estado de las cuestiones públicas, a través de la transformación del mismo en un medio de protección de lo funcional al *status quo*, mediante la apelación a *modernos standards* de legitimidad.

Asimismo, lo que hemos dado en llamar el vacío de lo público también tiene severas consecuencias en este aspecto. Al quedar despoblado el espacio de la discusión pública respecto de los medios a través de los cuales se irán a resolver los conflictos sociales actuales -sobre todos los más lesivos a la integridad de los bienes jurídicos-, va ganando terreno el decisionismo de la Administración que, en la asunción de esta nueva prerrogativa, otrora ejercida por la soberanía popular y sus representantes, vela por la protección de sus funciones y no ya de los derechos, bienes e intereses de la ciudadanía.<sup>2005</sup>

---

<sup>2002</sup> Müssig, B., “La desmaterialización del bien jurídico y de la política criminal. Sobre las perspectivas y los fundamentos de una teoría del bien jurídico crítica del sistema...”, op.cit., pág. 173. El autor concluye su artículo en estos términos: “el cometido de una política criminal moderna ha de estar, también, en la caracterización normativa de las esferas del sujeto en un mundo complejo, y ello, precisamente también en contraposición con el poder público(...) pero el instrumentalario de la teoría general del bien jurídico es de poca ayuda en este contexto; por el contrario, aparece como un relicto dogmático que oculta la perspectiva decisiva, la que se fija en la relación directa entre el Derecho penal y la determinación de la concreta configuración de la sociedad”, ibidem, pág. 208; porque páginas atrás afirma que “el significado social del injusto jurídico penal no se puede captar con la vista puesta sólo en una externa “lesión del bien jurídico”, sino que ha de ser entendido más bien en su sentido original de quebrantamiento de la norma”, ibidem, pág. 194.

<sup>2003</sup> Moccia, S., “De la tutela de bienes a la tutela de funciones”, op. cit., págs. 115 ss.

<sup>2004</sup> Véase *supra* 1.7, 1.8.

<sup>2005</sup> Donde al Derecho penal le quedaría como función aportar capacidad de resistencia a las expectativas, Cfr. Karl, W., “Protección de bienes jurídicos mediante protección del Derechos. Sobre la función delimitadora entre bienes jurídicos, daño y pena”, (trad. Ragués i Vallés), en Instituto de Ciencias Criminales de Frankfurt, (ed.), *La insostenible situación del Derecho Penal*, op. cit., págs. 57 ss.



En la actualidad, las garantías habrán de esgrimirse contra un poder estatal que pretende administrar las consecuencias que el sistema global provoca, operando sólo en términos de eficacia. No por casualidad, como destaca Zaffaroni, muchos regímenes autoritarios han preferido las vías administrativas sancionatorias a las penales.<sup>2006</sup> En efecto, la pugna por las garantías y las libertades públicas importa la reivindicación de un Estado que actúe bajo el imperio de la ley; en virtud de estos postulados, el Estado deberá ajustar su modelo represivo penal al proyecto y los mandatos del Estado constitucional de Derecho –lo cual permitirá “reubicar” a la política criminal a fin de contener la potencia punitiva. Asimismo, lo anterior introduce la necesidad de buscar, inexcusablemente, un nuevo fundamento racionalizador de la coerción penal y de su monopolio estatal, lo cual determina que el Derecho penal no pueda pensarse separado de la política criminal.<sup>2007</sup>

Otro de los caminos por los cuales discurren los análisis dogmáticos y políticos criminales de las últimas décadas para articular el debate respecto del papel del Derecho penal, puede ser explicado con un autor como Lüderssen,<sup>2008</sup> que califica de inalcanzable utopía el retorno del “viejo Derecho penal liberal” cuyas garantías actuaban como límite material contra el Leviatán. Por nuestra parte entendemos que la lucha por las garantías y las libertades continúan siendo, dos siglos después, la tarea insoslayable de nuestra ciencia.<sup>2009</sup> Una ciencia democrática tiene anclaje en los principios que permiten la exaltación crítica y no meramente “sistematizadora,”<sup>2010</sup> amplía el horizonte de su objeto a la política

---

<sup>2006</sup> Zaffaroni, E.R./Alagia, A./Slokar, A., *Derecho penal...*, op.cit., págs. 244, 346 ss.

<sup>2007</sup> Hormazábal Malarée, H., *Bien jurídico...*, op.cit., pág. 93. Por su parte, Von Liszt distinguió claramente entre una ciencia normativa con método dogmático y las demás disciplinas colaboradoras de las ciencias penales, entre las cuales asumen relevancia la política social y la política criminal. Esta última fue objeto de ensalzamiento por el autor alemán como puente con las demás ciencias, ya que se ocupará de la lucha contra la criminalidad de forma individualizada, mediante la asunción de un pensamiento crítico del Derecho vigente, para así poder desarrollar criterios que informarán las futuras legislaciones. Ello derivado de entender que el orden sancionador “cumple antes que nada una función garantizadora, al establecer los presupuestos cuya concurrencia autorizan al Estado para castigarlo sobre fundamentos estrictamente normativos que a la política criminal le son absolutamente infranqueables”. A mayor abundamiento, Morales Valdés, H., *Bien jurídico, principio de ofensividad e idoneidad lesiva. Análisis crítico del concepto de strict liability en Derecho inglés*, Tesis Doctoral, ejemplar mecanografiado, Universidad de Salamanca, Salamanca, 2004, págs. 63 ss.

<sup>2008</sup> Lüderssen, K., “*El Derecho penal entre el funcionalismo y el pensamiento vinculado a los principios “europeos tradicionales”*”, en Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal, año V, núm. 9/A, 2001, págs. 59 ss.

<sup>2009</sup> Habermas, J., *Facticidad y validez*, op. cit., pág. 184, donde la “*reflexividad del espacio público puede desarrollar “el proyecto inconcluso” de la modernidad*”, que tendrá como fundamento, en nuestra opinión, el papel que habremos de asignarle al progreso económico en relación con los Derechos humanos.

<sup>2010</sup> De Sousa Santos, B., *Crítica de la razón indolente.....*, op.cit. págs. 213 ss., afirma que “precisamos de una ciencia de turbulencia, sensible a las nuevas exigencias intelectuales y políticas de utopías más eficaces y realistas que aquellas por las cuales vivimos en el pasado reciente. La nueva

criminal e, incluso, a la realidad política que pretende gobernar. Porque el instrumento penal es un instrumento político, un programa que mira a la propia realidad social y humana que se regula.<sup>2011</sup>

Con todo, la “individualización” que sufre la ciudadanía y la soledad e incertidumbres propias de esta época, según nuestra propuesta, podrá ser discutida y en alguna forma disminuida si logramos articular espacios democráticos. Si el Estado ha comenzado a legitimarse en tanto capacitado para “gestionar” los riesgos a los que lo enfrenta la globalización económica, cultural, legal, etc., es necesario hacer hincapié en que no debemos confundir ni lo racional con lo real, ni tampoco la sociedad con el Estado.

En consecuencia, el movimiento social puede recobrar los espacios cedidos a la Administración en tanto que sea capaz de construir y desarrollar un contenido distinto al que actualmente otorga a su autonomía. Porque los criterios de legitimación, como antes afirmáramos, del Estado de Derecho democrático y del actual son diferentes, cuando no contrapuestos.<sup>2012</sup> Este último es puramente funcionalista, no admite el disenso, sino que dentro de su estructura autorreferencial los sistemas se mantienen en tanto que anulación de la información que proviene desde el ambiente, de modo que opera sus propios mecanismos a fin de neutralizar la diferencia y atraerla hacia el sistema, transformando las distintas racionalidades en la propia, la funcional.<sup>2013</sup>

En cambio, un ámbito democrático de discusión y decisión de los asuntos comunes se abre a la participación, un sistema que articulará la pluralidad de los intereses en juego dentro de sociedades complejas. Los procesos globalizadores, con su incremento de la movilidad de capital y personas, van configurando sociedades altamente heterogéneas, de modo que con las sucesivas rearticulaciones del contrato social los intereses de los distintos grupos se van ampliando con el correr de las últimas décadas. Esta complejidad no puede ser eliminada por obstruir el funcionamiento del sistema, sino que debe ser puesta en juego en el campo de la democracia.<sup>2014</sup>

En este sentido, el bien jurídico será el ágora en el devenir del Estado actual, puesto que es insoslayable la creación de un nuevo espacio, que no tiene

---

constelación de sentido no nace de la nada. Debe beneficiarse de una excavación en el pasado en busca de tradiciones intelectuales y políticas prohibidas o marginadas, cuya autenticidad surge bajo una nueva luz después de “desnaturalizarse”, o incluso de demostrar la arbitrariedad de esa prohibición y marginación. Por encima de todo, el nuevo conocimiento se asienta en un “despensar” el viejo conocimiento aún hegemónico, el conocimiento que no admite la existencia de una crisis paradigmática porque se niega a ver que todas las soluciones progresistas por él pensadas fueron rechazadas o se volvieron inejecutables”.

<sup>2011</sup> Véanse *supra* 5.6.c.; 5.6.e.

<sup>2012</sup> Ferrajoli, L., “¿Existe una democracia participativa?”, en Ferrajoli, L.; /Perfecto Ibáñez, A., /Zolo, D., *Democracia autoritaria y capitalismo maduro*, op.cit., págs. 40 ss.

<sup>2013</sup> Véanse *supra* puntos 5.2.a; 5.2.b.

<sup>2014</sup> De conformidad con la propuesta de De Lucas, J., “Sobre el papel del Derecho...”, op.cit., pág. 52.

que ver con la expansión ni con la huida hacia el Derecho penal, sino con la recuperación del Estado de Derecho impidiendo que la *administración de los ilegalismos* lo torne discrecional, porque cuando se soslaya el carácter limitador del “bien jurídico” lo que se está haciendo en realidad es cambiar el titular y el contenido del mismo.<sup>2015</sup>

Frente a las políticas penales preventivas<sup>2016</sup> y la consiguiente configuración de normas penales simbólico-funcionales en las cuales el contenido material del bien jurídico es la *vigencia de la norma*-,<sup>2017</sup> estimamos que para poder señalar cuáles de las conductas constituyen menoscabos al bien jurídico, primero deberemos discutir cuál es el bien que se quiere proteger; sólo desde la materialidad<sup>2018</sup> del bien jurídico podremos determinar cuáles de las afectaciones son intolerables.<sup>2019</sup>

Frente al proceso de “espiritualización”<sup>2020</sup> de los bienes jurídicos y la sanción de conductas cada vez más alejadas de la efectiva lesión o puesta en peligro de los mismos, debe ser puesta de relieve la importancia garantística del principio de ofensividad, que impide la incriminación de hechos que no impliquen una lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos. Para ello deberá

---

<sup>2015</sup> Zaffaroni, E.R., /Alagia, A., /Slokar, A., *Derecho Penal...*, op.cit., 486.

<sup>2016</sup>Feijóo Sánchez, B., “*La normativización...*”, op.cit., pág. 539.

<sup>2017</sup> Véanse *supra* 4.11; 5.2.a.

<sup>2018</sup> Es dable aquí aclarar la significación que pretendemos otorgar al término de materialidad. En este punto seguimos a Gracia Martín, L., *Prolegómenos...*, op.cit., , nota 332, pág. 168, cuando establece que “materia” abarca absolutamente todo, por supuesto lo que *es* –así, el hombre, como ente que *es* y *existe*-, pero también lo que *no es* y, sin embargo *existe* materialmente –así, todas las diversas clases y tipos de dioses, demonios, hadas y ogros, etc., en cuanto invenciones de los hombres que *no son*, pero que *existen* materialmente y, por ello, *causan* –pues, de acuerdo con el antiguo estoicismo, y con las filosofías materialistas, nada de lo que existe es inmaterial. Según esto, que tiene una gran trascendencia para la doctrina del bien jurídico, allí donde el pensamiento al uso habla de lo “inmaterial”, yo hablo de lo “incorporal”, entendiendo que también lo incorporal es, por supuesto, material. Por consiguiente me parece absolutamente rechazable, y en su totalidad, el discurso que actualmente produce un determinado sector de la doctrina penal en torno a una supuesta “desmaterialización” del (concepto) de bien jurídico. Soto Navarro, S., *La protección penal de los bienes colectivos de la sociedad moderna*, op.cit., pág. 278, afirma que a falta de una profundización en nuevos parámetros no puede sostenerse que ni la materialidad ni el concepto de lesión se entienden en un sentido naturalístico, sino sociológico, de modo que “*la única cualidad necesaria ab initio* para que un bien entre en el catálogo de los bienes jurídicos protegidos es la pertenencia a la realidad social, con independencia de que sea o no aprehensible por los sentidos”; Portilla Contreras, G., *El Derecho penal entre...*, op.cit., págs. 327 ss.

<sup>2019</sup> Alvarez García, F.J., *Introducción a la teoría jurídica del delito*, op.cit., págs. 11 ss.

<sup>2020</sup> Silva Sánchez, J.M., *La insostenible situación del Derecho penal*, op.cit., pág. XII (prólogo); Alcácer Guirao, R., *Sobre el concepto de delito*, op.cit., págs. 79 ss.; Müssig, B., “*La desmaterialización del bien jurídico y de la política criminal. Sobre las perspectivas y los fundamentos de una teoría del bien jurídico crítica del sistema*”, en *Revista de Derecho penal y criminología*, 2º época, núm. 9, 2002, págs. 169 ss., afirma “todo bien jurídico, sin excepción, remite a un substrato *material* aunque sea de carácter incorporal”; del mismo “*Aspectos teórico-jurídicos y teórico-sociales de la imputación objetiva en Derecho penal*”, (trad. Cancio Meliá), en Gómez Jara-Díez, C., (ed.), *Teoría de sistemas...*, op.cit., págs., 205 ss.

atenderse a la *determinación del contenido material del bien jurídico, dentro del contexto de un Derecho penal orientado a la Constitución*,<sup>2021</sup> todo ello en vistas de limitar y deslegitimar el poder policiaco de las políticas actuales.

A mayor precisión, como afirma Fernández, “la inflexión de la dogmática penal hacia una orientación jurídico constitucional abarca por supuesto la teoría del bien jurídico, la cual también se adecua al nuevo paradigma. El bien jurídico pasa a orbitar, por lo tanto, en el ámbito de la ley fundamental.”<sup>2022</sup> Por ello, estimamos pertinente proponer el bien jurídico como un ámbito de retroalimentación del espacio de lo público, un ámbito de discusión de qué medidas habremos de tomar en pos de una política criminal que fije sus objetivos no ya sólo en la racionalidad de los fines, sino también de los medios. No habremos de alcanzar fines racionales en tanto que los medios no lo sean.<sup>2023</sup>

A partir de dichos postulados, un bien jurídico susceptible de acoger los principios liberales tendría que ser conformado a partir del *prius axiológico* de la persona frente a intereses suprapersonales reconducibles al mantenimiento de una estructura o función social.<sup>2024</sup>

De ahí que el Estado social y democrático de Derecho deba ser recuperado por los ciudadanos, en el ejercicio de su autonomía. Recuperar el ámbito de lo público desde el nuevo lazo social que anhelamos poder construir, en la búsqueda de un discurso que parta de la globalización de los Derechos humanos y de la denuncia de su instrumentalización como fundamento de las intervenciones imperiales.<sup>2025</sup>

---

<sup>2021</sup> Por su parte Amelung afirma que la diferencia esencial entre la concepción espiritual y material podría caracterizarse destacando que mientras el bien jurídico material se configura como el objeto valorado – comprendido en un sentido laxo-, la concepción espiritualizada del bien remite directamente a la valoración del objeto. Frente a lo protegido desde una concepción material del bien jurídico, una versión espiritualizada de dicho interés llevaría a entender lo protegido por el Derecho penal en tanto valor social. Las ventajas de una noción material son dos: primero, la delimitación de la “esfera de legitimación” que imprime el propio concepto de bien jurídico; segunda, la plasmación de la exigencia de un daño para la persona. Véase Alcácer Guirao, R., *Sobre el concepto de delito*, op.cit., págs. 83 ss.

<sup>2022</sup> Fernández, G., *Bien jurídico y sistema del delito. Un ensayo de fundamentación dogmática*, B de F, Montevideo- Buenos Aires, 2004, pág. 47.

<sup>2023</sup> Zúñiga Rodríguez, L., *Política Criminal*, op.cit., pág. 268; la autora, siguiendo a Miguel Florez, somete a crítica a la razón totalizadora de la modernidad, lo cual implica interpelar críticamente a todas “*las figuras delirantes de la razón como aparato de dominio. Entre ellas, es importante cuestionar la utilización de la penal para fines de estabilización social y el sistema penal como sistema funcional a la sociedad en que vivimos*”.

<sup>2024</sup> Esta afirmación permite plasmar la diferenciación radical con el comunitarismo. Véase Silva Sánchez, J.M., *Política criminal y persona*, Ad-hoc, Buenos Aires, 2000, págs. 42 ss.; Torío López, “*El sustrato antropológico de las teorías penales*”, en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid*, 11, (Monográfico Estudios de Derecho penal en Homenaje al Profesor Jiménez de Asúa), junio 1986, págs. 667-678. Asimismo, esta afirmación concuerda con los términos de Zaffaroni, E.R., /Alagia, A., /Slokar, A., *Derecho Penal. Parte General*, op.cit., pág. 129.

<sup>2025</sup> Žižek, S., *Did somebody say totalitarianism?*, op.cit., págs. 3 ss.; Lindgren Alves, J.A., *O contrário dos direitos humanos...*, op.cit., págs. 109-110.

## 5.9. Los intentos del discurso jurídico de dotar de contenido material al bien jurídico

En este apartado nos abocaremos al estudio de las distintas teorías que han pretendido otorgar un contenido material al bien jurídico, porque entendemos que es el instrumento jurídico fundamental a la hora de hacer efectivo el principio de lesividad,<sup>2026</sup> con virtualidad de acotar la potencia punitiva, mediante la argumentación que le dará entidad. Esto implica que la actividad legiferante penal, en aras a la consecución de una política criminal acorde con el Estado social y democrático de Derecho,<sup>2027</sup> tendrá sobre sí la carga de la prueba que le permita quebrar el principio de *nullum crimen sine inuria*. De este modo deberá *argumentar democráticamente* respecto de las conductas que fragmentariamente selecciona, en virtud de la intensidad del ataque o lesión concreta a los bienes jurídicos que pretende proteger, porque de otro modo operará el principio de *in dubio pro libertate*.<sup>2028</sup>

---

<sup>2026</sup> Zaffaroni, E.R., /Alagia, A., /Slokar, A., *Derecho Penal. Parte General*, op.cit., pág. 487.

<sup>2027</sup> Aunque se le adjudique al concepto de bien jurídico que no haya podido desarrollar una función de acotamiento de la potencia punitiva, nada indica que no podamos realizar un esfuerzo a favor de continuar con el análisis de las dinámicas históricas, para arribar a una delimitación del mismo. Esta tarea sólo se verá realizada en tanto que asumamos la categoría de bien jurídico como un instrumento para la crítica del avance del poder punitivo y, de allí, como un continente racional para evaluar la actividad legiferante penal. Cfr. Kalho, M., “*Sobre la relación entre el concepto de bien jurídico y la imputación objetiva en Derecho penal*”, op.cit., págs. 56-57.

<sup>2028</sup> Zúñiga Rodríguez, L., *Política Criminal*, op.cit., pág. 54, afirma que el sistema de valores plasmado en la Constitución constituye un compromiso de realización material de los mismos por parte de los poderes públicos, responsabilizándolos por la adopción de políticas sociales y criminales de conformidad con dichos valores (artículo 9.2 CE). Este artículo interpretado junto con lo dispuesto por la norma 10.1 CE, “obliga a una comprensión finalista de los Derechos fundamentales cuya extensión y eficacia máximas aparecen como la irrenunciable meta a alcanzar, esto es el principio *in dubio pro libertate* adquiere su dimensión más amplia de favor *libertatis*, maximizando la fuerza expansiva de los Derechos fundamentales”. Asimismo, expresa Sternberg- Lieben, D., “*Bien jurídico, proporcionalidad y libertad del legislador penal*”, op.cit., pág. 113, que “una de las dificultades al construir un concepto material de delito con apoyo en la teoría personal del bien jurídico tiene que ver con que a la hora de determinar los estados de cosas sociales que por su carácter elemental y su importancia han de ser protegidos por el Derecho penal se entrecruzan dos niveles de discurso, uno normativo-jurídico, el otro social-objetivo. Desde el punto de vista normativo-jurídico, las disposiciones constitucionales y su ordenación de bienes jurídicos fundamentales han de servir como principal guía, si bien el programa normativo que la Ley Fundamental ofrece al legislador penal ni está cerrado ni es completo. Aunque la parte dogmática de la Constitución (en relación con la cláusula del Estado de Derecho) impone al legislador deberes de protección respecto a los bienes individuales más importantes, el Derecho general a la libertad del art. 2, párrafo 1º, de la Ley Fundamental (Alemana) complementa estos específicos ámbitos de protección de Derechos fundamentales con la protección general de la libertad de actuación de la persona, que ésta puede ejercitar como lo estime conveniente. Esta cláusula general permanece abierta a los desarrollos que se produzcan y fundamenta nuevos deberes de protección frente a aquellos que puedan poner en peligro la personalidad... de este

Para la propuesta metodológica que se desarrollará en los puntos siguientes, de conformidad con lo analizado a lo largo del trabajo, no haremos una estricta línea histórica de la “evolución” del concepto de bien jurídico,<sup>2029</sup> o de los avatares que ha sufrido oscilando entre un instrumento de legitimación de los excesos de la potencia punitiva en diversos momentos o las bien intencionadas teorías que intentaron componerlo como un límite.<sup>2030</sup> La necesidad y

---

modo, inferir de la Ley Fundamental limitación alguna del conjunto de condiciones del desarrollo personal resulta imposible”.

<sup>2029</sup>Tenemos la sensación de que nunca serán suficientes los esfuerzos de la doctrina en la programación de contención de la potencia punitiva. Ello porque a través del estudio de la evolución del concepto de bien jurídico se hacen evidentes las cadencias y decadencias que han ido trazando sus derroteros históricos. El análisis de la evolución histórica de este concepto puede contribuir para su reformulación en la actualidad, con las complejidades y novedades propias de la transición en la que nos encontramos, porque de la evolución se extrae palmariamente la “virtualidad” que tiene el concepto de servir a los distintos regímenes políticos y económicos, cristalizándose en programas de política criminal de signo diverso, y sobre todo en el pensamiento jurídico-penal que se reproduce respecto de estos derroteros. No podemos soslayar el hecho de que el concepto de bien jurídico se desarrolla en el contexto de gran producción e incremento del consumo. En este sentido, es importante destacar la “fetichización” y, la metamorfosis de la “mercancía” inserta en la evolución del capitalismo, las alteraciones que se irán produciendo en el concepto de bien jurídico – que de manera gradual va perdiendo su sustrato material. Esta categoría dogmática se configura términos de mercancía real en la época fordista, hasta el punto de configurar sólo un mero presupuesto material en la teoría de Binding. En el régimen de producción postfordista actual tiende a confundirse con la noción de función y, por tanto, a desmaterializarse. En lo que sigue serán analizadas las doctrinas que a partir de la Segunda Guerra mundial intentaron dar contenido material al bien jurídico. En general se atribuye a Birnbaum el concepto de bien jurídico, en oposición a las tesis de la ilustración, según las cuales el delito conllevaría la lesión de un Derecho subjetivo. Fue Von Feuerbach –partiendo de una concepción contractualista correspondiente a su época– quien describía el delito como la violación de un Derecho subjetivo, en contraposición con aquellos que lo entendían como una lesión al deber de obediencia frente al Estado. Al partir de una situación de igualdad en la libertad de todos, igualdad quebrada por medio del delito, el Estado quedaba sujeto a un principio material, esto es, a la preservación de la libertad individual, independiente de los fines políticos del Estado. Esta conceptualización buscaba oponer límites al arbitrio de incriminación en los tipos penales, ello por considerar que el Estado no podría prohibir cualquier conducta, sino sólo aquellas que implicaran una violación de un Derecho subjetivo. En efecto, Birnbaum, en su elaboración, buscaba adecuar la teoría jurídica del delito a las normas positivas vigentes. Es por ello que, mediante la introducción del concepto de violación al bien jurídico, y no de lesión de Derechos subjetivos, se pierde la necesaria imbricación con los principios de legitimidad, y se da acogida dentro del concepto a delitos que atentaban contra la religión y el Estado. Porque como veremos más adelante, como todo concepto, el de bien jurídico sólo puede servir a una auténtica teoría democrática del injusto, en la medida en que corresponda a sus fines limitativos y no sólo a propósitos punitivos. De ahí la necesidad de su formulación dentro de un sentido de lenguaje que exprese, en su propio origen y elaboración, los contornos exactos de las “zonas” de intervención del Estado, a partir de la crítica de esa misma intervención, sobre los presupuestos de su legitimidad.

<sup>2030</sup> Como afirma Polaino Navarrete, M., *El bien jurídico en el Derecho penal*, Universidad de Sevilla, 1974, pág. 27, “con relativa frecuencia se observa cierta inseguridad en torno a la caracterización técnica de la noción dogmática de bien jurídico, originada en considerable medida por la

merecimiento de protección en un Estado social resulta clara; pero el problema resulta ser anterior, es decir, si se han cumplido los principios de subsidiariedad y de *última ratio*.

A nuestro juicio, la individualización de la conducta que afecta al bien jurídico en particular, que quedará plasmada en la sanción de la norma penal, surge de la *ponderación de intereses en un ámbito de discusión democrático*, de opciones valorativas que deben ser configuradas dentro del marco político constitucional. No obstante, aquello implica reconocer que no se trata de opciones ya dadas y como tales no susceptibles de revisión ulterior, sino que constituyen *pautas que orientan la ponderación, y que por su reversibilidad refuerzan su carácter democrático*.

Es cierto que no existe un concepto político criminal de bien jurídico, previo a criterios de carácter axiológico, de manera que no es posible la especulación con cánones fijos a los que poder anclar el problema de la intervención penal, la cuestión de la configuración de un bien jurídico no es “un parámetro ontológico de legitimación apriorística de las prohibiciones y sanciones penales,”<sup>2031</sup> sino que depende del modelo de sociedad, de las condiciones del sistema, pero sobre todo del modelo de Derecho penal que se quiera construir.<sup>2032</sup>

Frente a las derivas político-punitivas actuariales que describe el modelo de Estado actual buscamos la determinación de criterios de racionalidad adecuados a la transición del modelo de Estado que aún conserva los parámetros constitucionales anteriores en el contexto del postfordismo.

---

utilización de designaciones diversas, que, en su generalizado empleo en conexión con el ámbito materia del injusto, son motivo en ocasiones de un determinado índice de equivocidad”; hacen hincapié en esta dificultad asimismo la obra de González Rus, J.J., *Bien jurídico y Constitución. Bases para una teoría*, Fundación Juan March, Madrid, 1983, págs. 5 ss.

<sup>2031</sup>Ferrajoli, L., *Derecho y razón*, op.cit., pág. 471. Para un acabado análisis de la evolución histórica que comienza en el período iluminista hasta nuestros días véase Morales Valdés, H., *Bien jurídico, principio de ofensividad e idoneidad lesiva....*, op.cit., en especial, págs. 320-368; Hormazábal Malarée, H., *Bien jurídico....*, op.cit., págs. 24 ss.

<sup>2032</sup> De allí que la utilidad del concepto ha sido discutida, ya que no puede desconocerse su utilización por todo tipo de régimen político, habiendo quedado reducido a una simple categoría formal, a través de la cual cualquier tipo de Estado tutela los bienes que considera valiosos y no otros; por eso se convertido en un *dogma polivalente* aceptado por todos los sistemas penales, véase Méndez Rodríguez, C., *Los delitos de peligro y sus técnicas de tipificación*, op.cit., pág. 10, reproduciendo las expresiones de Mantovani. No obstante, teniendo en cuenta lo anterior, como afirma Hassermer, W., “¿Puede haber delitos que no afectan a un bien jurídico penal?”, (trad. Spínola Tártalo), en Hefendehl, R., *La teoría del bien jurídico*, op.cit., pág. 96, “el bien jurídico es irrenunciable como baremo de una buena política criminal”; asimismo, Gomes, L.F., “*Norma penal...*”, op.cit., pág. 306.

### 5.9. b. Las teorías constitucionalistas

Frente a las violaciones a los Derechos fundamentales producidas en el ámbito de la Segunda Guerra Mundial, surge en el discurso jurídico la necesidad de configurar límites a la arbitrariedad del poder que habían ejercido hasta ese momento las dictaduras en Europa. En este sentido, a partir de la Declaración Universal de Derechos Humanos en 1948, se recuperan los esfuerzos, en el ámbito del Derecho penal, por limitar la potencia punitiva.<sup>2033</sup>

Hasta ese momento, los intentos por dotar de un contenido material al bien jurídico habían puesto de relieve grandes cuotas de indeterminación, habiendo sido entendido como un sinónimo de *Derecho subjetivo*, como un *bien*, o un *valor, estado o situación, interés social, etc.*<sup>2034</sup>

En el Estado social y democrático de Derecho, la dignidad humana se erige como el eje central de la tutela jurídica, esto es, el límite infranqueable de toda la política.<sup>2035</sup> Desde este postulado, las teorías constitucionalistas ponen el acento en los límites a la selección de los bienes jurídicos más que en un análisis específico del concepto<sup>2036</sup>, vinculando su dimensión axiológica a los valores específicos enunciados en la Constitución<sup>2037</sup>. Ésta ocupa el lugar de una función

---

<sup>2033</sup> Las ideas de aquel momento residen en una radical oposición al momento histórico inmediato anterior, es decir, el nacionalsocialismo. En este sentido la política criminal recupera su función de oponer límites al poder punitivo mediante principios programáticos tales como la necesidad y utilidad de la pena, la dignidad de la persona, y la protección de bienes jurídicos. Así las cosas, por conveniencia metodológica habremos de calificar en dos grandes corrientes estos intentos de conceptualización del bien jurídico dentro de los límites marcados por el Estado social y democrático de Derecho: aquellas que sitúan el fundamento en la Constitución y aquellas otras que sientan un fundamento sociológico.

<sup>2034</sup> Fernández, G., *Bien jurídico y sistema del delito*, op.cit., pág. 47; Méndez Rodríguez, C., *Los delitos de peligro...*, op.cit., págs. 11-24.

<sup>2035</sup> Zipf, H., *Introducción a la política criminal*, (trad. Izquierdo-Macías, Picavea), Edersa, Madrid, 1979, pág. 40.

<sup>2036</sup> Méndez Rodríguez, C., *Los delitos de...*, op.cit., pág. 14.

<sup>2037</sup> Estas teorías pretenden formular criterios positivistas tanto para el legislador como para el intérprete, con el objeto de limitar la criminalización de conductas. Para ello, consideran que la legislación penal constituye una parte del ordenamiento jurídico, del cual la Constitución es el vértice. El ordenamiento penal no debe contradecir ninguno de los principios del nivel jerárquico superior. Fernández, G., *Bien jurídico y sistema del delito*, op.cit., pág. 45 ss., advierte que la constante entre las posiciones constitucionalistas del concepto de bien jurídico se fundamenta en la conformación de un Estado social y democrático de Derecho, lo cierto es que sólo parte de la doctrina (Alemania, Italia y España) ha desarrollado fórmulas afines desde dicho concepto, pero con ello no necesariamente se debe afirmar que el término "Estado social y democrático de Derecho" sea un obligado punto de partida. Ello es así porque las teorías constitucionalistas del bien jurídico han llegado a ser sustentadas por diversos conceptos que, sin ser opuestos a esta forma de Estado, parten de distintas consideraciones, a pesar de lo cual llegan a concepciones coincidentes. Respecto de la evolución en la doctrina alemana véase Hirsch, H.J., "Acerca del estado actual de la discusión sobre el bien jurídico", en AA.VV., *Modernas tendencias en la ciencia del Derecho penal y en la criminología*, op.cit., págs. 374 ss.; respecto de los desarrollos doctrinales en Italia, Quintero Olivares, G., *Adónde va el Derecho penal*, op.cit., pág. 146.



correctiva y limitante, que se constituye como el lugar de encuentro entre la política criminal y la dogmática, de allí que el sistema de los bienes jurídicos constitucionales sea el marco de referencia del sistema penal. Así por ejemplo, para Bricola el ilícito penal es tal en tanto que se concreta en la lesión de un *valor constitucional relevante*, ya que es la propia Constitución la que determina de forma vinculante la política de los bienes tutelables por la ley.<sup>2038</sup>

De este modo, el recurso a la norma suprema puede desplegarse con dos funciones; la primera, de carácter genérico, permite utilizar la Constitución como marco de referencia, la segunda implica conectar la norma penal con determinados principios o valoraciones acuñados en el texto constitucional. De conformidad con la primera, el modelo de Estado propuesto ofrece los lineamientos con los cuales pautar la criminalización de conductas, porque se reconoce el vínculo que existe entre el bien jurídico digno de tutela penal y la Constitución, cuidando así que se mantenga su coherencia con los principios y valores; en sentido negativo, la Constitución opone la imposibilidad de tutela de ciertos valores.

Por otro lado, encontramos aquellas teorías que se denominan de carácter estricto ya que deducen de concretas disposiciones constitucionales los objetos de tutela y la forma en la cual debe producirse la misma, circunscribiendo de este modo la selección a efectuar por el legislador.<sup>2039</sup>

---

<sup>2038</sup> Bricola, F., “*Tecniche di tutela penale e tecniche alternative di tutela*” en De Acutis/Palombarini (eds.) *Funzioni e limiti del diritto penale*, Cedam, Padova, 1984, pág. 9; Bricola funda en la norma constitucional los objetos dignos de protección penal, pues la misma contiene los elementos que considera esenciales del sistema penal italiano. Asimismo su propuesta analiza los elementos constitutivos del delito desde un plano abstracto, en el cual las constantes se formulan como una categoría permanente y lógica del pensamiento jurídico. Han seguido la propuesta de Bricola autores como Angioni, que construye su teoría considerando que la ofensa al bien jurídico es la parte central entre los factores relevantes de la determinación del ámbito del injusto penal. Esgrime el principio de proporcionalidad de la tutela, operando como parámetro de relevancia de las “*species*” y “*quantum*” de la punición. El principio tiene relevancia al momento de la confrontación entre el objeto de tutela (el bien jurídico tutelado) y el objeto de la reacción (el bien lesionado), de donde se deduce que el bien jurídico ofendido por el delito sea de valor proporcional a aquel lesionado por la pena. Y aquí el papel de la Constitución será el de actuar de canon valorativo para la graduación y la intervención. En lo que hace al nivel de anticipación, siguiendo el principio de proporcionalidad, es legítima la anticipación de la intervención en función de la importancia del mismo; y establece la diferencia entre hecho de lesión, hechos de peligro y hechos de peligro directo o indirecto. En el mismo sentido, Padovani, T., *Diritto penale*, Giuffrè, 5° ed., Milano, 1999, págs. 110 ss.

<sup>2039</sup> En la doctrina alemana, Roxin, C., *Derecho penal. Parte General*, (trad. Luzón Peña/Díaz y García Conlledo/Vicente Remesal), Civitas, Madrid, 1999, págs. 52 ss., propone fundamentar el carácter prepositivo de los bienes jurídicos partiendo de la Constitución y del Estado de Derecho, porque “el concepto de bien jurídico vinculante político-criminalmente sólo puede derivarse de los cometidos plasmados en la Ley Fundamental de nuestro Estado de Derecho, basado en la libertad del individuo, a través de los cuales se marcan sus límites a la potestad punitiva del Estado”, *ibidem*, pág. 55. De este modo, amplía el autor su conceptualización, apuntando que no es concebible una realización del tipo sin menoscabo al bien jurídico, ya que el legislador no

Se presenta, por ende, a la Constitución como la fuente tanto formal como material de la validez para la tutela de tales bienes, incardinados en la protección de las condiciones esenciales de la vida en común, pero ello presenta el inconveniente de identificar a los bienes jurídicos con los derechos fundamentales, que podría derivar en una concepción altamente formalista, en la línea de las concepciones inmanentes jurídico positivistas.<sup>2040</sup>

A propósito de lo anterior, se introduce una cuestión por demás criticable, cual es una “selección” de los bienes jurídicos a partir de la pena, en virtud de la cual consideran que la selección de los contenidos dignos de ser tutelados se encuentra en función de la gravedad de las sanciones penales.<sup>2041</sup> Ello presupone la posibilidad de establecer una jerarquía entre los valores recogidos en la Constitución, lo que implica una concepción formal y piramidal del Derecho, ignorando la participación de la sociedad en el proceso de formación de decisiones colectivas.<sup>2042</sup>

Otra objeción reside en que la Constitución, en su función primordial, no está encargada de la regulación del comportamiento de los ciudadanos entre sí, sino de establecer las claves fundamentales del ejercicio del poder político.<sup>2043</sup> En segundo lugar, desde el punto de vista de la utilidad de la referencia constitucional, se aduce que la flexibilidad y ambigüedad del texto constitucional no permiten hacer la “concreción”<sup>2044</sup> del bien jurídico protegido.<sup>2045</sup>

---

promulgará ningún precepto penal en el que no se persiga algún fin, porque los bienes jurídicos son “circunstancias dadas o finalidades que son útiles para el individuo y su libre desarrollo en el marco de un sistema social global estructurado sobre la base de esa concepción de los fines o para el funcionamiento del propio sistema”, *ibidem*, pág. 56. Así, para Roxin los bienes jurídicos se refieren a estados valiosos, materializados en la realidad, susceptibles de menoscabo mediante un actuar externo, y quiere expresar con este concepto tanto los estados previamente hallados por el Derecho como los deberes de cumplimiento de normas creados sólo por el mismo. El concepto de bien jurídico viene dado por la Constitución, por lo que de ningún modo es previo a ella, *ibidem*.

<sup>2040</sup> Soto Navarro, S., *La protección penal de los bienes...*, op.cit., pág. 52.

<sup>2041</sup> Carbonell Mateu, J.C., *Derecho Penal: Concepto y principios constitucionales*, 2ª. ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, pag. 33-34 ss.; Álvarez García, F., “Bien jurídico y Constitución”, en Cuadernos de Política Criminal, núm. 43, 1991, págs. 21-28.

<sup>2042</sup> Bustos Ramírez, J., *Manual de Derecho penal. Parte General*, 4ª ed., (corregida y puesta al día por Hormazábal Malarée, H.), PPU, Barcelona, 1994, pág. 117; del mismo “Los bienes jurídicos colectivos” en Bustos Ramírez, J., *Control Social y sistema penal*, PPU, Barcelona, 1987, pág. 192.

<sup>2043</sup> Bustos Ramírez, J., “Los bienes jurídicos colectivos”, op.cit., pág. 192; también crítico Mir Puig, S., “Bien jurídico y bien jurídico-penal como límite...”, op. cit., pág. 210, cuando afirma que “es innegable, por de pronto, que el reconocimiento constitucional de un bien debe servir de criterio relevante para decidir si nos hallamos en presencia de un interés fundamental para la vida social que reclame protección penal. Sin embargo, la cuestión no puede resolverse de plano con el sólo recurso a la Constitución, que tampoco en este punto constituye la varita mágica que algunos creen.”

<sup>2044</sup> La idea de *concretezza* como exigencia ineludible para detener el creciente grado de abstracción de las formulaciones dogmáticas esbozada por Mantovani.

<sup>2045</sup> En este sentido, véase Sternberg-Lieben, D., “Bien jurídico, proporcionalidad y libertad del legislador penal”, op.cit., págs. 106 ss., en especial, pág. 108.

Porque si bien la Constitución constituye un punto de referencia obligado –aunque no el único– para la selección y jerarquización de los valores que el Derecho penal está llamado a proteger, de modo que “sólo ciertos ataques a los Derechos fundamentales adquieren protección penal, de donde unos y otros no configuran categorías totalmente asimilables”,<sup>2046</sup> la tarea del legislador quedaría reducida a la mera selección de los bienes tutelables, reconocidos constitucionalmente. En efecto, los bienes que deben ser protegidos constitucionalmente no se deducen de los principios constitucionales, sino que se trata de asimilar los bienes ya existentes que el código protege a los principios constitucionales y por otro lado, de propiciar una protección penal de todos los valores que la Constitución consagra.<sup>2047</sup>

Al producirse un catálogo cerrado de bienes jurídicos constitucionales, se vulnera el carácter pluralista ínsito en cualquier sistema democrático. En este sentido se expresan Fiandaca y Musco, cuando afirman que si el sistema constitucional fuera realmente un sistema cerrado y autosuficiente de valores derivables de manera directa a normas penales, ello equivaldría a sustraer la estrategia criminalizadora de las reglas de la discusión pública propias de un régimen democrático, siendo precisamente el respeto a las mismas lo que impide que la Constitución se transforme en una especie de Derecho natural positivizado, rígido e intangible.<sup>2048</sup>

Por su parte Rudolphi, basándose en el modelo establecido por la Constitución de Bonn, rescata la importancia de las garantías formales, la vinculación jurídica del poder estatal a la idea de justicia material como finalidad del Estado. Así, la actividad de creación de normas penales se encuentra condicionada a “la protección y seguridad de las condiciones de vida de una sociedad estructurada sobre la base de la libertad de la persona y, al mismo

---

<sup>2046</sup> García Pablos de Molina, A., *Derecho penal. Introducción*, Universidad Complutense de Madrid, Servicio de Publicaciones, Facultad de Derecho, Madrid, 1995, pág. 270.

<sup>2047</sup> Méndez Rodríguez, C., *Los delitos de peligro...*, op. cit., pág. 17.

<sup>2048</sup> Fiandaca, G., /Musco, E., “*Perdita di legittimazione del diritto penale?*”, op.cit., pág. 39. Para los autores, la concepción de que el Derecho penal contribuiría al aseguramiento de las condiciones esenciales de la convivencia, predisponiendo la sanción penal para su defensa. Asimismo, proponen que los bienes jurídicos representan bienes socialmente relevantes considerados en razón de su importancia y, por lo tanto, meritorios de protección jurídica. Sin embargo esta propuesta es difusa y genérica, por lo cual no consigue dotar de suficiente contenido informativo y real a la función selectiva. Para la definición de bien jurídico se acercan a Rudolphi, Horn y Romano, quienes lo identifican con una unidad funcional. Es decir, el bien jurídico es equiparable a aquellos intereses idóneos para relaizar un determinado objetivo útil para el sistema social o para una parte suya. Sin embargo, la definición no puede quedar recortada únicamente en base a la unidad funcional y se corrige con los valores dados por la Constitución. Cuando hablan de relevancia constitucional de un bien se quiere expresar que la tutela penal es legítimamente extensible, de modo que no encuentra en el texto constitucional un reconocimiento expreso. Véase Fiandaca, G., /Musco, E., *Diritto Penale. Parte Generale*, Zanichelli Editore, Bologna, 2001, págs. 14 ss.

tiempo, es entendida por todos como razonable,”<sup>2049</sup> y aquí es donde la Constitución es el referente de los valores, de modo que éstos operan como pauta para una ulterior confección de un concepto material de bien jurídico.<sup>2050</sup>

En este sentido, la teoría constitucional del bien jurídico muchas veces ha servido para legitimar la criminalización de nuevas conductas -ya que para los partidarios de esta postura basta con el reconocimiento de un valor constitucional para que deban incriminarse tales ofensas- de allí que la función de límite que se le adjudica al bien jurídico derive en “el establecimiento de un vínculo positivo para intervenir penalmente”.<sup>2051</sup> Entendemos que la relevancia constitucional del bien no aporta criterios suficientes. Asimismo, tampoco permite establecer frente a qué modalidades de ataque deberá ser protegido, ni qué grado de afección es necesario para que sea objeto de protección penal. Esta teoría deberá ser necesariamente complementada con los principios que la propia Constitución consagra, de modo que sólo alguna de las modalidades de afección de que pueda ser objeto el bien jurídico, será materia del Derecho penal.<sup>2052</sup>

Si bien las tesis constitucionalistas procuran establecer un mayor nivel de garantía lo cierto es que cualquier ambigüedad significaría un debilitamiento de las herramientas con las que se cuenta. En efecto, aun cuando admitiéramos un concepto valorativo de bien jurídico o un contenido material de naturaleza social, como barrera de contención del poder punitivo, en la medida en que la protección de bienes jurídicos importa “una teoría sobre el proceso de criminalización” esta teoría no resultaría suficiente a tales efectos.<sup>2053</sup>

---

<sup>2049</sup> Rudolph, H.J., “Los diferentes aspectos del concepto de bien jurídico”, (trad. Bacigalupo), en *Nuevo pensamiento penal. revista de Derecho y Ciencias penales*, Año 4, 1975, pág. 329.

<sup>2050</sup> *Ibidem*, pág. 344 ss., el autor añade que el sustrato material del bien jurídico estará dado por la sociedad estatal conforme a la Constitución y por las condiciones y funciones sobre las cuales se estructura la vida en sociedad. Para atender a la dinámica propia de las relaciones sociales, el autor describe al bien jurídico como “unidades funcionales sociales” para la vida y organización de lo social.

<sup>2051</sup> Méndez Rodríguez, C., *Los delitos de peligro...*, op.cit., pág. 18.

<sup>2052</sup> Carbonell Mateu, J.C., *Derecho penal: concepto y principios constitucionales*, op.cit., págs. 33 ss., siguiendo a Ferrajoli y la propuesta de Derecho penal mínimo, afirma que el principio de intervención mínima comporta la no utilización del Derecho penal para la tutela de cualquier bien o interés. El carácter fragmentario implica que tan sólo deba usarse el sistema penal para castigar los ataques más intolerables, y el respeto al principio de ofensividad. En este sentido, el principio de ofensividad determina la no tipificación de conductas que no resultan peligrosas para los bienes o que no pueden comportar lesión o puesta en peligro de valores con relevancia constitucional, *ibidem* págs. 215 ss. Asimismo véase Soto Navarro, S., *La protección penal ...*, op.cit., págs. 57 ss., con abundante bibliografía sobre la crítica de esta postura; Zaffaroni, E.R., /Slokar, A./Alagia, A., *Derecho Penal. Parte General...*, op.cit., págs. 488-489.

<sup>2053</sup> Gómez Benítez, J.M., *Teoría jurídica del delito, Derecho Penal. Parte General*, Civitas, Madrid, 1984, pag. 166, donde establece que el bien jurídico es el elemento delimitador de la materia de prohibición.

Se precisa entonces de una relación complementaria, una propuesta de racionalización de la potencia punitiva. Por su parte, Berdugo<sup>2054</sup> y Álvarez García, siguiendo a Bricola, conceden al bien jurídico una función crítica, la cual se puede desarrollar en virtud de la aplicación de los principios de los artículos 1.1, 5.3, 2 y 168 de la CE.<sup>2055</sup> En palabras de Álvarez García, los “valores relevantes” se identifican con una relación programática de lo dispuesto en la Constitución de acuerdo con el modelo de Estado; de lo cual se deduce que a fin de determinar la relevancia de un bien deberá realizarse la ponderación entre el bien primario y el secundario, estableciéndose una estrecha relación entre el bien sacrificado con la sanción penal y el bien ofendido, ello con el fin de determinar la intensidad de la tutela penal.<sup>2056</sup>

### 5.9. c. Teorías sociológicas

La búsqueda de nuevos fundamentos para la racionalidad del sistema penal también puede realizarse en el ámbito sociológico<sup>2057</sup>. Estas teorías conciben al bien jurídico como “situaciones” o “estados” de particular valor social, de los cuales deviene la necesidad de protección, pero sin referencia al Derecho positivo, donde la Constitución sólo ocupa un lugar subsidiario.<sup>2058</sup>

---

<sup>2054</sup> Berdugo Gómez de la Torre, I., *“Reflexiones sobre la problemática del bien jurídico”*, ejemplar dactilografiado, Salamanca, 1990. El autor incorpora los lineamientos de Rudolphi y Bricola, de allí que la mera consideración formal de la relación del bien jurídico con el texto constitucional deba articularse con una consideración material de los principios contenidos en ella, porque allí se encuentran las metas del sistema que como principios oficiarán de criterio correctivo de carácter dinámico. Del mismo, véase *“El consentimiento en las lesiones veinte años después”*, en Arroyo Zapatero, L., *et.al.*, (dirs.), Nieto Martín, A., (coord.), *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos, In Memoriam*, op.cit., págs. 48 ss.

<sup>2055</sup> Según Álvarez García, F.J., *“Bien jurídico y Constitución”*, op.cit., págs. 24 ss., cuando España se constituye como un Estado social y democrático de Derecho, cuyos valores superiores son la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo, el artículo 1.1 se erige como la clave interpretativa de toda la Constitución.

<sup>2056</sup> *Ibidem*, págs. 30-38.

<sup>2057</sup> Luego de la Segunda Guerra mundial, la propuesta funcionalista que nace con Durkheim, heredera del positivismo de Auguste Comte, sustenta la intervención del Estado como la mejor forma de superar las tensiones y los problemas sociales, otorgando así legitimidad al Estado social. Entre sus más destacados representantes se encuentran Parsons, Merton y, en Alemania, Luhmann. Para esta corriente, uno de los principales problemas a resolver es el mantenimiento del orden social con relación al código moral al cual se adhieren los individuos. Por tal motivo, el problema se traslada a evitar los conflictos para mantener el sistema en equilibrio, a partir de la articulación de mecanismos de motivación que se producen en la socialización y el control social. El funcionalismo jurídico, que toma forma a partir de 1930, consolidándose con el surgimiento del Estado de bienestar, afirma que el origen de los problemas remite a un defecto de socialización, por lo cual el Estado deberá establecer los programas políticos necesarios a los efectos de lograr la integración de todos los individuos en el sistema de valores. Véase Garland, D., *Castigo y sociedad moderna*, op.cit., págs. 147 ss.

<sup>2058</sup> Fernández, G., *Bien jurídico y sistema del delito*, op. cit., pág. 58.

En este sentido afirma Hassemer que sería óptimo encontrar un concepto de bien jurídico concreto y real que permitiera al legislador remitirse a algo visible facilitando así el control sobre su decisión, de allí que lo conciba como “aquellos bienes reconocidos, que el hombre puede ver, y que son puestos bajo tutela penal”.<sup>2059</sup>

También en la doctrina alemana, Amelung, siguiendo los caminos funcionalistas de Luhmann<sup>2060</sup>, establece la relación entre delito y perturbación del funcionamiento del sistema social a través de los conceptos de lesión de bienes jurídicos y dañosidad social.<sup>2061</sup> En este sentido, postula la incorporación de la idea de dañosidad social a la teoría del bien jurídico, que permita la constatación empírica de las consecuencias sociales del delito; socialmente dañoso es un fenómeno disfuncional, es decir un fenómeno social que dificulta o niega la posibilidad de que el sistema social resuelva los problemas relativos a su subsistencia. De este modo, identifica al delito como un fenómeno especialmente disfuncional. Se presenta esta situación cuando hechos complejos se oponen a la integración o efectividad del sistema social, es decir, cuando contradice la norma institucionalizada que resulta necesaria para resolver los problemas de subsistencia de la sociedad.

En sus propios términos *“Desde esta perspectiva, socialmente dañoso es un fenómeno disfuncional, que impide o dificulta que el sistema social soluciones sus problemas de subsistencia (...) El delito es sólo un caso especial del fenómeno disfuncional, en general el más peligroso, el delito es disfuncional en cuanto contradicción de una*

---

<sup>2059</sup> Hassemer, W., “Lineamientos de una teoría personal del bien jurídico”, en *Doctrina Penal*, núm., 6, 1989, pág. 279; del mismo “Bienes jurídicos en el Derecho penal”, (trad. Ziffer), en AA.VV., *Estudios sobre justicia penal. Homenaje al Profesor Julio B.J. Maier*, op.cit., pág. 67.

<sup>2060</sup> Amelung, K., “Contribución a la crítica del sistema jurídico penal de orientación político criminal de Roxin” (trad. Silva Sánchez), en Schünemann, B., (coord.), *El sistema moderno del Derecho penal*, Tecnos, Madrid, 1991, págs. 97 ss., siguiendo el paradigma de la Teoría de sistemas, es decir la conducción “autorreferencial del sistema jurídico”. La transformación del entorno de este sistema en un mundo de bienes jurídicos es necesaria, toda vez que el sistema jurídico sólo puede captar y leer la información con su propio lenguaje. En una concepción funcionalista sistémica que se aleja de Jakobs sostiene que el concepto de bien jurídico en sí mismo no dice nada sobre el contenido que hayan de tener los juicios de valor que lo configuren como tal y por ello está abierto a casi cualesquiera valoraciones, de modo que transferidas al sistema dogmático jurídico-penal por medio de las numerosas funciones que cumple en el mismo. Lo anterior impide que el bien jurídico se vea categorialmente sustituido por cada nueva norma y tenga por ello que ser reconstruido. Gracias a esta característica, el dogma del bien jurídico se convierte en el punto de conexión de la política con la dogmática, y su concepto es complementario de la positividad del Derecho que traslada el dinamismo de lo político a la estabilidad del sistema jurídico. Véase Hormazábal Malarée, H., *Bien jurídico...*, op.cit., págs. 97 ss.

<sup>2061</sup> Peñaranda Ramos, E., “Sobre la influencia del funcionalismo y la teoría de sistemas en las actuales concepciones de la pena y el delito”, en Gómez Jara-Díez, C., *Teoría de sistemas y Derecho penal*, op.cit., pág. 225. Por otra parte, Karl, W., “Protección de bienes jurídicos mediante protección del Derecho. Sobre la conexión delimitadora entre bienes jurídicos, daño y pena”, op.cit., págs. 49 ss., propone una teoría de estabilización social pero a la cual adhiere un fundamento moral referido al desarrollo personal de los individuos.

*norma institucionalizada (...) que es necesaria para la solución de los problemas que afectan a la propia existencia de la sociedad (...) La función del Derecho penal, en cuanto mecanismo de control social, es reaccionar en contra.*"<sup>2062</sup>

Este autor asimila el bien jurídico con la dañosidad social, donde el perjuicio causado por el delito sólo se mide por el perjuicio al sistema social.<sup>2063</sup> Esta tesis, inspirada en el funcionalismo sistémico de Talcott Parsons, va en detrimento del tradicional concepto liberal de bien jurídico, ya que si bien reconoce los bienes jurídicos individuales, aunque su entidad quedase subordinada a su trascendencia social, es decir todo bien jurídico se constituye a partir de su conexión valorativa con el sistema social y con los posibles efectos disfuncionales de la dañosidad social del comportamiento.<sup>2064</sup>

A partir de la asimilación descrita se corre el riesgo de la pérdida del carácter limitador del bien jurídico, ya que la protección de valores morales o determinadas estrategias políticas puede estimarse como "funcional" en una determinada sociedad, debido a que "la relación norma penal – sistema social de referencia, queda sin contenido cuando no se define ese sistema social."<sup>2065</sup>

La principal objeción que del planteamiento funcionalista cabe hacer es que se corre el riesgo de subordinar las necesidades del individuo frente a las sociales. Esto puede derivar en la asunción, por parte de la política criminal, de un talante conservador: si la regla político-criminal es suprimir la disfuncionalidad, se consolida sin límites la situación presente;<sup>2066</sup> de modo que desaparece la capacidad limitadora, pasando a ser un simple axioma<sup>2067</sup> al excluir la consideración del principio de *última ratio*.<sup>2068</sup> De allí que el concepto de dañosidad social resulte insatisfactorio como límite a la actividad legislativa de incriminación de conductas, ya que éstas requieren de un referente axiológico que en las teorías funcionalistas no tiene lugar.<sup>2069</sup>

Advertidas estas críticas, Callies<sup>2070</sup> propuso la identificación del bien jurídico con las condiciones –seguridad general de las expectativas- que han de

---

<sup>2062</sup> Amelung, K., *Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft*, Frankfurt, a. M., 1972, pag. 361, cita reproducida por Soto Navarro, S., *La protección penal de los bienes...*, op.cit., págs. 68-69.

<sup>2063</sup> Amelung, K., "Contribución a la crítica del sistema jurídico penal de orientación político criminal de Roxin", op.cit., pág. 97.

<sup>2064</sup> Fernández, G., *Bien jurídico y sistema...*, op.cit., pág. 59.

<sup>2065</sup> Muñoz Conde, F., /Hassemer, W., *Introducción a la Criminología y al Derecho penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1989, pág. 46. Véase *supra* 5.5.c.

<sup>2066</sup> Terradillos Basoco, J., "La satisfacción de necesidades como criterio de determinación del objeto de tutela jurídico-penal", en *Revista Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid*, núm., 63, 1981, pág. 135, donde advierte el riesgo de transformar al Derecho penal en la consolidación de un orden dado.

<sup>2067</sup> Bustos Ramírez, J., *Manual de Derecho penal...*, op.cit., pág. 109.

<sup>2068</sup> Soto Navarro, S., *La protección penal de los bienes...*, op.cit., pág. 72.

<sup>2069</sup> Véase *supra* 5.2.

<sup>2070</sup> Callies, R., "Theorie der Strafe im demokratischen und sozial Rechtsstaat", Frankfurt a.M., 1974, citado por Aguado Correa, T., *El principio de proporcionalidad...*, op.cit., pág. 176; véase también Méndez Rodríguez, C., *Los delitos de peligro...*, op.cit., pág. 22.

servir de base a las posibilidades de participación del individuo en los sistemas sociales; esta noción, referida directamente al individuo tiende a evitar el peligro que representa la protección de las estrategias políticas o de los valores morales.<sup>2071</sup>

En las propuestas de Amelung y de Callies ostenta carácter decisivo para la determinación de la punibilidad de una conducta su “dañosidad social,” entendida como la potencialidad de producir desorganización social, y la consideración de la prestación funcional que la sanción despliega para el mantenimiento de las condiciones de existencia del sistema social. Asimismo ambos coinciden en establecer una referencia al Estado social y democrático de Derecho consagrado en la Constitución alemana como orden social del que parten.<sup>2072</sup> No obstante, para Callies, el análisis respecto de la función del Derecho basado en planteamientos propios de la teoría de sistemas se superpone a una concepción dialógica que viene a modificar el concepto de dañosidad social y afecta, asimismo, al contenido del bien jurídico.<sup>2073</sup>

Hassemer,<sup>2074</sup> dentro de esta corriente, parte de una justificación procedimental en el Derecho penal, y por lo tanto, estima necesario relacionar los principios normativos con los conocimientos empíricos, y desarrollar ambos en

---

<sup>2071</sup> Terradillos Basoco, J., “La protección de necesidades...”, op.cit., pág. 139. La postura de Callies en la doctrina española es retomada por Mir Puig, S, *Introducción a las bases del Derecho penal. Concepto y método*, Bosch, Barcelona, 1976, págs. 36, 88, 124, 134; donde el autor expresa que “un Estado social y democrático de Derecho tan sólo deberá amparar como bienes jurídicos condiciones de la vida social, en la medida en la que afecten a las posibilidades de participación de los individuos en el sistema social”, ibídem, pág. 92; véanse del mismo *Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de Derecho*, op.cit., págs. 41

<sup>2072</sup> Amelung, por su parte, afirma que la legitimación a la Constitución de la República Federal Alemana, obliga a respetar en la solución de los problemas de subsistencia del sistema ciertos límites liberales, básicamente derivados del valor que en este tipo de sociedad se ha de conceder a la dignidad humana, pero nada de ello produce una reformulación del concepto de bien jurídico. Dañosidad social, en cuanto perturbación de las condiciones de subsistencia del sistema social, y la lesión del bien jurídico entendida como frustración del fin de protección de la norma son así exigencias distintas, aunque complementarias en el análisis de la fundamentación del castigo de un determinado comportamiento. Véase Peñaranda Ramos, E., “Sobre la influencia del funcionalismo...”, op.cit., pág. 227.

<sup>2073</sup> Cfr. Mir Puig, S., *Función de la penal y teoría...*, op.cit., págs. 43 ss. op.cit., págs. 41 ss.

<sup>2074</sup> Sigue la doctrina de este autor Sternberg-Lieben, D., “Bien jurídico, proporcionalidad y libertad del legislador penal”, op.cit., pág. 110, cuando expresa que “con la vinculación que apoyándose en la constitución establece entre toda protección penal de bienes jurídicos y el aseguramiento de las condiciones para el libre desarrollo de la personalidad, la concepción personal del bien jurídico dispone por lo menos (pero no sólo) de un *topos* argumentativo para que la construcción del Derecho penal se oriente conforme al valor fundamental de nuestro ordenamiento, la persona. ... Desde un primer momento, el concepto personal de bien jurídico de ninguna manera constituye sólo un postulado de política jurídica (cuyo valor en todo caso no sería conveniente subestimar) sino que se infiere de una concreta concepción del Estado que sitúa la libertad del individuo en el centro del sistema.”



un proceso hermeneútico de concreción de la norma.<sup>2075</sup> El autor resalta la imprescindible conexión que debe haber entre el saber normativo-penal y el saber empírico, entre la ciencia y el mundo real, donde rechaza la concepción inmanentista que concibe al bien jurídico como mera creación del legislador, adoptando una postura trascendentalista.<sup>2076</sup>

De allí que el concepto de bien jurídico se construye en el contexto de una comprensión social normativa y del control social formalizado, por lo cual no se entiende como un concepto meramente normativo, sino que cabe extraer de él las premisas para racionalizar la política criminal, y constituye la base de la teoría del delito.<sup>2077</sup> Así las cosas, la funcionalización del Derecho penal se limita, para Hassemer, a la definición de su orientación general y a la explicación de la mecánica de sus instrumentos, pero no conlleva una definición funcional de las propias reglas de imputación del sistema.<sup>2078</sup>

A fin de componer el concepto de bien jurídico, el autor lo sitúa en el campo producido por la tensión ente el individuo y la sociedad, rechazando la protección exclusiva del sistema social, y limitándolo en torno a “los intereses humanos que requieren protección penal.”<sup>2079</sup> Asimismo, con el fin de recuperar el carácter limitador del bien jurídico, esgrime la “teoría personalista del bien jurídico” frente a la expansión del Derecho penal, es decir, su configuración como un Derecho de estricta garantía de los ciudadanos frente al Estado.

---

<sup>2075</sup> Hassemer, W., /Larrauri, E., *Justificación material y justificación procedimental en el Derecho penal*, Tecnos, Madrid, 1997, pág. 46.

<sup>2076</sup> Hassemer, W., *Persona, mundo y responsabilidad. Bases para una teoría de la imputación en Derecho penal*, (trad. Muñoz Conde- Díaz Pita), Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, págs. 46 ss.

<sup>2077</sup> Hassemer parte de un estudio dedicado al bien jurídico y se ha ido transformando en una concepción más general, fuertemente influida por teorías sociológicas del control social, de autores como Mead y Dewey. Para el autor alemán, el control social consiste en una “condición básica irrenunciable de la vida social. Con él asegura todo grupo, cualquier sociedad, las normas, las expectativas de conducta sin las que no podría continuar existiendo como grupo o sociedad... no hay alternativas al control social... sí hay sin embargo diversas alternativas a las concretas formas de control social” que se diferencian ante todo por su grado de formalización y por su particular intensidad. El sistema penal forma parte de ese control social y se caracteriza primariamente por su grado intenso de formalidad e intensidad. Seguido en la cultura penalista española por Muñoz Conde, véase junto con García Arán, M., *Derecho penal. Parte general*, 7ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, págs. 29 ss.

<sup>2078</sup> Como señalan Hassemer y Muñoz Conde en *Introducción a la criminología y al Derecho penal*, op.cit., págs. 173 ss., que pueda resultar todavía válida la pretensión de V. Liszt de que el Derecho penal constituya la barrera infranqueable de la política criminal, porque por Derecho penal se entiende en esta frase como el conjunto de los principios de imputación que formalizan el control social ejercido a través del Derecho penal y limitan su aplicación. Según Peñaranda Ramos, E., “Sobre la influencia...”, op.cit., pág. 228, en la anterior afirmación reside la diferencia entre las concepciones teleológicas o funcionales moderadas y esa versión extrema del funcionalismo que postula también la orientación de tales reglas o principios de imputación (por ejemplo, el principio de culpabilidad) a la función social del Derecho penal.

<sup>2079</sup> Hassemer, W., “Lineamientos de una teoría personal del bien jurídico”, en *Doctrina Penal*, año 10, núms. 37-40, 1987, pág. 282.

Hassemer, sin embargo, entiende que el concepto que da de bien jurídico es un concepto abierto, que no refleja un contenido específico, y del que, por tanto, no podrán extraerse concretas decisiones para el legislador, sino que tan sólo marca una línea argumental a seguir por aquél en la elección de la materia de protección penal.<sup>2080</sup> Este criterio deberá ser complementado por principios tales como el de dañosidad social, entendida como la trascendencia social del conflicto entre autor y víctima, el de subsidiariedad y el de proporcionalidad o el de tolerancia de cierto nivel de conflictividad social.<sup>2081</sup>

De allí que la concreción legislativa de qué formas de conducta son tan intolerables que exigen el recurso a la intervención penal debe depender de las valoraciones sociales históricamente condicionadas, negando el carácter de la existencia *per se* de los bienes jurídicos, son configurados por medio del acuerdo social basado en la experiencia.<sup>2082</sup> No obstante, Hassemer afirma que la inexistencia de una sanción penal sin bien jurídico resulta terror de Estado, y enuncia tres criterios que debería satisfacer en la actualidad un concepto aceptable de bien jurídico.

En primer lugar, la noción de bien jurídico debería adecuarse a la realidad: porque cuando nos referimos a éstos hablamos de la relación correcta entre Derecho y vida, de un puente firme hacia los “verdaderos” bienes de las personas hoy en día; esto exige una integración inteligente en el sistema de bienes jurídicos de las condiciones para la dignidad, esto es, sobre todo de intereses universales. En segundo lugar, el concepto de bien jurídico debería ser selectivo y nítido: se trata de los límites a la intervención en la libertad de actuación humana, es decir un concepto protector de la libertad, por lo que exige diferenciaciones precisas de los objetos y denominaciones cercanas a los hechos. Por último, el concepto de bien jurídico debería ser generalmente comprensible para facilitar el control democrático de la tarea del legislador; de modo que se prohíben generalizaciones nebulosas, que impidan a todos hacerse una idea.<sup>2083</sup>

Consideramos que al partir desde una concepción de un Estado Liberal, este argumento queda condicionado a una delimitación previa de los posibles objetos de tutela penal, que puede ser excluyente de las actuales relaciones sociales conflictivas vinculadas a bienes colectivos, que se fundamentan en un modelo de Estado social y democrático de Derecho.<sup>2084</sup> En este sentido, compartimos la postura de Soto Navarro cuando expresa que en realidad nada “habría que objetar si la orientación a la persona se entendiera como la *ratio legis* de todas las normas penales, esto es, como criterio fundamentador, en última

---

<sup>2080</sup> *Ibidem*.

<sup>2081</sup> *Ibidem*, pág. 278.

<sup>2082</sup> Soto Navarro, S., *La protección penal de los bienes...*, op.cit., pág. 76.

<sup>2083</sup> Hassemer, W., “¿Puede haber delitos que no afecten a un bien jurídico penal?”, op.cit., pág. 104.

<sup>2084</sup> Moccia, S., *El Derecho Penal entre ser y valor. Función de la pena y sistemática teológica*, (trad. Bonanno), BdeF, Buenos Aires, 2003, págs. 181-195.

instancia, del poder punitivo estatal, pero sin que ello condicione la concreta configuración autónoma de los bienes jurídicos colectivos.”<sup>2085</sup>

#### 5.9. d. Teorías eclécticas

Este *giro hacia la socialidad* <sup>2086</sup> que experimenta la teoría del bien jurídico se halla presente también en todas las teorías constitucionales, las cuales aparecen orientadas, casi sin excepción, a regular y tutelar formas sociales de convivencia. Todo bien jurídico comporta “un juicio de valor positivo sobre una situación o relación de la realidad social.”<sup>2087</sup>

Así las cosas, cobran sentido explicativo las afirmaciones de Rudolphi,<sup>2088</sup> cuando establece que la norma fundamental es la clave que permite soslayar la dicotomía que se produce entre un concepto meramente teleológico de bien jurídico (positivo, pero vacío y puramente formal) y un concepto liberal (con contenido, pero previo al Derecho positivo). Este autor plantea la posibilidad de obtener un concepto de bien jurídico pleno de contenido y obligatorio, ya no sólo político-jurídico. En su opinión ello sería posible si fuera factible deducirlo de las prescripciones jurídicas positivas, que son previas a la legislación pero obligatorias para ésta. Tales decisiones valorativas, previas y obligatorias para la legislación penal, no pueden deducirse, como en el iluminismo, de alguna norma de Derecho natural, ni tampoco, como lo ha hecho Von Liszt, de las relaciones sociales preexistentes. Según Rudolphi tales consideraciones valorativas sólo pueden estar contenidas en la Constitución, y ello se deriva de la afirmación de la Constitución Federal Alemana cuando se constituye en un Estado de Derecho.<sup>2089</sup>

Una norma penal sólo se justifica cuando es necesaria para la protección y seguridad de las condiciones de la vida de una sociedad, estructurada sobre la base de la libertad de la persona y, al mismo tiempo, entendida por todos como razonable. De esta manera, Rudolphi considera que los bienes jurídicos son “estados de cosas valiosos, tutelables y lesionables, donde cualquiera fuera su naturaleza se subsume en “aquellos presupuestos de una vida social próspera, apoyada en la libertad y responsabilidad del individuo”, o “funciones importantes para la vida social en el ámbito de la Constitución.”<sup>2090</sup>

---

<sup>2085</sup> Soto Navarro, S., *La protección...*, op.cit., pág. 77.

<sup>2086</sup> Fernández, G., *El bien jurídico y el sistema del delito...*, op.cit., pág. 57.

<sup>2087</sup> Díez Ripollés, J.L., “*La contextualización del bien jurídico protegido en un Derecho penal garantista*”, en Díez Ripollés, J.L., *Política Criminal y Derecho penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, pág. 34.

<sup>2088</sup> Rudolphi, H.J., “*Los diferentes aspectos del concepto de bien jurídico*” (trad. Bacigalupo), en *Nuevo Pensamiento Penal*, año 4, 1975, págs. 329-347.

<sup>2089</sup> García Rivas, N., *El poder punitivo en el Estado democrático*, op. cit., pág. 50.

<sup>2090</sup> Rudolphi, H.J., “*Los diferentes aspectos del concepto de bien jurídico*”, op.cit., págs. 339 y 342, respectivamente.

Es dable observar respecto de estas teorías que todas terminan en última instancia recurriendo a criterios valorativos<sup>2091</sup> para acotar la “disfuncionalidad” de la dañosidad social que, de no ser así terminaría por legitimar cualquier intervención por parte del poder punitivo de un Estado que pretenda perpetuar el sistema del que es co-productor, minando el contenido limitador y garantístico del bien jurídico.<sup>2092/2093</sup>

En la doctrina española son exponentes de la complementación de los criterios sociológicos, a fin de concretar el contenido del bien jurídico, con otros criterios de carácter axiológico, entre otros, Berdugo. El catedrático de Salamanca introduce el correctivo de la Constitución, al que le adjudica un valor directamente normativo, que tiene como expresión clave la necesidad de llevar a cabo siempre una interpretación conforme a ésta.<sup>2094</sup> El autor en comentario entiende que el bien jurídico “son las condiciones empíricamente necesarias para el funcionamiento del sistema, y que han de traducirse en concretas posibilidades de participación del individuo en los procesos de interacción y comunicación social.” Asimismo les otorga un carácter dinámico que les permita alcanzar las metas señaladas por la Constitución, y enfatiza esta expresión al afirmar que “el desarrollo del contenido de los bienes jurídicos constituye un factor que facilita el cambio social constitucionalmente exigido. El principio democrático se traducirá en la existencia de condiciones formales que posibiliten que el contenido de los diversos bienes jurídicos refleje los intereses de los distintos grupos sociales.”<sup>2095</sup>

En términos parecidos se expresa Muñoz Conde, cuando afirma que la autorrealización humana necesita de unos presupuestos existenciales que, en

---

<sup>2091</sup> Cfr. Soto Navarro, S., *La protección penal de los bienes...*, op. cit., pág. 73, donde expresa que “consciente de las carencias de la dañosidad social, Amelung, tiene que admitir finalmente la necesidad de juicios de valor para identificar los contenidos merecedores de tutela penal. En su intento de reformular íntegramente la legitimación del Derecho penal en un contexto funcionalista, se conduce a un callejón sin salida, por lo que tiene que “saltar” de forma decisionista a dos “premisas normativas” que no estaban en la base de su argumentación y cuya interpretación sociológica no queda nada clara”, haciendo referencia a la obra del autor *Rechtsgutverletzung und Sozialschädlichkeit*.

<sup>2092</sup> Véase el tratamiento del funcionalismo extremo en Jakobs, *supra* 5.2.b.

<sup>2093</sup> De Toledo y Ubieto, E.O., “Función y límites del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos”, op.cit., pág. 19, donde expresa que el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos interesa a fin de dotar de ciertos contenidos materiales a esos bienes jurídicos, es decir para obligar al Estado a deparar protección normativo-penal a determinados intereses y a no otorgársela a otros. Como tal “es producto de la lucha contra el Poder. Derivado de la confrontación histórica entre quienes –por encima de cambios cosméticos- procuran la inmovilización del sistema jurídico o su valoración en el único sentido del afianzamiento y expansión más sutil de su poder, pues con ese sistema satisfacen sus particulares intereses (de siempre ya realizados), y quienes pugnan por su modificación auténtica, y no sólo por su leve permeabilización, ya que todavía no da cobijo o no lo da suficientemente a los intereses difundidos de la mayoría y al ejercicio efectivo de los que formalmente se reconocen a cada individuo (que están aún por realizarse).”

<sup>2094</sup> Berdugo Gómez de la Torre, I., “Reflexiones sobre la problemática del bien jurídico”, op.cit., pág. 9.

<sup>2095</sup> *Ibídem*.

tanto son de utilidad para el hombre, se denominan bienes jurídicos y reciben protección penal: se trata, entonces, de “aquellos presupuestos que la persona necesita para su autorrealización y el desarrollo de su personalidad en la vida social.”<sup>2096</sup>

A partir de una síntesis liberal-social del concepto de bien jurídico, Gómez Benítez entiende que habrá que definir materialmente el perjuicio social como necesidad preventivo general de la pena, de donde la necesidad de ésta puede determinarse con independencia de la concreta lesión al bien jurídico, aunque tomando como punto de partida la referencia al hecho cometido. Este autor efectúa correcciones al concepto social de bien jurídico; en primer lugar, el bien jurídico debe ser, en todo caso y directamente, expresión directa de funcionalidad; en segundo lugar, el perjuicio social, que es el criterio por el que se dirige el proceso de criminalización, se identifica con la necesidad preventivo general de penar, y por último, entiende que el injusto penal deducido de ese proceso de criminalización se refiere a peligros para los bienes jurídicos y no a su efectiva lesión, y a hechos objetivamente innecesarios *ex ante*.<sup>2097</sup>

Por su parte, Silva Sánchez considera que, siendo adecuado el punto de partida de las concepciones sociológico-funcionalistas, y admitido el correctivo de necesaria referencia al individuo, resulta imprescindible efectuar aún ulteriores concreciones recurriendo a las ideas de necesidad de intervención penal y de proporcionalidad. Considera que las teorías que implícita o explícitamente encuentran el catálogo de los bienes protegibles en la constitución, si bien tienen pretensiones garantísticas, no son suficientes por sí solas para limitar eficazmente el poder punitivo. En aras de concretar el concepto de bien jurídico recurre a los principios político-constitucionales que inspiran al poder de castigar: merecimiento y necesidad de pena. En tanto que el merecimiento de pena se refiere a la significación del bien y a la gravedad del ataque al bien jurídico, la necesidad de pena deriva de la ineficacia de otros medios gravosos que los penales.<sup>2098</sup>

Por otra parte, Soto Navarro afirma que el bien jurídico es tan sólo un instrumento técnico jurídico, cuya utilidad sólo puede ser verificada si previamente se califica qué contenidos se quieren proteger en Derecho penal y quién ha de señalarlos, por eso “sólo se ha adoptado un premisa claramente consensuada: la idea de dañosidad social.”<sup>2099</sup> La autora considera de utilidad los aportes de la teoría sistémica, que concreta los efectos lesivos de ciertas formas de conducta como efectos sobre las condiciones de existencia y desarrollo de un sistema de interacción, donde las consecuencias sociales negativas se entienden como un perjuicio a las posibilidades de acción individuales; no obstante, la

---

<sup>2096</sup> Muñoz Conde, F., /García Arán, M., *Derecho penal...*, op.cit., pág. 54.

<sup>2097</sup> Gómez Benítez, J.M., “Sobre la teoría del bien jurídico” en Revista Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, núm. 69, 1983, pág. 111.

<sup>2098</sup> Silva Sánchez, J.M., *Aproximación al Derecho penal contemporáneo...*, op. cit., págs. 273-275.

<sup>2099</sup> Soto Navarro, S., *La protección de los bienes jurídicos...*, op.cit., pág. 81.

teoría de sistemas sólo muestra que hay ciertos problemas de organización social, por ello las decisiones concretas sobre los contenidos del Derecho penal requieren un referente axiológico, porque en definitiva, “la legitimación material de las normas penales remite al análisis de los criterios de identidad de una determinada sociedad.”<sup>2100</sup>

Asimismo afirma que no le corresponde al bien jurídico una función crítica externa al sistema jurídico-penal, sino que el “esfuerzo constructivo debe centrarse en el aspecto de la eficacia,” de modo que el concepto de bien jurídico constituya un instrumento útil para sintetizar, no para seleccionar, los presupuestos esenciales de la convivencia, y para configurar en torno a él descripciones precisas de conductas lesivas.<sup>2101</sup>

Terradillos Basoco entiende al bien jurídico como “la satisfacción de necesidades humanas, partiendo de la base de que ello se vincula con la esencia de la participación democrática en el Estado de Derecho.”<sup>2102</sup> También en esta línea se expresa Bustos Ramírez, al adoptar un concepto crítico de bien jurídico, comenzando por descartar las posiciones inmanentistas que lo hacen girar en torno del Estado y colocándolo, en vez, dentro del sistema jurídico, en la norma. Ello no implica tampoco que adhiera a posturas trascendentalistas, que posicionan el bien jurídico más allá del sistema positivo, ora en el Derecho natural y la naturaleza de las cosas, ora en la vida social o cultural.<sup>2103</sup>

De forma crítica con las posturas doctrinarias expuestas *ut supra*, Bustos sostiene que “no basta con señalar que lo social define al bien jurídico, ni que éste se ciñe a un *estado o condición social*, a determinados *presupuestos o condiciones de existencia*, ni siquiera a la *participación social*. Antes bien, se trata de emplear el baremo de la persona humana como ente social dentro de la sociedad democrática para dotar de mayor precisión al concepto. Con base en estos presupuestos, señala que lo propio de la persona como ser social es que se expresa mediante una relación social concreta y determinada, característica de la sociedad democrática, donde “los objetos de protección del Derecho penal no surgen en el vacío racional, sino en la *dinámica del funcionamiento de un sistema social determinado y por tanto de la conflictividad de intereses y necesidades contrapuestas*”.<sup>2104</sup> Asimismo hace hincapié en que los objetos de protección son producto de una decisión política al interior del sistema y, por tanto, su contenido dependerá del *grado de democratización de la instancia política de poder y de sus fallos estructurales*.<sup>2105</sup>

Por eso este autor considera que el bien jurídico tiene un carácter dialéctico y dinámico, ya que éstos implican una determinada posición de los individuos

---

<sup>2100</sup> *Ibíd.*, pág. 82.

<sup>2101</sup> *Ibíd.*

<sup>2102</sup> Terradillos Basoco, J.M., “*La satisfacción de necesidades humanas...*”, *op.cit.*, pág. 136.

<sup>2103</sup> Bustos Ramírez, J., *Control social y sistema penal*, PPU, Barcelona, 1987, págs. 137-138.

<sup>2104</sup> *Ibíd.*, pág. 128.

<sup>2105</sup> *Ibíd.*, el subrayado es nuestro.

entre sí y una intermediación con otros entes u objetos que se dan entre ellos. Los bienes jurídicos quedan plasmados dentro de un proceso comunicativo y participativo y, en su virtud, el bien jurídico es un concepto final, político jurídico, y sólo él puede legitimar un Derecho penal democrático, imponiéndole límites al poder punitivo del Estado. Con base en ello, otorga al bien jurídico el carácter de categoría crítica del propio sistema, pues está en el sistema, pero también fuera de él, donde el sistema tiene el carácter de ser abierto, esto es, en permanente configuración, en virtud de la participación de sus miembros en todos los procesos culturales, económicos y políticos.<sup>2106</sup>

Desde esta perspectiva, Bustos señala que lo propio de la persona humana como ser social, se expresa mediante una relación social concreta y determinada, característica de la sociedad democrática. Por eso *“el bien jurídico es un concepto propio a una sociedad democrática y no a otro tipo de organización social en que el comportamiento social del sujeto está determinado desde el Estado, la religión, la moral, etc., es decir desde el exterior a la relación social misma (aparticipativamente) y no desde la actividad de los hombres.”*<sup>2107</sup>

De manera que lo que interesa proteger al Derecho son las relaciones sociales determinadas y, por tanto, las interacciones que surgen entre los individuos. Sin embargo aclara que no hay que confundir “un bien jurídico con sus presupuestos: las relaciones sociales, las posiciones que en ellos ocupan los individuos, su intermediación con las cosas y otros entes, y la interacción que se produce entre ellos”, donde el “bien jurídico surge como un principio garantizador de carácter cognoscitivo; todo individuo y la sociedad toda, debe saber qué se está protegiendo con el sistema jurídico y con cada precepto, en especial punitivo, y además tener el camino expedito para conocer las bases sobre las que se sienta esa protección y poder hacer una revisión de ellas.”<sup>2108</sup>

Siguiendo los lineamientos de Bustos, Hormazábal Malarée, luego de puntualizar el carácter social del bien jurídico, afirma que éste no puede ser reducido a una exclusiva decisión del legislador, y lo reivindica como *símbolo de la dinámica de la práctica democrática*, definiéndolo como “una síntesis normativa superadora de la contradicción que a nivel normativo se genera en el sistema de relaciones jurídicas.”<sup>2109</sup>

En el mismo sentido, Méndez Rodríguez<sup>2110</sup> propone una dimensión dinámica del bien jurídico, que le permite abarcar con este concepto dos ámbitos, el individual y el colectivo, donde la idea de relación social, y de relación social conflictiva, es presupuesto material del bien jurídico. Frente a la definición de Bustos Ramírez, la autora sitúa la delimitación de aquellas relaciones conflictivas

---

<sup>2106</sup> Bustos Ramírez, J., *Manual de Derecho penal...*, op.cit., pág. 39.

<sup>2107</sup> *Ibidem*, pág. 62.

<sup>2108</sup> Bustos Ramírez, J., *Control social...*, op.cit, págs. 166 y 167.

<sup>2109</sup> Hormazábal Malarée, H., *Bien jurídico y Estado social y democrático de Derecho...*, op.cit., pág. 144.

<sup>2110</sup> Méndez Rodríguez, C., *Los delitos de peligro y...*, op.cit., págs. 25-35.

en “la existencia de un límite negativo de carácter normativo, que se concreta en la imposibilidad de sobrepasar o penalizar, al juridificar un conflicto, los principios reconocidos constitucionalmente.”<sup>2111</sup>

Los criterios de selección de bienes jurídicos esbozados por las doctrinas eclécticas se encuentran recogidos en algunas sentencias del Tribunal Constitucional; en este sentido adquiere particular relevancia el Fundamento Jurídico 6 de la STC de 28 de marzo de 1996: *“La respuesta a esta cuestión debe partir inexcusablemente del recuerdo de la potestad exclusiva del legislador para configurar los bienes penalmente protegidos. En el ejercicio de su competencia de selección de los bienes jurídicos que dimanen de un determinado modelo de convivencia social y los comportamientos atentatorios contra ellos, así como la determinación de las sanciones penales necesarias para la preservación del referido modelo, el legislador goza, dentro de ciertos límites establecidos en la Constitución, de un amplio margen de libertad, margen de libertad que deriva de su posición constitucional y, en última instancia, de su específica legitimidad democrática. No sólo cabe afirmar, pues, que, como no puede ser de otro modo en un Estado Social y democrático de Derecho, corresponde en exclusiva al legislador el diseño de la política criminal, sino también que, con la excepción que imponen las citadas pautas elementales que emanan del texto constitucional, dispone para ello de plena libertad.”*<sup>2112</sup>

De conformidad con lo expuesto, el Tribunal Constitucional considera que los límites que se derivan de la Constitución tienen un carácter negativo, fuera del cual el legislador goza de un margen de libertad en el ejercicio de su función democrática. En otra sentencia, al momento de evaluar el principio de proporcionalidad de las penas, afirma el alto Tribunal que el sacrificio de la libertad que impone la norma sólo se justifica si persigue la preservación de bienes *no proscritos constitucionalmente* y que, además, sean *socialmente relevantes*.<sup>2113</sup>

---

<sup>2111</sup> Ibídem, pág. 26.; más adelante agrega la autora que el reconocimiento del bien jurídico no puede implicar su automática protección, pues ésta es una elección político criminal que depende de la coyuntura histórica, y de qué bienes interesa proteger en un determinado momento, ibídem, pág. 28. Esta concepción le permite al concepto de bien jurídico una función crítica constante ya que son las relaciones sociales el presupuesto de los bienes jurídicos, y además permite establecer “una base vinculante en sentido negativo de que otras teorías del bien jurídico con base metajurídica, como la teoría sociológica de los hechos socialmente dañosos (el daño social), no han formulado de forma clara”, ibídem, pág. 29.

<sup>2112</sup> STC 55/1996 de 28 de marzo de 1996 (RTC 1996/55). Véase el tratamiento que de ésta y otras sentencias hace Aguado Correa, T., *El principio de proporcionalidad...*, op.cit., pág. 192-195; Soto Navarro, S., *La protección penal de los bienes...*, op.cit., pág. 59-60.

<sup>2113</sup> La STC 161/1997, en su fundamento jurídico 10, expresa: “esta, primera aproximación al problema de proporcionalidad suscitado podría incluso conducir ya a su resolución desestimatoria “si el sacrificio de la libertad que impone la norma persigue la preservación de bienes o intereses, no sólo, por supuesto, constitucionalmente proscritos, sino ya también, socialmente irrelevantes”. (STC 111/1993, FJ. 9º; STC 55/1996, FJ. 7º)



### 5.9. e. Toma de postura

En los apartados anteriores hemos estudiado algunas de las distintas posturas doctrinales que intentan otorgar un contenido material al concepto de bien jurídico, ello en aras de fijar pautas que el legislador deberá atender a la hora de hacer ejercicio de la función que la Constitución le encomienda y evitar que, a través de la protección de sus normas de control, funcionalice la privatización del contenido de la ciudadanía.

En las teorías constitucionalistas, estudiadas en primer lugar, los bienes jurídicos no son sino valores constitucionales. Sin embargo, como hemos advertido, aquella referencia carece de la virtualidad necesaria para precisar el sustrato material del bien jurídico, ya que no todos los valores constitucionalmente contemplados son de por sí susceptibles de ser penalmente protegidos, ello en virtud de los principios de lesividad, fragmentariedad y última ratio.

Lo expuesto no implica que la Constitución no opere como un criterio axiológico en la selección de los bienes jurídicos, pero ésta sólo ofrece límites de carácter negativo que la actividad legiferante no puede obviar, y mucho más importante, la interpretación que de las normas penales se haga, debe ser de conformidad con la Constitución.<sup>2114</sup>

Ello implica que el legislador penal no puede introducir prohibiciones que supongan la negación de alguno de los Derechos consagrados en la Ley Fundamental. El carácter negativo no empece a que el reconocimiento constitucional de un bien no implique un indicio significativo de la importancia de dicho bien,<sup>2115</sup> pero aún así encontramos insuficiente la alusión constitucional para otorgar un contenido material al bien jurídico que determine, y con ello limite, en términos de racionalidad democrática, el despliegue de la potencia punitiva por parte del legislador.

Aquella racionalidad se despliega, en contraposición a la teoría funcionalista de Luhmann, en los términos de la *teoría del conflicto*, que entiende a la sociedad como un campo dinámico de cambio y conflicto como características de una sociedad global que excluye a cuatro quintas partes de la humanidad en su movimiento deshumanizador. Con relación al objeto de este capítulo, esto es, dotar al bien jurídico de un sustrato material a fin de acotar la potencia punitiva, la teoría del conflicto tiene como efecto “la desmitificación de la universalidad de los valores, lo cual impone severas reglas de prudencia al legislador, para llevar adelante el proceso de criminalización.”<sup>2116</sup>

---

<sup>2114</sup> Méndez Rodríguez, C., *Los delitos de peligro...*, op.cit., pág. 27.

<sup>2115</sup> Soto Navarro, S., *La protección penal de los bienes...*, págs. 66-67, señala que “el reconocimiento constitucional de un bien es un indicio importante, pero no exclusivo ni definitivo, de modo que también pueden ser objeto de tutela penal bienes carentes de una plasmación constitucional y que, sin embargo, han alcanzado un grado notable de consenso social en su valoración positiva”.

<sup>2116</sup> Fernández, G., *Bien jurídico y sistema del delito*, op.cit., pág. 121.

La nueva rearticulación de “los intereses públicos” en el Estado postmoderno y la reprogramación de los contenidos del contrato social precisan de un consenso con una base mínima, que sólo podemos hallar en los derechos humanos. Nuestra propuesta, a fin de librar del abuso que sufre el concepto bajo las retóricas de intervención imperiales, consiste en entenderlos dentro del marco de las relaciones impuestas por el capital y no como una esencia inmutable abstraída de sus condiciones materiales de existencia. Si no entendemos los derechos humanos como parte de procesos y dinámicas sociales, políticos y económicos que se desarrollan históricamente en estrecha relación con la aparición y expansión del modo de producción y de relaciones sociales capitalistas, no podremos tampoco hablar de un sujeto político real artífice de la posibilidad de otro mundo posible.<sup>2117</sup> Ante los problemas que provoca el sistema global habrá que oponer el discurso de la *globalización de los derechos humanos*, operando éstos como límites a cualquier uso arbitrario del poder. Sólo así los derechos humanos pueden ofrecer una mayor determinación, en cuanto límite normativo de la norma penal.<sup>2118</sup>

A partir de la afirmación anterior, cobran especial relevancia los criterios sentados en los artículos 1.1, 9.3 y 10 de la Constitución Española.<sup>2119</sup> El artículo 1 constituye al Estado español como un Estado social y democrático de Derecho. Esta afirmación dota de materialidad al Estado de Derecho, donde se incluye la confianza en la limitación del poder a través del Derecho como producto de la razón humana, además de la defensa de la dignidad y la libertad inherentes a la persona. En este artículo asimismo quedan proclamados los principios fundamentales del ordenamiento jurídico, como la justicia y la libertad.

El artículo 9.3 establece la prohibición de arbitrariedad de los poderes públicos, como principio característico de la subordinación del Estado al Derecho. Por su parte el artículo 10.1 consagra la dignidad de la persona, que “representa el *prius lógico* y ontológico para la existencia y especificación de los Derechos.”<sup>2120</sup> Este principio se convierte en el baremo insoslayable a la hora de la ponderación de los intereses en conflicto, ya que, según la doctrina del Tribunal Constitucional, “constituye un *minimum invulnerable* que todo estatuto jurídico debe asegurar, de modo que, sean unas u otras limitaciones que se impongan en el disfrute de los Derechos individuales, no conlleven el menoscabo para la estima que, *en cuanto ser humano*, merece la persona.”<sup>2121</sup>

---

<sup>2117</sup> Véase Benhabib, S., *The claims of culture. Equality and diversity in the Global Era*, Princeton University Press, New Jersey, 2002, págs. 39 ss.

<sup>2118</sup> Siguiendo los lineamientos expuestos por Fernández, G., *Bien jurídico y sistema del delito*, op.cit., pág. 115 y ss., como así también los criterios propuestos por Zaffaroni, E.R., /Alagia, A., /Slokar, A., *Derecho penal. Parte General*, op. cit., págs. 203 ss.; Tavares, J., *Bien jurídico.....*, op.cit., págs. 79 ss.

<sup>2119</sup> Zúñiga Rodríguez, L., *Política Criminal*, op.cit., pág. 54.

<sup>2120</sup> STC 53/1985, de 11 de abril.

<sup>2121</sup> STC 120/1990, de 27 de junio.

El apartado segundo del artículo 10 CE impone la interpretación de las normas relativas a los Derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce, de conformidad con los instrumentos internacionales de Derechos Humanos ratificados por España. Esta trilogía señala el camino por el cual el legislador habrá de cumplir *legítimamente* la función que tiene encomendada en un sistema democrático.

En las complejas sociedades actuales no puede seguir persiguiéndose un consenso monológicamente “funcional” al sistema, sino que, por el contrario, habremos de resignificarlo mediante los procesos de lucha por el reconocimiento de los Derechos humanos.<sup>2122</sup> Porque la democracia permite contemplar los conflictos como desafíos, es decir, problemas que esperan una elaboración política, ésta entendida como la capacidad de lograr decisiones colectivas, donde una fundamentación funcionalista no basta para hacerlas aceptables normativamente. Como hubimos puesto de relieve precedentemente, la formación democrática de la voluntad tiene un carácter epistémico, donde el proceso de resolución de conflictos adquiere su fuerza legitimadora del proceso democrático, que tiene por fin garantizar un tratamiento amplio de las cuestiones políticas.

Apreciados desde un punto de vista dinámico, los Derechos fundamentales son los requisitos para la autorrealización social de la persona, para su adecuada inserción social y su desarrollo personal, por lo que “lo que ultrapasa tales límites, todo aquello que excede ese marco mínimo imprescindible de protección a los Derechos humanos, ya no podría ser legitimado como un bien jurídico-penal, por lo que ingresaríamos al terreno de la “*criminalización artificial*.”<sup>2123</sup>

Si el paradigma para la selección de los bienes jurídico consiste en un *valor de relación social*<sup>2124</sup> que tiene como núcleo alguno de los Derechos humanos básicos reconocidos a la persona para su dignidad, autonomía y libertad,<sup>2125</sup> de la protección de los derechos humanos se extrae el fundamento antropológico del derecho penal y, a partir de esa “antropología mínima”,<sup>2126</sup> se explica el modelo

---

<sup>2122</sup> Habermas, J., *La condición posnacional*, op. cit., pág. 90 ss.; De Lucas, J., “*El Derecho...*”, op.cit., pág. 64. Por su parte, la reciente propuesta de Portilla Contreras, G., *El Derecho Penal.....*, op.cit., págs. 317 ss., sobre el bien jurídico como una herramienta para la protección de los Derechos económicos y sociales en aras de una distribución más equitativa de los medios vitales.

<sup>2123</sup> Fernández, G., *Bien jurídico y sistema del delito*, op.cit., pág. 122, el subrayado nos pertenece.

<sup>2124</sup> *Ibidem*, pág. 142.

<sup>2125</sup> *Ibidem*, pág. 130.

<sup>2126</sup> Zaffaroni, E.R., /Alagia, A., /Slokar, A., *Derecho penal. Parte general*, op. cit., pág. 203, donde expresan que “el carácter cultural del Derecho penal le impone la necesidad de incorporar datos ónticos, que son objeto de otras disciplinas que se reparten el campo de la realidad, porque “cualquier ciencia que pretenda cerrarse a la interdisciplinariedad exhibe precaria seguridad autonómica, el creciente autismo discursivo la desprestigia y pierde eficacia en razón de su incompreensión del mundo”.

del Estado democrático y social, como su función de protección de bienes jurídicos.<sup>2127</sup>

Si la política criminal no puede incriminar cualquier conducta, sino sólo aquellas que provoquen una afectación al bien jurídico, en virtud del principio de *nullum crimen sine inuria*, la capacidad o incapacidad del concepto de bien jurídico para servir de límite al poder punitivo depende del criterio por el que se opte para la selección de los bienes jurídicos.<sup>2128</sup> Esto implica que el bien jurídico deberá ser un concepto material, cuyo contenido se extraiga de la dinámica desarrollada por la realidad social, y de las relaciones que se establezcan en su seno con los bienes que promuevan y garanticen la dignidad y el libre desarrollo del individuo en el contexto social. El contenido material es requisito *sine qua non* en aras de la descripción acabada de las conductas de carácter más grave que lo afecten. En consecuencia, el contenido material del bien jurídico estará dado por las relaciones y los conflictos sociales, que serán objeto de regulación por parte del Derecho penal en tanto *valores sociales*, constituidos en el marco de una *relación social valiosa para el desarrollo del individuo en la sociedad*.<sup>2129</sup>

En este sentido, la “idea” del bien jurídico está conformado por *un valor de relación social*, y la “materia” son las relaciones y los conflictos que se dan en la sociedad. La forma de concreción es aquella que describe una perspectiva dinámica –de conformidad con la efectiva realización social de los derechos humanos y las luchas por su reconcimimiento–, que permita la ponderación de los distintos intereses en juego, cuya regla es la dignidad de la persona “como fundamento del orden político y la paz social.”<sup>2130</sup>

Esta idea es consecuente con los pilares sobre los que se asienta la Constitución Española y con un mundo crecientemente fragmentado, reconociendo desde ya que este fenómeno seguirá incrementándose en los próximos años. La *globalización de los derechos humanos se impone*, y actúa como parámetro para que los problemas que se presentan sean considerados como *desafíos* de una sociedad democrática, libre y justa, que en el juego de la democracia pueda recuperar como valor fundamental la dignidad de todos los seres humanos.

---

<sup>2127</sup> Aguado Correa, T., *El principio de proporcionalidad en el Derecho penal*, op.cit., pág. 160, donde pone de relieve la necesidad de conectar los distintos principios constitucionales en materia penal, para poder entender el sentido de cada uno de ellos para que puedan cumplir con la función de limitar al *ius puniendi*.

<sup>2128</sup> Gómez Benítez, J.M., “Sobre la teoría del bien jurídico”, op.cit., págs. 86-87.

<sup>2129</sup> Bustos Ramírez, J., *Manual de Derecho penal...*, op.cit., pág. 250; Hormazábal Malarée, H., *Bien jurídico...*, op.cit., pág. 152, Méndez Rodríguez, C., *Delitos de peligro...*, op. cit., pág. 26.

<sup>2130</sup> En este sentido, Portilla Contreras, G., *El Derecho penal entre...*, op.cit., pág. 327, afirma que “el Derecho penal puede ayudar en esa tarea protegiendo los valores que contribuyen al desarrollo de ese sujeto racional real, velando por los Derechos de todos los sujetos –individuos o colectivos– al margen de la nacionalidad.”

## CAPITULO 6. DERECHO PENAL SIMBÓLICO Y CONTROL DE LA EXCEDENCIA

*“Que un pueblo acepte a los que vienen a instalarse en su casa, por más extranjeros que sean, con sus costumbres y sus vestidos, con su hablar y sus olores, que les de una akhasania como un lugar para albergarse y con qué respirar y vivir...¿Abrigar al otro hombre en casa de uno, tolerar la presencia de los sin-tierra y de los sin-domicilio sobre un suelo ancestral tan celosamente – tan malvadamente- amado, es el criterio de lo humano?*

*- Indiscutiblemente”<sup>2131</sup>*

### **6.1 Planteamiento**

La caída del ideario moderno junto con sus instituciones en la sociedad del riesgo global, las sucesivas rearticulaciones de la soberanía y los desplazamientos de la legitimidad serán conectados, en esta última parte, con un fenómeno tan complejo como el de la penalización del tráfico de personas y la inmigración clandestina. Por su parte, el objeto del tercer capítulo residió en el estudio de los mecanismos y dispositivos de control del migrante irregular, como escenario de la gestión de la excedencia postfordista; el presente versará sobre el estudio político criminal del bien jurídico del tipo básico del artículo 318 bis CP, que tipifica la conducta del tráfico de personas, por entender que en el mismo se produce el vértice de convergencia de las diversas aristas que hemos tratado a lo largo del trabajo: en primer lugar, la inmigración como el nodo de la red donde convergen y se condensan diversos aspectos de los procesos globalizadores (postfordismo)<sup>2132</sup>, en segundo lugar, los cambios en las formas de articulación de la soberanía y la legitimación del Estado actual (gestión de un grupo de riesgo)<sup>2133</sup> y, en tercer término, el carácter *simbólico* de la ley penal. Esta última se configura tendencialmente como el instrumento por antonomasia en vistas de la gestión política de la crisis que sufre el Estado social; asimismo, es instrumentalizada para adecuar el contenido de la ciudadanía a las nuevas delimitaciones entre el exterior y el interior (administrativización del Derecho penal/Derecho penal del enemigo.)<sup>2134</sup>

Como analizamos en el capítulo anterior, el núcleo de la norma penal -el bien jurídico- cede ante las demandas de funcionalidad. El Estado postmoderno - que ha abandonado las funciones que le correspondieron en el modelo del

---

<sup>2131</sup> Levinás, E., *Totalidad e infinito*, (trad. Guillot), Sígueme, Salamanca, 1977, pág. 72.

<sup>2132</sup> Véanse *supra* puntos 1.5; 1.8; 3.1.

<sup>2133</sup> Véase *supra* punto 3.4.

<sup>2134</sup> El Derecho penal del enemigo ha sido objeto de estudio del capítulo 4.

bienestar- rearticula varios significados, entre ellos la *seguridad*;<sup>2135</sup> ésta es la plataforma desde la cual diseñará estrategias para la criminalización de los conflictos e, inmerso en la retórica de la *prevención*, adelantará las “barreras de protección” mediante la flexibilización de los principios que conforman el estatuto de la ley penal. En el mismo movimiento con que reduce la seguridad, rearticula el contenido de la ciudadanía, de modo que en el contexto actual, los flujos migratorios configuran una *aparente* paradoja que logra desarticular el discurso único neoliberal respecto del estatuto de la ley, como resto de potencia soberana estatal de orden.

Consecuentemente, la crítica de la que será objeto la norma penal que protege los derechos de los ciudadanos extranjeros, el art. 318 bis CP, está orientada a la traducción de las racionalidades que subyacen a la confección de programas político-punitivos que reorientan los miedos exacerbados frente a la caída del Estado de social y democrático de Derecho. Por lo tanto, la consideración de las formas con que habremos de articular el ejercicio de la potencia punitiva de conformidad con el marco axiológico, epistemológico y político brindado por el anterior modelo de Estado, constituye el punto de partida para estructurar el análisis.<sup>2136</sup>

En el contexto propuesto por aquellos horizontes, el presente capítulo tiene por objeto el tratamiento de la problemática que, con relación al bien jurídico, presenta el primer apartado del art. 318 bis CP. Habiendo estudiado los mecanismos que controlan las derivas de una previa “declaración de ilegalidad” de los movimientos migratorios, en el presente capítulo intentaremos deconstruir la aparente paradoja que emerge de la consideración del inmigrante como sujeto pasivo del delito de tráfico de personas. En principio, esto explicaría por qué, una vez ilegalizado y expulsado del territorio de la humanidad por las políticas de control imperial, la *ratio legis* del artículo que tipifica el tráfico de seres humanos pretende la “reincorporación al espacio del Derecho” del migrante, esta vez, como víctima.

El carácter esquizoide de las políticas de inmigración remite a los *fenotipos* del ya analizado “derecho penal del enemigo,”<sup>2137</sup> cristalizándose en un *fraude de etiquetas* respecto del bien jurídico que se pretende “tutelar *de forma abstracta*.”

De acuerdo con la idea esgrimida en el capítulo anterior, la pérdida del espacio público se refleja en la ausencia de bien jurídico, cuyo *locus* es ocupado por demandas de protección de la funcionalidad del sistema. El progresivo

---

<sup>2135</sup> Mendoza Buergo, B., “Gestión del riesgo y política criminal de la seguridad en la sociedad del riesgo”, op. cit., pág. 81.

<sup>2136</sup> Díez Ripollés, J.L., *La política criminal...*, op.cit., pág. 120, donde propone una política criminal bienestarista que anteponga la cuestión social sobre la criminal a la hora de asumir dispositivos de control de la delincuencia. Este debate se desarrolla sobre la plataforma de la racionalidad pragmática, con los objetivos de la eficiencia y eficacia de las medidas; asimismo Brandariz García, J.A., *Política criminal de la exclusión*, op.cit., *pássim*.

<sup>2137</sup> Véase *supra* 4.10

desmantelamiento del contenido material de los derechos, correlativamente a la asunción por parte del bien jurídico de la función de protección de los espacios de intervención del poder, redundando en una extensión de la punibilidad y de la intervención, manifiesta en la afasia de precisión formal en el ámbito típico, tornándose materialmente imposible la determinación de la lesión, lo cual tiene, entre otras, las siguientes consecuencias: solapamiento con el ámbito administrativo y la falta de proporcionalidad en las penas. Asimismo, en el ámbito de la autoría y la participación, se presenta como la imposibilidad de evitar la contaminación entre estas dos categorías jurídico-penales. También se observan, en virtud de la deficiente técnica legislativa –agravada en las sucesivas reformas- yuxtaposiciones que derivan en situaciones concursales conflictivas y de difícil solución, así como lagunas de punibilidad; cuestiones insoportables en el ámbito de un Derecho penal que tenga como premisa fundamental el acotamiento de la potencia punitiva y los derechos humanos.<sup>2138</sup>

Hemos analizado las dificultades que sufren las categorías modernas para capturar el desorden postmoderno. En este sentido, desde nuestro punto de vista, las categorías políticas, sociales y económicas que se correspondían con el orden moderno, intentan la captura del caos de la mano de la falacia determinista que configura un pensamiento único en vistas de imponer las reglas del mercado y del consumo como exorcismo al caos del movimiento.

Siguiendo el cauce expositivo que desde el inicio del trabajo hemos construido, es dable afirmar que la “adaptación” de la regulación que el capital impone a las políticas estatales, produce un cambio en las funciones del Estado. Habida cuenta de ello, estudiaremos las posibilidades de establecer la forma en que la “gestión” de la problemática que representa la inmigración desde el Estado emergente pueda configurarse a partir de la globalización de los derechos humanos,<sup>2139</sup> y no desde la extensión ilimitada de una potencia punitiva que convierte al Estado social y democrático de Derecho en un Estado de la prevención policial antiguarantista que oculta los *efectos reales* de la exclusión.<sup>2140</sup>

---

<sup>2138</sup> Terradillos Basoco, J.M., “Extranjería, inmigración y sistema penal”, en Rodríguez Mesa, M.J., /Ruiz Rodríguez, L.R., (coords.), *Inmigración y sistema penal. Retos y desafíos para el siglo XXI*, Tirant lo blanch, Valencia, 2006, pág. 67; Cancio Meliá, M., “Algunas reflexiones preliminares sobre los delitos de terrorismo: eficacia y contaminación”, en Díaz-Maroto y Villarejo, J., (ed.), *Derecho y justicia penal en el siglo XXI...*, op.cit., págs. 487-495.

<sup>2139</sup> Sousa Santos, B., “Cosmopolitismo y Derechos humanos” en De Sousa Santos, B., *La globalización del Derecho*, ILSA, Bogotá, 1998, págs. 193 ss.

<sup>2140</sup> Brandariz García, J.A., “Itinerarios de evolución del sistema penal...”, op.cit., págs. 17-24, señala que, de conformidad con el abandono de las políticas del *Welfare State*, los sujetos que eran objeto de aquellas políticas dejan de ser sujetos individuales, para que en la “emergencia” sea el control social penal el que pose su mirada, esta vez ya no sobre cada uno de ellos, sino mediante la construcción de “grupos sociales identificados” como peligrosos. De ello resulta la criminalización de la pobreza, “la gestión policial de la pobreza molesta”; del mismo, “*Nuevos riesgos, nuevas ansiedades y expectativas sociales...*”, op.cit., págs. 144-146. Véase *supra* puntos 2.7; 3.4.

Para ello hay que dar cuenta del discurso que construye *las exclusiones* como “efectos colaterales” del progreso y contribuye a la configuración de un Derecho penal *simbólico* que se erige en aras de la demanda creciente de “seguridad” adjetivada por una ciudadanía recortada por la ausencia de un espacio público. En este contexto de crisis estructural del Estado nación, como hemos tenido oportunidad de afirmar, los instrumentos de control social y la ley penal se proponen como las herramientas eficaces para la rearticulación de su potestad soberana, que enfrenta las consecuencias de la indeterminación entre lo público y lo privado. Coincidimos con Albrecht<sup>2141</sup> cuando expresa que el *uso político* del Derecho penal se presenta como un *instrumento de comunicación*. El Derecho penal es el canal por el cual se trasladan los problemas y conflictos sociales a un tipo de análisis específico, donde la lógica de la utilización política del mismo se apoya en la función analítica y categorial de la característica del discurso penal, puesto que el cumplimiento de esta función no requiere más que la demostración ejemplar de la actividad de la praxis legislativa y de la justicia penal.

En su argumentación el autor en comentario resalta que debe prestarse atención, esta vez dentro del plano comunicativo, a lo que él denomina *mecanismo de ocultación añadido*. Donde no sólo se canalizan los problemas y conflictos y se remiten a las estrategias tradicionales del tratamiento penal, sino que se atiende también de forma selectiva a los “campos normativos oscuros.”<sup>2142</sup> La funcionalización comunicativa del Derecho penal a través de la política y de las diversas instrumentalizaciones provoca una hipertrofia permanente del Derecho penal y del sistema general de justicia penal.

Este Derecho hipertrofiado, en busca de la eficiencia y de seguir cumpliendo con su carácter de “atento” a las demandas sociales de inseguridad, provoca la “degradación sistemática de la formalidad propia del Estado de Derecho en su función protectora, que necesariamente requiere una legitimación expresa.”<sup>2143</sup> El *Derecho penal preventivo* es utilizado por la política en vistas a no sucumbir ante el reproche de la inactividad: “es un medio de consolación política, una carta de presentación para demostrar que aparentemente existe una actividad política.”<sup>2144</sup>

Todas las medidas que en su seno se dictan parecieran adquirir la característica de un programa destinado a la erosión de los principios del Estado

---

<sup>2141</sup> Albrecht, P.H., “*El Derecho penal en la intervención de la política populista*”, en Instituto de Ciencias Criminales de Frankfurt (ed.), *La insostenible situación del Derecho Penal*, op.cit., pág. 472.

<sup>2142</sup> *Ibidem*, pág. 479, haciendo referencia con ello a los ámbitos de las acciones político-militares y al alto armamento puesto en escena por el Estado, como también a la producción de grandes riesgos tecnológicos.

<sup>2143</sup> *Ibidem*. Donde la alusión a la lucha contra la criminalidad no es por sí sola una razón lo bastante convincente, pues los resultados de las prácticas represivas son demasiado pobres y completamente contraproducentes.

<sup>2144</sup> Albrecht, P.A., “*El Derecho penal en la intervención...*”, op.cit., pág. 483.



de Derecho, por otro lado, son la expresión de los límites a las posibilidades de control del sistema, límites que surgen para un Derecho penal regulatorio que se encuentra ante circunstancias sociales cada vez más complejas, donde se advierte que si no se quiere quebrarlo, éste *debe mantenerse replegado al margen de la función de control preventivo general que se le está atribuyendo*. Todo ello no significa de ningún modo el abandono del control jurídico, sino la vuelta hacia las formas y los medios de éste adecuados y razonables, a fin de acercar soluciones para lograr una respuesta acorde a la problemática de los migrantes en una sociedad pluralista y democrática, porque *“el desierto de la política estructural nunca puede ser compensado a través del Derecho penal.”*<sup>2145</sup>

En virtud del desanclaje que sufre la política en el medio fluido de la soberanía actual, el estatuto de la ley penal, flexibilizado, particularizado, administrativizado, se recodifica en términos de fluidez y eficacia para la custodia del *dominus*. En este sentido, la pérdida de lo público implica que la constante erosión de los límites al poder ha ido perdiendo solidez a expensas de las políticas *glocales* bajo las directivas del capital. El estatuto de la ley penal en esta época de transición condensa la expansión ilimitada para controlar su propia desregulación. Es por ello que podemos referir a “la ciudadanía” como el espacio que se verá rediseñado bajo un programa más amplio de flexibilización del Derecho.

Este planteamiento encuentra su razón de ser en que el tratamiento penal y las estrategias de gestión de las migraciones - no podría ser de otro modo en virtud de las coordenadas históricas en las cuáles acontece- *expone de forma clara todas las dificultades con que se topa la ley penal al momento de regular nuevos fenómenos, pero, sobre todo, porque permite cuestionar los cambios que sufren los principios que le otorgan legitimidad a la intervención.*<sup>2146</sup>

Frente al panorama descrito, el tratamiento de las cuestiones de legitimidad y de legitimación introduce en el ámbito del debate la reinención de la política <sup>2147</sup> a través del juego de la democracia, ello en vistas de la consecución de la “seguridad de los derechos.”<sup>2148</sup>

---

<sup>2145</sup> *Ibidem*, pág. 487.

<sup>2146</sup> Ramos Vázquez, J.A., *“Del otro lado del espejo: reflexiones desordenadas acerca del Derecho penal en la sociedad actual”*, en Faraldo Cabana, P., (dir.), Brandariz García, J.A., Puente Aba, L., (coords.), *Nuevos retos del Derecho penal en la era de la globalización*, op.cit., pág. 74, afirma que “es un lugar común, como se ha señalado *supra*, considerar que el Derecho penal actual es un Derecho penal del riesgo, lo cual se halla íntimamente relacionado con la denominada “expansión del Derecho penal”, concepto de “expansión” que englobaría no sólo las modernas tendencias a la criminalización en ámbitos como el Derecho penal económico o el Derecho penal del medio ambiente sino también una expansión a gran escala que alcanzaría a muchas de las categorías dogmáticas manejadas por la denominada Ciencia penal, viéndose flexibilizadas de este modo las tradicionales reglas de imputación de responsabilidad penal.”

<sup>2147</sup> De este modo Portilla Contreras, G., *“La exclusión de la inmigración ilegal en el debate entre las teorías universalistas y postmodernistas”*, en Zugaldía Espinar, J.M., (dir), Pérez Alonso, E., (coord.), *El Derecho penal ante el fenómeno de la inmigración*, op.cit., pág. 9, “la solución política de la

### 6.1.a. Excurso: La prohibición de exceso

En virtud de lo expuesto en el acápite anterior, la pregunta por la legitimidad de la intervención penal y por la definición de lo que será considerado como ilícito permanece, y la discusión en torno de los principios continúa siendo de suma importancia, porque hace referencia a lo decidible como ilícito por el ordenamiento, y *más exactamente, a aquello que puede ser legítimamente definido como delito por la ley penal.*<sup>2149</sup>

En este sentido, como hemos puesto de manifiesto desde las primeras páginas del trabajo, las mutaciones de la soberanía producen un cambio en el estatuto de la ley penal, que deviene flexible. El nuevo estatuto precisa rearticular su legitimidad, y lo hace en el ámbito de una excepción que se ha vuelto permanente. En este sentido, no es posible sostener una definición de dos derechos penales como la introducida por Jakobs, porque, como vimos, no se trata del surgimiento de una ley por fuera del Derecho, sino de las transformaciones producidas en el Derecho mismo. En la actualidad, la declaración de la excepción ha dejado de ser una cuestión topográfica, para devenir una cuestión *intemporal*. En efecto, la ley moderna no sólo no es capaz de proporcionar orden al caos del movimiento actual, sino que sería contraproducente en vistas de las formas simbólicas, semióticas y subjetivas de producción postfordista.<sup>2150</sup>

---

postmodernidad respecto a la inmigración ilegal ha sido y continúa siendo la exclusión, una elaborada y nada sofisticada política represiva. En ese nuevo diseño, el extranjero ilegal se ha convertido en la mejor representación del juicio de peligrosidad, juzgándosele, no por su comportamiento, sino por su pertenencia a un colectivo"; del mismo *"El Derecho penal ante la nueva representación totalitaria de la soberanía nacional: la inmigración ilegal"*, en Faraldo Cabana, P., (dir.), Puente Aba, L.M., Souto García, E.M., *Derecho penal de excepción. Terrorismo e inmigración*, Tirant lo blanch, Valencia, 2007, en especial, págs. 254-258.

<sup>2148</sup> Véase *supra* 1.10.

<sup>2149</sup> En este punto creemos fundamental los criterios esgrimidos por el Tribunal Constitucional en el FJ 6º de la STC 55/1996, de 28 de marzo: *"La respuesta a esta cuestión debe partir inexcusablemente del recuerdo de la potestad exclusiva del legislador para configurar los bienes penalmente protegidos". "En el ejercicio de su competencia de selección de los bienes jurídicos que dimanen de un determinado modelo de convivencia social y los comportamientos atentatorios contra ellos, así como la determinación de las sanciones penales necesarias para la preservación del referido modelo, el legislador goza, dentro de ciertos límites establecidos en la Constitución, de un amplio margen de libertad, margen de libertad que deriva de su posición constitucional y, en última instancia, de su específica legitimidad democrática. No sólo cabe afirmar, pues, que, como no puede ser de otro modo en un Estado Social y democrático de Derecho, corresponde en exclusiva al legislador el diseño de la política criminal, sino también que, con la excepción que imponen las citadas pautas elementales que emanan del texto constitucional, dispone para ello de plena libertad"*.

<sup>2150</sup> Cfr. San Martín Segura, D., *"La excepción material y los contornos de lo ordinario: a propósito de la USA Patriot Act"*, op.cit., págs. 343 ss; análogamente De Giorgi, A., *El gobierno de la excedencia...*, op.cit., pág. 142.

En este contexto, la apelación a paliativos simbólicos a fin de crear estrategias artificiales de reducción de la complejidad real del problema al que pretenden dar solución, dejan intacta la causa. De esta manera, consideramos plausible pensar las cuestiones haciendo referencia al principio de prohibición de exceso,<sup>2151</sup> en virtud del cual el legislador no puede definir cuando y como le apetezca cuáles conductas deben ser consideradas como delito, como tampoco es libre para reprimir con penas y/o medidas que arbitrariamente decida imponer.<sup>2152</sup>

Este principio está contenido en el artículo 8 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano en los siguientes términos: “La ley no debe establecer más penas que las estrictas y evidentemente necesarias,” incorporado al texto Constitucional español.

Por su parte, el Tribunal Constitucional alemán ha elevado este principio al rango de norma rectora de toda la actividad estatal, por ello es útil traerlo a colación, ya que se deduce de manera necesaria del principio del Estado de Derecho, de forma tal que éste no puede ser concebido sin aquél.<sup>2153</sup>

El Tribunal Constitucional español, articula de forma similar que el alemán el principio, señalando que las intervenciones legislativas en el ámbito de la esfera privada sólo son admisibles en la medida en que siendo indispensables para la tutela de los intereses públicos sean además a) idóneas, b) necesarias y c) proporcionadas.

Idoneidad significa que los medios de que se vale el legislador deben ser razonablemente adecuados para alcanzar la meta legal propuesta. Es tarea del Tribunal Constitucional decidir si las medidas tomadas por el legislador son inapropiadas o inútiles para alcanzar y fomentar el fin o fines perseguidos por la ley. Asimismo, este principio implica que las medidas legislativas de intervención en la esfera privada no sólo deben ser adecuadas para lograr el fin propuesto por el legislador, sino que también deben ser necesarias, en el sentido de que el fin legislativo no pueda ser realizado de una manera menos gravosa para la persona.<sup>2154</sup>

---

<sup>2151</sup> En este sentido, Hassemer, W., “¿Puede haber delitos que no afecten a un bien jurídico penal?”, op.cit., págs. 98 ss., de acuerdo con el título del artículo, efectúa un intento de respuesta desde la articulación de elementos de la Constitución y del Derecho penal, poniendo de manifiesto que “si la definición penal y la concepción de bien jurídico se quieren encajar en la discusión constitucional y de la ciencia del Derecho constitucional tienen que ocupar un lugar destacado: la prohibición de exceso (*Übermaßverbot*) y la prohibición de defecto (*Untermaßverbot*). Ambos están en condiciones de reconstruir desde el punto de vista del Derecho constitucional las tradiciones del Derecho penal en cuyo centro se encuentra el bien jurídico, ya que representan los polos que determinan el Derecho de intervención estatal conforme a la Constitución”, ibídem, pág. 98.

<sup>2152</sup> Ibídem.

<sup>2153</sup> Rivero Sánchez, J.M., *Episteme y Derecho*, op.cit., pág. 219 ss.

<sup>2154</sup> Hasta 1995, la jurisprudencia no había definido claramente los contenidos del principio. Sin embargo, en la STC 66/1995, de 8 de mayo, se exponen los requisitos que hemos anotado. La sistematización sentada por la sentencia es retomada por la STC 55/1996, en la cual se dispone que

La privación que resulte de la medida legislativa debe estar en relación de razonable proporcionalidad con las ventajas que se derivan para los ciudadanos merced a la intervención por parte del legislador. El principio de referencia obliga a la observación legítima y razonable de la relación entre fines y medios, sobre todo cuando estén comprendidos Derechos fundamentales como la libertad y la seguridad.<sup>2155</sup>

En Derecho español, la prohibición de exceso -o de proporcionalidad en sentido amplio- constituye un límite constitucional a la actividad legiferante penal, estableciendo las condiciones bajo las cuales se restringe el poder punitivo del Estado, en virtud del cual es necesario que las normas penales conlleven la mínima restricción posible de las libertades, principio del que son consecuencia tanto la necesaria relevancia constitucional de los bienes jurídicos (principio de ofensividad) como la adecuación de las consecuencias jurídicas (principio de proporcionalidad en sentido estricto).<sup>2156</sup>

Coincidimos con Aguado Correa cuando entiende que el principio de prohibición de exceso se encontraría implícitamente configurado en los artículos 1.1, 9.3 y 10.1 de la CE,<sup>2157</sup> como fundamento de la política criminal correspondiente con la forma de Estado declarada en el primer artículo, porque un Estado que pretenda ser de carácter social y democrático, deberá imbuir a su Derecho penal de un contenido que respete la dignidad de la persona, que configura el fundamento del orden político y social.

De esta manera, el principio de referencia encuentra su plasmación en el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos, viéndose conculcado en caso de que carezcan de relevancia los intereses efectivamente protegidos. Sin embargo, retomando los argumentos de Martínez Escamilla, nos encontramos frente a “la dificultad axiológica de establecer criterios concretos que guíen la selección de los contenidos dignos de tutela penal, ”<sup>2158</sup> porque como expresa el Tribunal Constitucional, la potestad exclusiva del legislador para configurar los bienes penalmente protegidos, los comportamientos penalmente reprobables, el tipo y la cuantía de las sanciones penales, y la proporción entre las conductas que

---

en el caso de que el principio se utilice para el análisis de la constitucionalidad de un precepto, deberá “tener lugar con intensidad cualitativamente diferente a las aplicadas por los órganos encargados de interpretar y aplicar las leyes” (FJ. 6º). En este sentido, también la STC 136/1999 en la cual se declara la inconstitucionalidad del artículo 174 bis a) del Código Penal de 1973.

<sup>2155</sup> Entre otros, González Beilfuss, M., *El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Aranzadi, Pamplona, 2003; Bernal Pulido, C., *El principio de proporcionalidad y los Derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2003.

<sup>2156</sup> Por todos, Carbonel Mateu, J.C., *Derecho penal: concepto y principios constitucionales*, op.cit., pág. 204.

<sup>2157</sup> Aguado Correa, T., *El principio de proporcionalidad en Derecho penal*, Edersa, Madrid, 1999, pág. 49.

<sup>2158</sup> Martínez Escamilla, M., *La inmigración como delito. Un análisis político-criminal, dogmático y constitucional del tipo básico del art. 318 bis CP*, Atelier, Barcelona, 2007, pág. 165.

pretende evitar y las penas con las que intenta conseguirlo<sup>2159</sup> son de su competencia, no obstante no puede sobrepasar el valor de justicia y la dignidad de la persona.

La prohibición de exceso inspira la actuación de los poderes públicos, y no sólo está abocada a la limitación y legitimación del poder normativo del Estado consagrado en el artículo 1.1 del texto fundamental, sino que se erige como principio político constitucional para los principios limitadores del poder punitivo. En efecto, para Luzón Peña la concepción del Estado democrático de Derecho legitima el Derecho penal en tanto sea estrictamente necesario para la protección de los intereses esenciales de los ciudadanos, es decir, de los bienes jurídicos, que representan posibilidades de participación en la vida social. Ello supone una democratización del Derecho penal, y en su caso, la acentuación de la participación ciudadana en su configuración: democratización de la selección de los tipos penales para la protección de derechos sociales y económicos, de las sanciones, de la aplicación de las mismas, etc.<sup>2160</sup>

Asimismo, la prohibición de exceso se expresa en la *ponderación de intereses* que serán evaluados al momento de la sanción, en función de lo estrictamente necesario en términos de consecución del fin, esto es, la protección de bienes jurídicos de los ataques más graves con el menor coste individual y social posible.<sup>2161</sup> En este sentido expresa Hassemer que “el bien jurídico se integra de manera natural en la prohibición de exceso constitucional. Incluso se puede decir que la reconstrucción penal de la prohibición de exceso no sería en absoluto posible sin la idea de bien jurídico.”<sup>2162</sup>

---

<sup>2159</sup> STC 55/1996, FJ 6º; STC 161/1997, FJ 9º; STC 136/1999, FJ 23º.

<sup>2160</sup> Luzón Peña, D.M., *Curso de Derecho penal. Parte General*, I, 1ª ed., 4ª reimp., Universitas, Madrid, 1996 (reimp. 2006), págs. 79 ss.

<sup>2161</sup> Ferrajoli, L., *Derecho y razón*, op.cit., pág. 231 ss.; Zúñiga Rodríguez, L., *Política Criminal*, op.cit., pág. 183; Luzón Peña, D.M., “La relación del merecimiento de pena y de necesidad de pena con la estructura del delito”, en Silva Sánchez, J.M., (ed.), *Homenaje a Claus Roxin*, J.M. Bosch, Barcelona, 1996, págs. 120 ss.; Silva Sánchez, J.M., *Aproximación...*, op.cit., págs. 260 ss.

<sup>2162</sup> Hassemer, W., “¿Puede haber delitos que no afecten a un bien jurídico penal?”, op.cit., pág. 99 ss., despliega su argumento en los siguientes términos: “a) finalidad omitida: todo mandato o prohibición penal es una intromisión en la libertad general de actuación. En un Derecho interventor propio de un Estado de Derecho, dicha injerencia precisa una justificación general y una específica, justificación que se infiere del fundamento y la consideración de los límites de la libertad general de acción. En Derecho penal, un límite a la libertad general de actuación viene dado por la intervención lesiva para un bien jurídico protegido. De acuerdo con esto, el bien jurídico porta el núcleo de la justificación de una prohibición de actuar; una prohibición penal de acción –en forma de amenaza penal para una determinada conducta– no se puede justificar si no se puede remitir a que persigue de forma adecuada una finalidad admitida; b) jerarquía de los bienes jurídicos: en un Derecho de intervención propio de un Estado de Derecho el bien jurídico fija al mismo tiempo la medida para valorar la proporcionalidad de la intervención penal: la jerarquía de los bienes jurídicos informa también sobre los grados de gravedad que determinan una proporción adecuada entre la prohibición de acción y la amenaza penal, por un lado, y la amenaza y el ataque, por otro...c) margen de maniobra del legislador: ... ya debido a que el margen de maniobra del legislador es amplio y complejo, a que multitud de objetivos legales

Lo que no resulta admisible son casos en los cuales se verifica que las normas que se sancionan no sólo carecerán de la invocada eficacia para gestionar el riesgo<sup>2163</sup>, sino cuando se pretende una legitimación soberana que ha quedado desplazada de la legitimidad democrática.

## 6.2. La “exclusividad”<sup>2164</sup> de la ciudadanía

Como hemos tenido oportunidad de afirmar al momento del tratamiento y estudio de la política criminal del enemigo, el proceso involutivo respecto de las garantías y los Derechos nos enfrenta a observar la rearticulación del contenido de la ciudadanía, implicado en el concepto que construyamos de dignidad humana. El moderno constitucionalismo europeo ha sido fundado sobre la base de la primacía del Derecho, de ciertas normas y principios que tratan de asegurar la vigencia de los derechos humanos en sus diferentes dimensiones, cuyo *telos* descansa, luego de los horrores cometidos en la Segunda Guerra Mundial, en la dignidad humana.<sup>2165</sup> Como afirma Asensi Sabater, en principio, “se ha dejado

---

deben optimizarse por la inseguridad de su consecución, la idea de que el principio del bien jurídico y el de protección de bienes jurídicos podrían guiar al legislador penal positivamente no sólo no se corresponde con la tradición penal, sino que resulta ingenua desde un vista metodológico. Este principio no formula un mandato de criminalización o conminación penal al legislador cuando se trata de la protección de bienes jurídicos, sino una prohibición de criminalización cuando no puede encontrar un bien jurídico. En esta vertiente negativa, el principio de protección de bienes jurídicos armoniza sin fisuras con la tradición constitucional de la prohibición de exceso.”

<sup>2163</sup> Díez Ripollés, J.L., “*El Derecho penal simbólico y los efectos de la pena*”, op.cit., pág. 82, sostiene que en aras de la identificación de lo que sería una intervención simbólica del Derecho penal, habrá que verificar: el incumplimiento de las decisiones político criminales fundamentadoras de la pena, esto es que si los mencionados efectos satisfacen objetivos que no son necesarios para mantener el orden social básico; si centran su incidencia sobre objetos personales que no son determinantes para el establecimiento de la lesión o puesta en peligro de los bienes jurídicos y, además, cuando su contenido no guarde relación con las necesidades de control social a satisfacer con la reacción penal.

<sup>2164</sup> De la obra de Young, J., *La sociedad excluyente*. En el original “*exclusive society*”. En español, sociedad exclusiva. El Diccionario de la Real Academia define exclusiva como adj. 1. Que excluye o tiene fuerza y virtud para excluir//2. Único, sólo, excluyendo a cualquier otro. //3.f. privilegio o Derecho en virtud del cual una persona o corporación puede hacer algo prohibido a las demás...//5.(desuso) repulsa para no admitir a alguien en un empleo, comunidad, cargo, etc.

<sup>2165</sup> El régimen jurídico internacional dirigido a proteger los Derechos y libertades fundamentales de los extranjeros fue avanzando bajo una doble propulsión: por un lado, a través de tratados internacionales multilaterales y, sobre todo, bilaterales, en los que se tiende a privilegiar recíprocamente a los nacionales de los Estados partes que pretenden desplazarse o residen en otro Estado parte. Mediante cláusulas como *la nación más favorecida* –extendiendo así el trato más favorable que fuera otorgado a los nacionales de un tercer Estado que pactaron dicha cláusula o la de *trato nacional* –por medio de la cuales los Estados se comprometen a la equiparación de trato entre los extranjeros de los demás Estados parte y los nacionales. Por otro lado, fue impulsado por la creciente preocupación ante determinadas situaciones se cree preciso instaurar un régimen jurídico internacional que proteja ciertas categorías de personas que pretenden entrar o se

atrás la etapa estatocéntrica, donde reinaba la razón de Estado, para adentrarse en el reino de las razones del Derecho.”<sup>2166/2167</sup>

Partiendo de la potencia constituyente de otra posibilidad,<sup>2168</sup> los flujos migratorios podrán ser abordados otorgándose valor prioritario a los derechos humanos y a la consideración del migrante como sujeto de derechos.<sup>2169</sup> Partimos de la concepción de los derechos que sostiene la atribución de un valor universal a la persona, que se traduce en su competencia comunicativa, esto es, la posibilidad de hacer explícitos planes de vida y de discutir sobre ellos. Esta competencia contiene el mínimo de dignidad que presupone el discurso de los derechos humanos, y trae aparejada una serie de condicionantes sin los cuales su desarrollo no podrá materializarse.<sup>2170</sup> Lo anterior implica contar con una mínima satisfacción de ciertos prerrequisitos para que la discusión pueda llevarse a cabo, constituyéndose como condiciones previas a toda discusión sobre derechos.<sup>2171</sup>

---

encuentran en un Estado del que no son nacionales, en calidad de apátridas o refugiados. Véase, Bonet Pérez, J., *Las políticas migratorias y la protección internacional de los Derechos y libertades de los inmigrantes. Un análisis desde la perspectiva del ordenamiento jurídico español*, Cuadernos Deusto de Derechos Humanos, núm. 22, Bilbao, 2003, págs. 19 ss.

<sup>2166</sup> Asensi Sabater, J., *Políticas de la sospecha...*, op.cit., pág. 51.

<sup>2167</sup> La propia noción de “Derechos fundamentales” tiende a llenar el vacío que aún existe entre los Derechos del Hombre, cuyos titulares somos todas las personas, y los Derechos del Ciudadano, que sólo el Estado en concreto está en condiciones de garantizar, véase Sousa Santos, B., “*Cosmopolitismo...*”, op.cit., pág. 52.

<sup>2168</sup> En el sentido de un horizonte inmanente y ontológico de la libertad humana, el *conatus spinoziano*, que rescata Negri, A., *El trabajo de Dionisios*, op.cit., págs. 37-44; del mismo *El poder constituyente. Ensayo sobre las alternativas de la modernidad*, (trad. De Marco), Libertarias/Prodhufi, Madrid, 1994, en especial págs. 112 ss; del mismo también *La anomalía salvaje*, op.cit., *pássim*.

<sup>2169</sup> Así, el artículo 2 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos dispone: “cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a respetar y garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los Derechos reconocidos en el presente pacto, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”. No obstante, se circunscribe el derecho a la libre circulación y a la libre elección de residencia, a aquellos extranjeros que se encuentren “legalmente en el territorio de un Estado” (art. 12 *in fine*); El comité de Derechos Humanos del PIDCP señala que “quienes hayan entrado ilícitamente y los extranjeros que hayan permanecido por más tiempo que el permitido por la ley o indicado en el permiso que se les haya extendido, no están amparados por sus disposiciones.” (Observación General 15, 1986, Documento CCPR/21/Add.5/Rev.1. pág. 4, párrafo 9).

<sup>2170</sup> Cfr. Herrera Flores, J., *Los Derechos humanos.....*, op.cit., pág. 30 ss., el cual considera que una teoría y práctica de los Derechos humanos, entendidos como productos culturales, significa que “tenderá siempre a crear, a constituir, a buscar y a suscitar acontecimientos, encuentros, espacios significativos de interacción que aumenten la intensidad de nuestras actitudes y aptitudes para empoderarnos y empoderar a los otros. Para ello debemos ampliar nuestras formas de comprensión de los Derechos humanos y considerarlos como procesos –normativos, sociales, políticos y económicos- que abran o consoliden espacios de lucha por la dignidad humana, en otros términos: conjuntos de prácticas que potencien la creación de dispositivos y de mecanismos que permitan a todas y a todos poder hacer sus propias historias”.

<sup>2171</sup> De conformidad con lo sostenido *supra* en 2.4.a, 2.4.d., 2.6.

Sin duda, la decisión sobre los instrumentos que habrán de esgrimirse dentro de un ámbito social para el logro de la libertad, debe hacerse a partir del reconocimiento de la realidad de la persona y por tanto, desde la posibilidad de su existencia, lo que implica la satisfacción de ciertas necesidades básicas.<sup>2172</sup> La competencia comunicativa supone considerar a los sujetos como interlocutores válidos de la discusión acerca de planes de vida (autonomía), requiere, insoslayablemente, que esta competencia pueda ser ejercida materialmente, esto se traduce en la dignidad que los Estados deberán garantizar.<sup>2173</sup>

La gran vivacidad de la discusión respecto de la ciudadanía en los últimos años, podría reconducirse entonces a una crisis general del Estado social y democrático de Derecho, en el cual el moderno movimiento de la ciudadanía había encontrado una síntesis provisoria a través de la mediación esencial del trabajo social, las figuras de la individualidad y de un orden colectivo impuesto por los sindicatos y los partidos del movimiento obrero.<sup>2174</sup>

Sin embargo, a la desarticulación del Estado de bienestar se fueron sumando, en los últimos años, los desafíos lanzados a la tradicional configuración nacional de la ciudadanía por un conjunto de procesos, lo que habilitó hacer referencia, en los primeros capítulos, a los procesos globales como plataforma de estudio. Lo mismo vale tanto para el nexo político y jurídico entre soberanía y territorio, todavía puesto en cuestión en virtud de los procesos, ordenamientos e instancias supranacionales y por los circuitos globales de producción y circulación de capitales. Asimismo, contemplamos el declive de la existencia “ficticia” de una “cultura nacional” que funcionaba como la matriz de la forma de pertenencia específica en la ciudadanía. Es en este contexto de crisis general en el que se coloca contemporáneamente el debate acerca de *lo nacional*.<sup>2175</sup>

---

<sup>2172</sup> Véase Mezzadra, S., *Derecho de fuga*, op.cit., págs. 96 ss.; Castles, S., /Davison, A., *Citizenship and Migration. Globalization and the Politics of Belonging*, MacMillan, Londres, 2000; De Lucas, J., “Para construir la gestión democrática de la multiculturalidad que resulta de la inmigración”, en Rodríguez Mesa, M.J., /Ruiz Rodríguez, L., *Inmigración y sistema penal.*, op.cit., págs. 32 ss., donde propone una democracia inclusiva, plural e igualitaria.

<sup>2173</sup> De Asís Roig, R., “Problemas filosófico-jurídicos en torno a los Derechos fundamentales de los extranjeros”, en Mariño Menéndez, et.al., *Derecho de extranjería, asilo y refugio*, Ministerio de Asuntos Sociales, Instituto Nacional Servicios Sociales (INERSO), Madrid, 1995, pág. 25; De Sousa Santos, B., “Three Metaphors for a New Conception of Law: The frontier, the Baroque, and the South”, *Law & Society Review*, v. 29, núm. 4/1995-A, págs. 569-584.

<sup>2174</sup> La cuestión de la interrelación del concepto de ciudadanía operativo en el siglo XX con la cuestión de la condición de trabajador no será objeto de análisis en este trabajo, sino sólo como punto de anclaje para otras construcciones discursivas. Véanse el excelente trabajo de Bronzini, G., “Cittadinanza e welfare state in due “classici” contemporanei: T.H. Marshall e J. Rawls”, en AA.VV., *Controimpero. Per un lessico dei movimenti globali, Manifestolibri*, Roma, 2002; Negri, A., *El trabajo de Dionisios...*, op.cit., pág. 24, entre otros.

<sup>2175</sup> Zolo, D., “El espacio jurídico global”, (trad. Covarrubias González), en Memoria. Revista de Política y Cultura, núm., 185, julio 2004; Méndez Baiges, V., “Sobre Derechos humanos y democracia”, en AAVV, *El límite de los Derechos*, EUB, Barcelona, 1996.



Sin embargo, la actual construcción de la dimensión *exclusiva de la ciudadanía*, propone un debate socio-político y filosófico que tiende a poner en otro plano el aspecto de una imagen *inclusiva* de ciudadanía. Como afirma Mezzadra, “un síntoma importante es la gran difusión que en los últimos años ha tenido la categoría de *exclusión*, en referencia a la posición de los migrantes en las sociedades occidentales contemporáneas, pero también, más en general, en tanto instrumento interpretativo de desarrollos que están muy distantes de ser limitados a los migrantes.”<sup>2176</sup>

En efecto, la rearticulación del código exclusión/inclusión que delimitará los confines del espacio de la ciudadanía y la regulación, cristalizada en los mecanismos de gestión de la exclusión, se constituyen como las grandes cuestiones que están en la palestra en la transición paradigmática.<sup>2177</sup> La definición de la pertenencia que confeccionan normas constitucionales, leyes orgánicas, y administrativas, la policía, los centros de detención de migrantes, encuentra su sanción en la forma específica de un equilibrio entre el universalismo de los derechos y el particularismo de la pertenencia que define la ciudadanía.<sup>2178</sup> La forma que adquiere este equilibrio no está *a priori* establecida

---

<sup>2176</sup> Mezzadra, S., *Derecho de fuga*, op.cit., pág. 97.

<sup>2177</sup> La reflexión sobre ciudadanía e inmigración que se apoya en una estructura universalista no equivale a invalidar los elementos particulares. Así las cosas, el lenguaje de los Derechos y de la ciudadanía no puede ser mutilado de su tendencia hacia la universalización, sin transformarse en una herramienta sistémica para el mantenimiento del status quo y de legitimación del poder sin más. Véase Mezzadra, *Derecho de fuga...*, op.cit., págs. 116 ss. En este sentido afirma Herrera Flores, J., *Los Derechos humanos...*, op.cit., pág. 37, respecto de la naturaleza ambivalente de los derechos humanos y la necesidad de su contextualización es necesario reconsiderar a los Derechos humanos como productos culturales que “que surgen de la capacidad de enfrentar las condiciones y relaciones generadas por el capitalismo como la única forma de producir y asignar recursos.” El autor se pregunta: ¿cómo hacer para entablar un diálogo entre las diferentes percepciones del mundo que no comparten nuestros presupuestos culturales? Cualquier propuesta debe partir de afirmar nuestras diferencias con las concepciones que consideran los derechos como definitivamente definidos y apostar por la necesidad de construir condiciones para el encuentro de las múltiples y diferentes formas de caminar hacia la dignidad, *ibídem*, pág. 38. Herrera Flores respecto de la “universalidad”, reflexiona que “no hay mayor relativismo ético que el que surge de la pretensión de universalidad occidental. Todo aquello que está fuera del círculo de racionalidad empolvado y privilegiado valía exactamente igual, o como decimos, no valía nada, siendo por consiguiente, legítimo invadirlos, apoderarse de todos sus recursos naturales, someterlos a servidumbre legal y, al final “civilizarlos” en lo que valía universalmente: la concepción occidental de la dignidad... Había que ser universalista, imponer un solo punto de vista sobre la ciencia, la ética, la religión, el Derecho y la política, y una vez establecido como “sentido común” de la modernidad, despreciar cualquier otra forma de entender el mundo”, *ibídem*, pág. 63.

<sup>2178</sup> De Lucas, J., “Sobre el papel del Derecho y el contrato político en el proyecto multicultural”, en *Isonomía*, núm., 19, octubre 2003, pág. 54.

de una vez por todas, y, evidentemente, esto es determinante, no sólo para del *status* del migrante.<sup>2179</sup>

Pero si aquellas son las premisas sobre las cuales debe asentarse la política, y las normas que en su seno se dicten, en la práctica político-legislativa de los Estados se produce una reducción de la “pertenencia” a partir del establecimiento de un arbitrario espacio de exclusión establecido por ley. Las fronteras que han desaparecido para el capital, para los migrantes actúan como modulaciones temporales de los flujos impuestas por los requerimientos del mercado de trabajo postfordista.<sup>2180</sup>

La exclusión de los migrantes del espacio jurídico, político y simbólico de un Nosotros constituido por el conjunto de los sujetos titulares del oxímoron “plenos Derechos de ciudadanía postfordista” ocupa una importancia estratégica tanto a nivel teórico como práctico. En este sentido, la cuestión identitaria parece estar siendo atacada por diversos frentes, circunstancia que favorece, como hemos afirmado, el repliegue defensivo y reactivo, con rasgos más o menos xenófobos. El acceso de los migrantes a la ciudadanía formal está frecuentemente despojado de efectos sobre el plano del efectivo goce de los derechos por formas anquilosadas de discriminación legal, administrativa y social.<sup>2181</sup>

Por consiguiente, de conformidad con el objeto del presente capítulo, nos proponemos analizar las consecuencias de una ley que establece la frontera de la “ciudadanía”. La primera consecuencia que analizaremos es el tráfico de seres humanos.<sup>2182</sup> De conformidad con los documentos internacionales de derechos humanos y los ordenamientos jurídicos, tanto del ámbito internacional<sup>2183</sup> como

---

<sup>2179</sup> En este sentido, Sassen, S., *Migranti, coloni, refugiati. Dall'emigrazione di massa alla fortezza Europa*, Feltrinelli, Milán, 1999, pág. 29, explica que la mayoría de los migrantes, a pesar de estar evidentemente interesados en la adquisición de los derechos estructuralmente conectados al status de ciudadano, “no ambiciona obtener la ciudadanía del país donde reside, ni siquiera después de veinte años de residencia, y muestra escaso interés por la naturalización”, *ibidem*.

<sup>2180</sup> Véase *supra* punto 3.3.a.

<sup>2181</sup> Wagman, D., “Integración e inmigración”, 2008, disponible en <http://www.sosracismomadrid.es/descargas/7.html> Véase asimismo las recomendaciones que hizo en Septiembre de 2009 Amnistía Internacional frente al proyecto de reforma de la ley de extranjería; disponible en [http://www.es.amnesty.org/uploads/media/Informe\\_AI\\_Ley\\_Extranjeria.pdf](http://www.es.amnesty.org/uploads/media/Informe_AI_Ley_Extranjeria.pdf)

<sup>2182</sup> En este sentido expresa Portilla Contreras, G., “Disposiciones finales de la ley 4/2000, de 11 de enero. Inclusión de un nuevo Título XV bis en el Código Penal”, en Molina Navarrete, /C., Monereo Pérez, J.L., (dirs.), *Comentario a la Ley y al Reglamento de Extranjería e Integración social*, Comares, Granada, 2001, pág. 1000, que “en realidad, el título no protege los “Derechos de los ciudadanos extranjeros puesto que nuestra legislación no reconoce la igualdad en los derechos y ciudadanía de los extranjeros no comunitarios. Sólo el reconocimiento de la igualdad en derechos de todos los ciudadanos, sean o no extranjeros, y, sean o no comunitarios, acabaría con el tráfico ilegal de personas. En definitiva sólo la libertad de fronteras puede dar solución al problema de la inmigración.”

<sup>2183</sup> Sobre la normativa internacional en la lucha contra la inmigración y la trata de personas, véase, entre otros, Izquierdo Sans, C., /Torrecuadrada García Lozano, S., “La regulación internacional de los flujos migratorios”, en Pomed Sánchez, /Velazco Caballero (eds.), *Ciudadanía e*

europeo, se distinguen tres tipos de conductas referentes al tráfico de personas<sup>2184</sup>: el tráfico ilegal de mano de obra o migraciones clandestinas de trabajadores, la trata de personas y la inmigración clandestina.<sup>2185</sup>

---

*inmigración*, Monografías de la Revista Aragonesa de Administración Pública VI, Diputación General de Aragón, Zaragoza, 2003, pág. 37 ss.; Rebollo Vargas, R., “Normativa internacional y Derecho comparado”, en García Arán, M., (coord.) *Trata de personas y explotación sexual*, Tirant lo blanch, Valencia, 2006, págs. 33-55; Rega Rodríguez, A., “El trabajo de los extranjeros en España” en Presno Linera, M.A., (coord.) *Extranjería e inmigración: aspectos jurídicos y socioeconómicos*, Tirant lo blanch, Valencia, 2004, págs. 233-260; Mayordomo Rodrigo, V., *El delito de tráfico ilegal e inmigración clandestina de personas. A la luz de los textos internacionales*, Iustel, Madrid, 2008. Por su parte Díaz y García Conlledo, *et.al.*, *Protección.....*, op.cit., pág. 137 ss., enumera tratados relativos a esta materia y a la protección de los trabajadores extranjeros, como la Convención Internacional de la Sociedad de Naciones para la represión de la trata de mujeres y niños, hecha en Ginebra el 30 de septiembre de 1921, y la Convención Internacional de la Sociedad de Naciones para la represión de la trata de mujeres mayores de edad, hecha en Ginebra el 11 de octubre de 1933, modificadas por el Protocolo firmado en Nueva York de 20 de octubre de 1947, el Convenio de la ONU para la represión de la trata de personas y de la explotación de la prostitución ajena, hecho en Nueva York el 2 de diciembre de 1949, la Declaración de la ONU sobre los Derechos humanos de los individuos que no son nacionales del país en que viven, de 13 de diciembre de 1948, la Convención de la ONU sobre los derechos del niño de 20 de noviembre de 1989, la Convención Internacional sobre la protección de los Derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares, adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas mediante Resolución 45/158, de 18 de diciembre de 1990. En cuanto a los Convenios y Recomendaciones de la OIT se pueden dar cita los siguientes: Convenio nº 29, de 28 de junio de 1930, relativo al trabajo forzoso u obligatorio; Recomendación nº 61, de 28 de junio de 1939, sobre el reclutamiento, colocación y condiciones de trabajo de los trabajadores migrantes; Convenio nº 105, de 25 de junio de 1957, relativo a la abolición del trabajo forzoso; Convenio nº 143, de 24 de junio de 1975, sobre las migraciones en condiciones abusivas y la promoción de la igualdad de oportunidades y de trato de los trabajadores migrantes, y Recomendación nº 151, de 24 de junio de 1975, sobre trabajadores migrantes.

<sup>2184</sup> Este término puede ser definido como “movimiento o tránsito de personas, por cualquier medio de transporte, al margen de lo dispuesto por las leyes”, Rodríguez Mesa, J.M., *Los delitos contra los ciudadanos extranjeros...*, op.cit., pág. 19. Extremo que será objeto de ulterior precisión.

<sup>2185</sup> En este sentido, v.gr. Convención sobre la esclavitud, adoptada por la Sociedad de Naciones en Ginebra el 25 de septiembre de 1926, modificada por el Protocolo aprobado por la ONU en New York el 7 de diciembre de 1953, y Convención suplementaria sobre la abolición de la esclavitud, la trata de esclavos y prácticas análogas a la esclavitud, firmada en Ginebra el 7 de septiembre de 1956; ambos prohíben la esclavitud, la trata de esclavos, la servidumbre por deudas, la servidumbre de la gleba y prácticas análogas. Asimismo, el Convenio de Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional, así como los Protocolos adjuntos relativos a la lucha contra la trata de personas y contra el tráfico de migrantes por tierra, aire y mar, firmados en Palermo el 15 de noviembre de 2000, en su artículo 2. a y c, define el grupo organizado con fines delictivos como aquél estructurado por tres o más personas que exista durante cierto tiempo y que actúe concertadamente con el propósito de cometer uno o más delitos graves, o delitos tipificados en este Convenio, con miras a obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico u otro beneficio de orden material. Asimismo se ofrece una descripción de grupo estructurado, entendiéndose por tal el grupo no formado fortuitamente para la comisión inmediata de un delito y en el que no necesariamente se hayan asignado a sus miembros funciones formalmente definidas ni haya continuidad en la condición de miembros o exista una estructura desarrollada. De gran interés en este punto, véanse Informe sobre el estado Mundial de

Respecto de la primera de las conductas señaladas, su represión en el ámbito de la UE interesa en la “medida en que el empleo ilegal puede falsear las condiciones de libre competencia en el mercado interior mediante, por un lado, la reducción de costes sociales y otras ventajas del empresario y, por otro, la minoración del nivel de protección social”.<sup>2186/2187</sup> Lo relevante, para prohibir la circulación, “no es la explotación a la que se somete al “ilegal” – cuya aportación en lo económico se reconoce – sino la necesidad de mantener la libre competencia, que quedaría rota si se le contara por debajo de los niveles generalizados.”<sup>2188</sup> Sin embargo, como destaca Fabián Caparrós “desde el punto de vista empírico, el universo del tráfico ilegal de mano de obra suele encontrarse vinculado a la denominada “criminalidad sin víctima”, ámbito en el que los intereses del sujeto activo del delito y los de aquél otro sobre el que recae la conducta discurren en la misma dirección. De este modo, y a semejanza de lo que ocurre en otros mercados de bienes y servicios proscritos o controlados por el Derecho – estupefacientes, armas, prostitución, especies protegidas-, el mercader de trabajo actúa favorecido en la mayoría de las ocasiones por el deseo de su cliente de lograr una mejora en su situación económica, meta que se cumple en muchos de los casos”,<sup>2189</sup> como también por las necesidades de las empresas que

---

la Infancia, UNICEF, 2008, disponible en [www.unicef.org](http://www.unicef.org); Informe sobre el tráfico de mujeres y la prostitución en el comunidad de Madrid, 2002, documento disponible en [www.acnur.es](http://www.acnur.es)

<sup>2186</sup> Recomendación 96/C 304/01, del Consejo de Europa, de 27 de septiembre de 1996, relativa a la lucha contra el empleo ilegal de nacionales extranjeros de terceros Estados. (DO C 304, de 14 de octubre de 1996).

<sup>2187</sup> Según expone Zúñiga Rodríguez, L., “*El inmigrante como víctima. Contradicciones del tratamiento penal*”, op.cit., pág. 113, la política migratoria española ha establecido un sistema de cupos por áreas de trabajo, que se van llenando de conformidad con las necesidades formales del mercado de trabajo, y en la medida en que no sean cubiertos por nacionales, se reparten por Comunidades y países de destino. Sin embargo, esta política se ha mostrado insuficiente para cubrir la verdadera demanda de mano de obra del mercado español. Si los que llegan clandestinamente consiguen realizar trabajos – de lo contrario no tendrían cómo sobrevivir- es porque verdaderamente hay una demanda que no es cubierta por la oferta de los nacionales. Los sectores en los que trabajan los inmigrantes – servicio doméstico, agricultura, construcción- demuestran tal afirmación.

<sup>2188</sup> Terradillos Basoco, J.M., “*Los delitos de tráfico ilegal de mano de obra y abuso de mano de obra extranjera*”, Conferencia pronunciada dentro del curso *Inmigración: prevención y control de sus efectos en el ámbito jurídico social*, UIMP, Tenerife, 4/4/2000; del mismo “*Sistema penal e inmigración*”, op.cit., págs. 1467 ss.

<sup>2189</sup> Fabián Caparrós, E., “*Tráfico ilegal de mano de obra*”, en Diego Díaz- Santos, M.R., Sánchez López, V., (coords.) *Nuevas cuestiones penales*, X Congreso Universitario de Alumnos de Derecho Penal, Colex, Madrid, 1998, pág. 43; en el mismo sentido se expresan Sáez Valcárcel, R., “*Inmigración clandestina, mafias y lucha contra los pobres. Un tipo penal indecente*”, en *Jueces para la democracia*, núm. 53, enero 2006, disponible en [www.jueces-democracia.es](http://www.jueces-democracia.es); Portilla Contreras, G., “*Disposiciones...*”, op.cit., pág. 1008, cuando afirma que se trata de un delito sin víctimas en la medida en que se sanciona un acto de libre disposición por parte de una persona adulta que no merecería tutela penal, salvo que se interprete que es la propia situación de necesidad de los inmigrantes ilegales la que convierte en irrelevante tal consentimiento.

necesitan del abaratamiento de sus costes de producción en vistas de los estándares de competencia y rentabilidad.

Asimismo, se reprime el tráfico de indocumentados<sup>2190</sup> para su entrada, permanencia o salida de un país en violación de la legislación interna y de la normativa internacional que estipula las condiciones del “ingreso”.

Como señala Zúñiga Rodríguez, uno de los aspectos más preocupantes de la entrada clandestina de inmigrantes es la llegada en “pateras”, pequeñas embarcaciones que cruzan el Estrecho de Gibraltar, o los “cayucos” que navegan por el Océano Atlántico provenientes de Mauritania o Senegal en condiciones de extrema rudimentariedad, que ponen en riesgo la vida y la integridad<sup>2191</sup> de

---

<sup>2190</sup> En los países europeos se ha producido la tipificación del delito de ayuda a la entrada o residencia de ciudadanos extranjeros en situación irregular en sus territorios, sin exigir ningún otro requisito adicional para castigar tal auxilio en países como Alemania o Italia; sobre este último véase *“A proposito dei pacchetto sicurezza e dintorni”* en Studi sulla questione criminale, vol.,2, núm., 3, 2003, págs. 7-16. Asimismo, estas legislaciones tipifican al propio ciudadano extranjero que trata de entrar o residir de manera ilegal. Como veremos, ésta es la diferencia con el ordenamiento español. Por otro lado se han tipificado delitos relativos a la contratación de trabajadores extranjeros que carecen de los correspondientes permisos. Se pretende someter el trabajo de los ciudadanos extranjeros a requisitos formales, siendo fundamental poseer la autorización correspondiente para trabajar, de modo que la falta de tal requisito se convierte en delito. Por ejemplo en Bélgica, Francia, Suiza y en la propuesta de reforma de Portugal, tipifica el delito del matrimonio por conveniencia. Para un análisis detallado, véase Díaz y García Conlledo, M., (dir), Olaizola Nogales, M., *Protección y expulsión*, op.cit., págs. 47-137.

<sup>2191</sup> Podemos observar las consecuencias de ello en los informes producidos anualmente por la Asociación Pro Derechos Humanos de Andalucía (APDHA). De conformidad con los informes 2003-2004 se estimaba alrededor de 10.000 seres humanos habían muerto en la travesía del Estrecho de Gibraltar desde 1988. De forma detallada el Informe hace un seguimiento de las muertes de la inmigración clandestina. Como se puede comprobar en el mismo, la APDHA ha documentado que durante 2005, 1.167 personas han perdido la vida intentando simplemente buscar otro futuro, salir de la situación sin presente que perciben en sus países. Pero ni mucho menos son todos: nunca sabremos realmente cuántas han muerto. En 2006 se registraron cerca de 6.000 muertes como sostiene el informe producido, “se trata sin duda de una catástrofe humanitaria de similar envergadura a tantas catástrofes naturales que asolan el planeta. Sorprende la indiferencia de una buena parte de nuestra sociedad. Sorprende aún más el empecinamiento en continuar con las mismas políticas que vienen demostrando su fracaso durante años, ineficaces incluso para el objetivo que dicen pretender y causantes de tanta muerte, dolor y sufrimiento. Durante el año 2006, ante el incremento de la migración africana a Europa a través de las islas Canarias, el Gobierno español ha puesto en marcha un despliegue sin precedentes, desconocido hasta ahora en su magnitud, para el control de fronteras. En el informe damos cuenta de este despliegue, hasta donde hemos podido averiguar teniendo en cuenta el grado de secretismo que oculta buena parte de las políticas gubernamentales en este tema. Sólo podemos decir de nuevo que con toda seguridad será inútil. De forma inexorable se han ido trasladando los escenarios del drama, conforme se iban multiplicando las dificultades para poder sortear los controles fronterizos. De Cádiz a Granada y Almería, luego a Ceuta, Melilla y Marruecos. Posteriormente el Sahara, Mauritania y ahora Senegal, Gambia o Cabo Verde”. Según la organización, estos datos son resultado de “la mayor eficacia en el control de las fronteras marítimas”. Asimismo, Ceuta y Melilla, han sido fortificadas, con fondos europeos para el desarrollo. Ésta está adornada con dispositivos de alarmas electrónicas y detectores de

quienes vienen buscando condiciones de vida más humanas.<sup>2192</sup> Tanto las políticas migratorias de la UE y de los Estados parte alegan las condiciones extremadamente peligrosas e inhumanas a las que suelen someterse los migrantes por parte de los traficantes. En efecto, la represión que efectúa el Estado de estas conductas encuentra justificación en la intervención sobre grupos de delincuencia organizada que de acuerdo con el discurso de los organismos han creado un nuevo mercado criminal consistente en el reclutamiento, traslado e introducción con fines lucrativos, de una o más personas en el territorio del Estado de destino.<sup>2193</sup>

En el ámbito de la UE, el tráfico de personas, además del problema de la delincuencia organizada<sup>2194</sup> y los delitos conexos que se desarrollan en su esfera, genera que quienes hayan conseguido “violar” la frontera deberán regularizar su situación, lo cual no es fácil ante las situaciones recursivamente circulares que se plantean entre “residencia legal” y “permiso de trabajo.”<sup>2195</sup> La precariedad en la que se desenvuelven las relaciones de los migrantes con la sociedad de destino, conculca los derechos que pudieren corresponderles como personas ya que se produce en virtud de la declaración de ilegalidad la confusión entre origen

---

movimiento; las nuevas tecnologías implicadas en estas políticas puede verse en el ejemplo el Sistema Integral de Vigilancia Exterior (SIVE) que permite la localización de embarcaciones en el mar y su abordaje antes de llegar a las costas. El incremento de los controles genera una agudización de los peligros que corren los migrantes que se ven forzados a cambiar las rutas marítimas, y viajar distancias cada vez más largas, para evadir los controles. Como efecto “colateral” de la gestión de los riesgos y de la implementación de “nuevos conocimientos” para el control se ha producido el siguiente efecto: la desviación del tránsito hacia Canarias, hacia Lanzarote y Fuerteventura, pero también hacia Granada y Almería. Es decir, se han abierto travesías alternativas más largas que la del Estrecho, treinta o sesenta kilómetros, que se convierten en 200, incluso 500 en alta mar, ya que deben salir desde Sidi Ifni, el Aiún, Dajla, en el sur de Marruecos, Argelia, Mauritania o Senegal. Las consecuencias de estas políticas, por un lado, provocan más muertes y aumenta las arcas de las redes de criminalidad organizada. Informe disponible en <http://www.apdha.org/documentos/informeinmigra2006.doc>; véase también de la misma asociación el *Informe derechos humanos en la frontera sur 2007*, en [www.apdha.org](http://www.apdha.org); asimismo Askola, H., *Legal responses to trafficking in women for sexual exploitation in the Europe Union*, Hart Publishing, Oxford-Portland Oregon, 2007, pág. 83. Véase el tratamiento del dispositivo europeo de control de fronteras, Frontex, *supra* 3.3.b.

<sup>2192</sup> Por todos, Zúñiga Rodríguez, L., “El inmigrante como víctima. Contradicciones del tratamiento penal”, op. cit., pág. 112.

<sup>2193</sup> Véase entre otros, Gómez Navajas, J., “Inmigración ilegal y delincuencia organizada”, en Zugaldía Espinar, J.M., Pérez Alonso, E., (coords.) *El Derecho frente al fenómeno de la inmigración*, op.cit., págs. 387 ss.

<sup>2194</sup> Cfr. Terradillos Basoco, J.M., “Inmigración, mafias y sistema penal. La estructura y la pátina”, en Faraldo Cabana, P., (dir), *Derecho penal de excepción*, op.cit., pág. 272, donde afirma que “si los objetivos de la política criminal en materia migratoria –fenómeno de raíces económicas– son inescindibles de los que, con carácter general adopta el sistema político-económico, los medios de que puede valerse aquélla vienen también predeterminados por los principios de éste”.

<sup>2195</sup> Bergalli, R., “Presentación. Inmigración y globalización (aclaraciones semánticas y vocabulario específico)”, en Bergalli, R., (coord.), *Flujos migratorios y...*, op.cit., pág. X.

nacional y el carácter humano.<sup>2196</sup> Ello se infiere de lo dispuesto en las conclusiones del Consejo Europeo de Tampere celebrado en el mes de octubre de 1999,<sup>2197</sup> cuando estableció que la Unión Europea garantiza un trato justo a los nacionales de terceros países “que residan legalmente en el territorio de sus Estados Miembros”, lo cual implicó que los extranjeros en situación de ilegalidad quedaran excluidos de la posibilidad de que se les reconozcan Derechos comparables a los de los ciudadanos de la Unión.<sup>2198</sup> Por otro lado, sin valor normativo, la cumbre comunitaria celebrada en Tampere debatió sobre la puesta en marcha de un espacio de libertad, seguridad y justicia en la UE, vinculado al ejercicio de los Derechos humanos, reafirmando la necesidad de asumir denodados esfuerzos por el control de las fronteras exteriores, haciendo hincapié en que la política de inmigración y asilo debe tener “un enfoque global de la inmigración que trate los problemas políticos, de Derechos humanos y de desarrollo de los países de origen y tránsito.”<sup>2199</sup>

A pesar de las recomendaciones efectuadas en varios Dictámenes del Comité de Regiones que afirman que al margen de las políticas de acogida e integración, insuficientemente aplicadas, a pesar de su carácter urgente y esencial, es preciso diseñar procesos de desarrollo para las áreas de emigración, donde se plantea que la política de inmigración tendría que ser concebida como un instrumento, aunque no el único, *para erradicar la desigualdad existente entre los países ricos y pobres; asentada en un “modelo cooperativo o solidario de sociedad sobre la*

---

<sup>2196</sup> Daunis Rodríguez, A., “La promoción del tráfico ilegal de personas: aspectos jurídicos y policiales”, en Sanz Mulas (coord.), *El desafío de la criminalidad organizada*, Comares, Granada, 2006, págs. 215 ss.; Portilla Contreras, G., “El Derecho penal ante la nueva representación totalitaria de la soberanía nacional: la inmigración ilegal”, op.cit., pág. 252; Rodríguez, E., “España: zero tolerance”, *Revista Archipiélago*, número 55/2003, op.cit., pág. 110.

<sup>2197</sup> Tampere inaugura el primer “plan quinquenal” de desarrollo del espacio de libertad, seguridad y justicia –III Pilar de la UE-. Actualmente estamos en proceso de finalización del segundo “plan quinquenal”: el Programa de La Haya *Consolidación de la libertad, la seguridad y la justicia en la UE*, cuyo principal elemento es prevenir y acabar con el terrorismo (sic).

<sup>2198</sup> Con el fin de crear un espacio europeo sin fronteras interiores, (Acuerdo de Schengen de 1985 y su Acuerdo de Aplicación de 1990) y establecer el libre flujo de capital, recursos y personas, se propone el desplazamiento de los controles fronterizos a los límites externos de la UE. En este sentido, inicialmente este control se llevó a cabo mediante una colaboración que circulaba por fuera de las estructuras comunitarias, hasta que, con la entrada en vigor en el año 1993 del Tratado de Maastricht se institucionaliza dicha colaboración en el marco del III Pilar, y adquiere así carácter intergubernamental. Ello implica que el Consejo adoptará medidas vinculantes para que cada Estado miembro se preste a la armonización de la legislación en concordancia con las directivas políticas de la UE. En este sentido Tampere es el símbolo, ya que constituye la primera reunión para la construcción de una política común sobre la materia.

<sup>2199</sup> Conclusiones de la cumbre, ap. núm 11. En este sentido, el acuerdo Schengen propone una serie de medidas aplicables a corto plazo. Por su parte, el artículo 9 dispone la colaboración entre las autoridades aduaneras y policiales de los Estados parte en los Acuerdos en la lucha contra la entrada y la estancia irregulares de personas, y para el largo plazo, las partes tenderán a la sucesiva desmantelación de los controles de las fronteras comunes y transferirlo a la frontera común (art. 17).

profunda reestructuración de las pautas de distribución del ingreso, de la producción y del consumo a escala mundial.”<sup>2200</sup> Con la aprobación del Plan África, en 2006, la política europea de gestión de las migraciones es el resultado de la convergencia de lo que en un principio podrían aparecer como cuestiones diferentes: las políticas de control y las políticas de cooperación al desarrollo. Sin embargo, el tratamiento de las migraciones en la actualidad demuestra cómo la segunda de las políticas está fuertemente condicionada a las primeras. La condición impuesta a los países africanos a fin de que puedan ser receptores de ayuda internacional es que éstos permitan y fomenten la externalización de las fronteras emprendida por la UE.<sup>2201</sup>

Las políticas basadas en criterios cada vez más arbitrarios en el control de las fronteras, libres para las mercancías, pero aparentemente impermeables a los “extranjeros”, la expulsión de los inmigrantes ilegales, el internamiento en centros, la limitación al disfrute de los derechos más básicos, fomentan la discriminación<sup>2202</sup> y la aparición de redes organizadas de criminalidad que son funcionales a mantenerlos en situación de ilegalidad.<sup>2203</sup>

---

<sup>2200</sup> Dictamen del Comité de Regiones *Una política común de emigración*, 2009/C 76/07; también véase Dictamen del Comité de Regiones *Sobre el tema de la UE como socio global para el desarrollo. Acelerar los avances hacia los Objetivos del Milenio*, 2009/C 76/06

<sup>2201</sup> Terradillos Basoco, J.M., “Inmigración, mafias...”, op.cit., págs. 274 ss.

<sup>2202</sup> Véase Zino Torraza, J., “Inmigración y prácticas sociales discriminatorias”, en Bergalli, R., (coord.), *Flujos migratorios...*, op.cit., págs. 25-42; en la misma obra, Mellón, J.A. “Inmigración y xenofobia política: la teoría política de la nueva derecha europea (ND)”, págs. 43-108. Por su parte, Ruiz Rodríguez, L.R., “Informe sobre condiciones de marginalidad y exclusión de extranjeros en España”, en Ruiz Rodríguez, L.R., (coord.), *Sistema penal y exclusión de extranjeros*, Bomarzo, Albacete, 2006, pág. 41, señala respecto de la percepción sobre la exclusión, que “entre las medidas que los extranjeros consideran factibles para mejorar su condición o la del colectivo al que pertenecen, la mayor parte de las respuestas tiene que ver con las cuestiones relativas a la estancia y el régimen administrativo aplicable a los extranjeros....Resulta destacable el elevado porcentaje, en términos relativos de extranjeros que consideran que sólo debería acceder a España quien tenga trabajo previamente o que se debería regularizar a quien esté en España y no dejar entrar a nadie más (12,1%). Más allá de posturas egoístas de quien ya ha obtenido un bien escaso, parece haber calado entre la propia población inmigrante un mensaje según el cual forman parte de un problema que debe ser controlado y que le puede afectar de forma negativa más adelante mediante un endurecimiento de las condiciones de estancia que repercuta en su propia situación ahora legal o que le impida acceder en cualquier caso a la regularización. La transmisión de la sociedad española de que la inmigración es un fenómeno desbordado y negativo también es objeto de interiorización por parte del colectivo inmigrante ya asentado en España, por lo que no debe extrañar esta clase de respuesta de apariencia insolidaria.”

<sup>2203</sup> La crisis del Estado social, cuya relevancia en la actual configuración de la ciudadanía ya se ha puesto de manifiesto, es, en el fondo, el denominador común de la crisis, que no puede sino repercutir en los migrantes. No está sólo en cuestión el hecho de que esta circunstancia constituye el marco dentro del cual toman forma reivindicaciones explícitas de la naturaleza *exclusiva* de la ciudadanía, orientadas a defender residuos del *Welfare* para los “nacionales”, en contra de la presencia de los extranjeros. El problema es más general, y atañe a las oportunidades de integración que se presentan a los migrantes: la crisis del movimiento obrero, que históricamente representó el *locus* de socialización de los conflictos, responde a la transformación en la naturaleza



Sin embargo, las políticas de gestión constituyen una actividad estatal y europea que tiene por objeto gestionar de modo eficiente los flujos migratorios. Por un lado, se observa que estas políticas por parte de los gobiernos europeos tienen como punto de confluencia tres pilares: gestión de los flujos migratorios, dejar abierta la posibilidad de admisión de trabajadores para satisfacer las necesidades coyunturales de sus mercados y lograr una adecuada integración social y económica de las minorías. Sin embargo, lo interesante, son los mecanismos de *control duro* que se disponen para el efectivo cumplimiento de las políticas migratorias.<sup>2204</sup> De modo que, el Tratado de Schengen, responde a un modelo de exclusión institucional, a la promulgación de normas por parte de la UE que en la práctica son un *modelo excluyente de ciudadanía, que convierte a los extracomunitarios en súbditos y multiplica su vulnerabilidad, dado los límites introducidos en el ejercicio de sus derechos.*

Las *aparentes contradicciones* de estas políticas aumentan si consideramos las estadísticas de la Unión Europea en el año 2000 que prevén que en los próximos diez años el mercado laboral europeo necesitará de 159 millones de migrantes y, 12 millones de inmigrantes para mantener fábricas abiertas y costes de seguridad social para el año 2025 en el caso español.<sup>2205</sup>

Con base en ello, se ha propuesto desde el gobierno español el sistema de cupos<sup>2206</sup>. Desde esta perspectiva interesada, que manifiesta las necesidades del

---

del trabajo, en su clásica función de “acceso a la ciudadanía y a los Derechos”. Cfr. Mezzadra, S., *Derecho de fuga*, op.cit., pág. 180; Sáez Valcárcel, R., *Inmigración clandestina, mafias y lucha contra los pobres. Un tipo penal indecente...*, op.cit.

<sup>2204</sup> Como muestra de lo siguiente puede traerse a colación el Consejo Europeo de Sevilla, celebrado en junio de 2002, bajo la presidencia española de la UE, en el cual y, en gran medida como repercusión de los atentados del 11 S de 2001, la inmigración será gestionada como un problema de seguridad. De este modo se produce el abandono del tratamiento de las causas económicas y políticas de los países de origen, para dar prioridad al carácter de “lucha” contra los movimientos migratorios y el control de las fronteras. Se insta que en los futuros acuerdos de cooperación con terceros países se “acompañen” con directrices políticas de externalización en el control de las fronteras.

<sup>2205</sup> En este sentido, los expertos de la ONU han manifestado que España tendrá que aceptar 170.000 inmigrantes anuales en el próximo medio siglo para mantener constante su población actual, cifra que aumenta a 240.000 para mantener el actual nivel de vida y la proporción de cuatro trabajadores activos por un jubilado. Véase Izquierdo Escribano, A., *“El GRECO suspende un parcial (balance de la inmigración en España 2000-2003), en XII Curso Extraordinario. Cuestiones Actuales de Criminología*, op.cit., págs. 175-219. El informe 2005 del PNUD sobre Desarrollo Humano en su capítulo “Perspectiva General. La cooperación internacional ante una encrucijada: Ayuda al desarrollo, comercio y seguridad en un mundo desigual”, se expresa muy críticamente respecto de los esfuerzos de los países ricos para paliar los desequilibrios con otros países. “Desde 1990, la mayor prosperidad que experimentan los países ricos no ha tenido grandes efectos en su generosidad: el ingreso per capita ha aumentado en U\$S 6.070, mientras que la ayuda per capita ha disminuido en U\$S 1. Tales cifras indican que los ganadores de la globalización no han priorizado la ayuda para los perdedores, aunque hacerlo vaya en su propio beneficio”.

<sup>2206</sup> Los criterios básicos de la política española de inmigración han venido siendo cuatro (al momento del Gobierno del Partido Popular) El primero de los objetivos es el diseño global de la

mercado en determinados sectores, se estipula que la política de inmigración, a la vista del creciente número de “ilegales”, se ha mostrado ineficaz para la vinculación entre la regularización y las demandas de los distintos sectores económicos.<sup>2207</sup> Aquello pone en evidencia los intereses privados que organizan la “gestión” de los flujos de inmigrantes, y los sustanciosos rendimientos de la declaración de “ilegalidad”. La inmigración no es un fenómeno que sea completamente controlable por el Estado, y es aquí que radica la importancia de entender su carácter ambivalente, contingente y no “gestionable” en términos de racionalidad instrumental de las políticas *glocales*.<sup>2208</sup>

La política migratoria no puede estar sustentada exclusivamente en razones económicas y sociales coyunturales. Nos enfrentamos al problema que tienen millones de personas que abandonan sus países, muchas de las veces poniendo en serio riesgo su vida e integridad psíquica, física y moral a fin de conseguir unas mejores condiciones de existencia,<sup>2209</sup> severamente deteriorada como consecuencia de los procesos globales.

---

inmigración como un fenómeno deseable para España. El segundo, la integración de los residentes extranjeros, y el tercero la regulación de los flujos de entrada. El cuarto objetivo es el mantenimiento de protección para los refugiados. Esos son los ejes que vertebraron el Programa GRECO de 2000 para ser aplicados en el período 2001-2004. Este programa se define como “la primera iniciativa preparada en España para afrontar el tratamiento de la inmigración en todas sus vertientes”, donde esos cuatro objetivos terminan por configurar 23 acciones cuyo responsable de ejecución es la Delegación del Gobierno para la Extranjería y la Inmigración; véase para una completísima evaluación de los resultados, en particular sobre el sistema de cupos, Izquierdo Escribano, A., “El GRECO suspende...”, op.cit., pág. 200 ss.

<sup>2207</sup> De Lucas, J., “Para construir la gestión democrática...”, op.cit., pág. 30. En este sentido interpreta el autor que el sistema de cupos configura la inversión del principio de inocencia, ya que el inmigrante se encuentra en la situación de demostrar que no representa una amenaza.

<sup>2208</sup> La creación de una ciudadanía de “segunda categoría” es un riesgo en vista a las tendencias que apuntan hacia desmenuzar el universalismo de la ciudadanía e instituir nuevas formas dentro de los espacios políticos heterogéneos, como pretende la UE. Desde este punto de vista, es necesario señalar que bajo un perfil estrictamente jurídico, la inmigración ha demostrado ser un terreno de experimentación para la irrupción de criterios administrativos en ámbitos de relevancia constitucional, con la carga de arbitrariedad e incertidumbre que ello comporta. LO anterior es traspolable a los procedimientos y requerimientos para la consecución del permiso de residencia, es decir, *el derecho para tener derechos*. Desde una premisa epistemológica, orientada a separar los Derechos de ciudadanía de su enraizamiento en la figura del Estado nación, esta discriminación no puede aplicarse solamente a los migrantes “legales”, sino que deberá incluir con la misma carga crítica a los migrantes clandestinos.

<sup>2209</sup> La teoría de la expulsión (push)- atracción (pull) explica que las razones que empujan a la inmigración suelen obedecer a factores de sus países de origen sumidos en la pobreza donde carecen de las prestaciones mínimas para vivir. Los factores pull, debido a la polarización de la riqueza global, esto es la opulencia y la “tierra de las oportunidades” que ofrece el Norte desarrollado, los lleva a optar por el abandono de sus países, en aras a mejorar sus condiciones de vida. Véase Blanco Fernández de Valderrama, M.C., “Implicaciones sociales de la Inmigración”, en *XII Curso Extraordinario. Cuestiones Actuales de Criminología*, op.cit., págs. 40-65, en especial, pág. 48.

Ante esta situación, -de carácter estructural- al inmigrante pareciera no quedarle otra alternativa que la clandestinidad. De acuerdo con los modelos teóricos neoclásicos (bajo paradigmas económicos y demográficos) suelen explicarse los movimientos migratorios en términos de factores de atracción y de expulsión. Entre los factores de expulsión (*push*) de su país de origen se encuentran la pobreza, el desempleo, su dignidad como ser humano, su supervivencia, etc. De alguna manera estos últimos pueden explicar por qué emigran algunas personas, pero no por qué la mayoría que viven en esas mismas condiciones no lo hacen. Sin duda existen variables a tener en cuenta que fluctúan en otros planos menos sistémicos, como la contratación directa por parte de los empresarios en el país de origen o la decisión familiar. Para que la pobreza asuma el carácter de factor de expulsión es preciso que se combine con otras variables, que dejan afuera el recorte efectuado por las explicaciones basadas en el binomio *push-pull*, ya que concurren otras racionalidades más complejas o ciertos motivos subjetivos que también están en juego.<sup>2210</sup> Asimismo, la búsqueda de mejores condiciones de vida (*pull*), se ve seriamente limitada por la existencia de cada vez más y mayores barreras –aunque permeables- impuestas por los países desarrollados.<sup>2211</sup>

Sin embargo, estos modelos interpretativos han sido severamente criticados; actualmente se parte de una construcción multidisciplinar, como la

---

<sup>2210</sup> Sassen, S., *Una sociología de la globalización*, op.cit., pág. 170, señala que el aumento en la exportación de mano de obra, de carácter legal e ilegal, agrega un factor que modifica la dinámica de mercado, y que no se ajusta del todo a las tendencias observadas en movimientos migratorios del pasado. Asimismo sostiene que es importante identificar el signo diferencial de los vínculos que se establecen entre los países de origen y de destino, en la medida en que van más allá de los vínculos económicos surgidos del colonialismo. Varios son los factores que pueden concurrir para transformar una situación de pobreza y desempleo generalizado en factor de expulsión. Sostiene la autora que “los movimientos migratorios *comienzan* mediante una contratación directa de mano de obra por parte de empresas, gobiernos, contratistas o traficantes. Este fenómeno se ha dado en distintos grados durante períodos históricos diferentes y en diversas partes del mundo. Sin embargo, una vez que existe la comunidad de inmigrantes en una ciudad determinada, el funcionamiento de la red de inmigrantes comienza a reemplazar a la contratación por medio de la inmigración en cadena. En segundo lugar, en general la contratación realizada por empresas y gobiernos se da cuando ya existen lazos establecidos entre el país receptor y el país de origen, ya sean de carácter colonial, neocolonial, militar o, con cada vez más frecuencia, global. En tercer lugar, la globalización económica ha reforzado aún más la interdependencia existente entre una cantidad cada vez mayor de países, y es posible que haya contribuido con la creación de nuevos factores de expulsión en países cuyas deudas públicas, a menudo considerables, se incrementaron a partir de los efectos negativos de los planes de ajuste estructural impuestos por el FMI. En cuarto lugar, durante la década de 1990 comienza a incrementarse en gran medida la exportación organizada de mano de obra. Un dato de especial importancia en este sentido es el crecimiento abrupto en los niveles de tráfico internacional de personas para la industria sexual o el trabajo esclavo”, *ibídem*, pág. 171.

<sup>2211</sup> Villacampa Estiarte, C., “*Normativa europea y regulación del tráfico de personas en el código penal español*”, en Rodríguez Mesa, M.J., /Ruiz Rodríguez, L., (coords.), *Inmigración y sistema penal*, op.cit., pág. 71; Martínez Escamilla, M., *La inmigración como delito...*, op.cit., pág.15.

“teoría de los sistemas migratorios”<sup>2212</sup> que ha llamado la atención sobre la densidad histórica de los movimientos de poblaciones, mientras que la aportación de los antropólogos ha conducido a investigaciones de gran interés etnográfico sobre los nuevos espacios transnacionales en formación, en lo que respecta a las prácticas subjetivas y lazos sociales en las que queda expresada materialmente la autonomía de las migraciones. La autonomía<sup>2213</sup> de los movimientos migratorios actuales implica que éstos no son reconducibles a las “leyes de oferta y demanda” que gobiernan la división internacional del trabajo. Asimismo, su carácter autónomo es útil para referir al excedente de prácticas y demandas subjetivas que se expresan en relación con las causas objetivas que los determinan. En este sentido es necesario establecer un nexo entre el movimiento migrante y la *explotación del trabajo vivo*, y por otro lado, dar cabida en el discurso crítico a las luchas, como espacio en el cual habilitar la posibilidad de otra postura que comprenda a los migrantes no sólo como víctimas. Ello con el intento de arrancarlo de la inmersión subjetiva realizada por el Estado postmoderno que ahoga la movilidad.

Siguiendo a Mezzadra, “no se pueden entender las migraciones contemporáneas sin tener en cuenta las transformaciones radicales y catastróficas que fueron causadas por los programas de ajuste estructural del FMI en muchos países africanos durante los años 80, y por la inversión directa en el extranjero de las multinacionales a partir de los años sesenta, con la creación de las “zonas de producción para la explotación” y el trastorno de la agricultura tradicional”.<sup>2214</sup>

Cuando el migrante opta por la aspiración que lo mueve hacia otro país la potencialidad de devenir clandestino no configura un impedimento que lo disuada de aventurarse. Está en el imaginario que, por peores condiciones de vida que el Norte le pueda dar, siempre son mejores de las que se despiden.<sup>2215</sup>

Por lo tanto, la declaración de “irregularidad” propicia el desenvolvimiento de cada vez mayores instrumentos de control, y de las organizaciones criminales que en su compleja estructura proveen de documentación falsa, alojamiento, transporte, etc., a las que los inmigrantes llegan por voluntad propia, invirtiendo su patrimonio a fin de llegar a un lugar

---

<sup>2212</sup> Entre otros véanse Bodjakzjev, M./Karakayali, S./Tsianos, V., “L’*enigma dell’arrivo. Su campi e spettri*”, en Mezzadra, S., (comp.), *Corpi migranti. Per una lettura politica delle migrazioni contemporanee*, Derive Approdi, Roma, 2004; Castles, S./Miller, M.J., *The age of migration. Globalization and the Politics of Belonging*, Macmillan, Londres, 2003; Sassen, S., *Una sociología de la globalización*, op.cit., págs. 167-172.

<sup>2213</sup> En el mismo sentido la bibliografía citada en nota anterior, y Papastergiadis, N., *The turbulence of Migration. Globalization, Deterritorialization and Hybridity*, Polity Press, Cambridge, 2000; Mezzadra, S., *Derecho de fuga...*, op.cit., págs. 143-149.

<sup>2214</sup> Mezzadra, S., *Derecho de fuga...*, op.cit., pág. 147; Sassen, S., *Una sociología de la globalización*, op.cit., págs. 192-193.

<sup>2215</sup> Sassen, S., *¿Perdiendo el control? La soberanía en la era de la globalización*, Bellaterra, Barcelona, 2001, en especial, págs. 88 ss., asimismo Sáez Valcárcel, R., “*Inmigración clandestina...*”, op.cit., págs. 12-19.

con mejores condiciones de vida.<sup>2216</sup> Asimismo también tenemos los casos de aquellos que no disponen de medios para afrontar “el viaje”, y quedan sometidos a la voluntad de los traficantes, donde se instala una relación parecida a la esclavitud, en aras de pagar la deuda contraída.<sup>2217</sup>

El último de los supuestos comentados y otros concurrentes con la inmigración clandestina generan serias violaciones a los derechos humanos. En estos casos lo correcto es hablar de *trata de personas*, debido a que se recurre a la violencia, el engaño, la coacción, etc. Cuestión distinta de la “clandestinidad”, que siempre lo arroja a una situación de indefensión y subordinación que lo convierte en una variable gerencial;<sup>2218</sup> circunstancia óptima que aprovechará el mercado de trabajo postfordista.<sup>2219</sup> La normativa europea ha venido reflejando que la principal preocupación de la Unión no es la situación de marginalidad en la que se encuentra el inmigrante, sino la perturbación social y económica que puede provocar *la movilidad no controlada de personas*.<sup>2220</sup>

Las conclusiones del Consejo de Tampere, en los que por primera vez la UE contempla a los inmigrantes como sujetos de Derechos instando a los países miembros a una política de integración “encaminada a concederles derechos y obligaciones comparables a los ciudadanos de la Unión, así como fomentar la ausencia de discriminación en la vida económica, social y cultural y a desarrollar medidas contra el racismo y la xenofobia.”<sup>2221</sup> Asimismo se exhortó a que los Estados miembros adoptasen medidas legislativas respecto de la trata de seres humanos, la explotación económica de los inmigrantes y la salvaguarda de los Derechos de las víctimas de dichas actividades, prestando especial atención a los colectivos de mujeres y niños.<sup>2222</sup>

---

<sup>2216</sup> En este sentido se pronuncia Martínez Escamilla, M., *La inmigración como delito...*, op.cit., págs. 30 -31.

<sup>2217</sup> Juliano, D., *Excluidas y marginadas: una aproximación antropológica*, Cátedra, Madrid, 2004, pág. 204. La antropóloga explica que existen redes comerciales, agencias de viajes, prestamistas particulares, pequeños empresarios o comerciantes, incluso de negocios de prostitución, que adelantan el precio del viaje y otros gastos, asumiendo el inmigrante el pago de la deuda más los intereses, muchas veces elevados. Junto a ello, hay redes criminales de tipo coercitivo, que utilizan el engaño o la violencia psicológica y física sobre las personas, a las que obligan a trabajar para ellos en mercados ilegales, generalmente la prostitución; en este último caso, estamos frente al delito de trata de personas.

<sup>2218</sup> Pérez Cepeda, I, *Globalización...*, op.cit., pág. 173, Pérez Ferrer, F., *Análisis dogmático y político criminal de los delitos contra los Derechos de los ciudadanos extranjeros*, Dykinson, Madrid, 2004, págs. 48 y 49.

<sup>2219</sup> De Giorgi, A., *El gobierno de la excedencia...*, op.cit., págs., 48 ss. Véase el tratamiento efectuado en el capítulo 3 de los inmigrantes como objetivo de las lógicas tecnocráticas.

<sup>2220</sup> El Acuerdo de Schengen (véanse los artículos 19 a 24), articula un sistema de blindaje frente al exterior, del que son muestras las estrictas normas de inmigración españolas que serán objeto de análisis ulterior.

<sup>2221</sup> Cfr. Artículo 8 del Acuerdo de Tempere.

<sup>2222</sup> *Ibidem*, artículo 23.

No obstante, lo que podría constituir un gran avance respecto del tratamiento de los migrantes dentro del ámbito de la Unión Europea queda opacado en virtud de que estas normas se refieren únicamente a los que residen legalmente en el Estado, lo que significa volver a establecer diferencias entre “legales” e “ilegales”.<sup>2223</sup> En lo atinente a estos últimos, se promueve la lucha contra la trata de seres humanos y la explotación económica en el marco del control fronterizo y la importancia de los acuerdos de readmisión, lo cual desmiente cualquier intento de solapar el discurso de control de la excedencia que precipita la política del estado técnicoadministrativo con la protección de los derechos humanos.

Serrano-Piedecasas destaca que las enormes sumas de dinero que se mueven en torno al tráfico ilegal de personas <sup>2224</sup> han acrecentado considerablemente la proliferación de organizaciones criminales que facilitan a los potenciales inmigrantes transporte, asistencia para el cruce de fronteras, documentación falsa, alojamiento, empleos e incluso servicios de búsqueda de empleo.<sup>2225</sup> En efecto, las redes dedicadas al tráfico ilegal, como cualquier otra forma de delincuencia organizada, suponen por sí solas un factor criminógeno. Éstas se suman a la situación de “ilegalidad” en la que se encuentran miles de personas, situación que les impide el acceso “legal” a un trabajo, a una vivienda, etc. La ley crea la precarización funcional al mercado de trabajo competitivo,<sup>2226</sup> en el que se introduce una relación directamente proporcional como consecuencia del tráfico: mayores controles y dispositivos, menos derechos. Tanto las Naciones Unidas<sup>2227</sup> como la Unión Europea instan a los Estados

---

<sup>2223</sup> Martínez Escamilla, M., *La inmigración como delito...*, op.cit., pág. 16.

<sup>2224</sup> Según la Organización Internacional de Migraciones (OIM) de las Naciones Unidas, en el año 2000, el transporte y la compra venta de seres humanos produce 7.000 millones de dólares al año, mientras que Amnistía Internacional lo estima en 13.000 millones de dólares, previendo un aumento del 400% en diez años.

<sup>2225</sup> Serrano-Piedecasas, J.R., “*Los delitos contra los Derechos de los ciudadanos extranjeros*”, en Palomo del Arco, A., *El extranjero en el Derecho penal sustantivo y procesal (Adaptado a la nueva ley orgánica 4/2000)*, CGPJ, Manuales de Formación Continuada, núm. 5, 1999, pág. 397.

<sup>2226</sup> Terradillos Basoco, J.M., “*Inmigración, mafias...*”, op.cit., págs. 270 ss.

<sup>2227</sup> En Palermo, entre los días 12 y 15 de diciembre de 2000, se celebró la Conferencia Política de las Naciones Unidas, donde se suscribe la Convención contra la delincuencia organizada transnacional. Ésta a su vez tiene sus raíces en la celebrada en Nápoles en 1994, en que cada uno de los Estados fue invitado a iniciar un proceso de armonización de las legislaciones nacionales y a asumir un acuerdo respecto de qué debía entenderse por criminalidad organizada, con el fin de combatirla eficazmente y lograr una cooperación internacional. La Convención de Naciones Unidas contra la delincuencia organizada debiendo entenderse por tal un grupo estructurado de tres o más personas que exista durante cierto tiempo y que actúe concertadamente con el propósito de cometer uno o más delitos graves o delitos tipificados con arreglo a la presente Convención con miras a obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico u otro beneficio de orden material para la comisión de delitos (por tal se entiende la conducta que constituya un ilícito punible con una privación de libertad máxima de al menos cuatro años o con una pena más grave según lo dispuesto por el artículo 2); por otro lado dispone que las previsiones de la Convención sean aplicables cuando el crimen sea de carácter

miembros a que recurran al instrumento penal a fin de reprimir el tráfico de personas.<sup>2228</sup>

No obstante, la apelación de la comunidad internacional y de los documentos sancionados para la lucha contra el tráfico de seres humanos a la lucha contra las redes organizadas habrá de ser matizada. En este sentido, Martínez Escamilla afirma que “la ilegalidad convierte en oro todo lo que toca... a la sombra de las dificultades para la entrada ilegal ha surgido un floreciente negocio que a veces no repara en cuestiones de dignidad. Sin embargo, hay que proponer un enfoque más amplio respecto del fenómeno de las migraciones clandestinas que casen mejor con la autonomía que pretendemos otorgarles, en este sentido, no es menos cierto que otra buena parte de la inmigración irregular se canaliza al margen de las redes criminales, como ocurre cuando la persona migra de forma autónoma o, lo que resulta muy frecuente, apoyándose en las “otras redes” de la inmigración, es decir, las formadas por aquellos migrantes o ex migrantes que, tanto en el país de origen como en el país de destino, proporcionan información y apoyo y facilitan la aventura migratoria, incluso irregular, lo que reduce los costes y los riesgos del desplazamiento, incluso si la entrada se hace de forma irregular.”<sup>2229</sup> Pero, independientemente de la forma o los medios de llegar, sea a través de una organización o de forma autónoma, la

---

transnacional (que según el artículo 3.2 es tal a) cuando se comete en más de un Estado; b) se comete dentro de un solo Estado pero una parte sustancial de su preparación, planificación, dirección o control se realiza en otro Estado; c) se comete dentro de un solo Estado pero entraña la participación de un grupo delictivo organizado que realiza actividades delictivas en más de un Estado; o d) se comete en un solo Estado pero tiene efectos sustanciales en otro Estado) y sea cometido por un grupo criminal organizado. Asimismo, cabe destacar que a través del artículo 34.2 esta Convención reclama que los Estados parte tipifiquen en su Derecho interno los delitos descritos por la Convención independientemente del carácter transnacional o la participación de un grupo organizado. Por tanto, las normas de la Convención deberán ser de aplicación incluso cuando el delito sea cometido por una sola persona, y aún cuando éste no concorra con el carácter transnacional, deberán ser utilizados los instrumentos de cooperación, prevención, investigación y procesamiento.

Otro instrumento de particular interés para nuestro estudio lo configura la Convención de Naciones Unidas contra la delincuencia organizada Transnacional de 18 de mayo de 1999, que define la trata de personas como el reclutamiento, el transporte, la transferencia, el alojamiento o la recepción de personas mediante el secuestro, el uso de la fuerza, el engaño, el fraude o la coacción, o dar o recibir pagos o beneficios ilegales para obtener el consentimiento de la persona con fines de explotación sexual o trabajos forzados. Los dos Protocolos opcionales de la Convención de Naciones Unidas contra la criminalidad organizada transnacional culminan con la firma en Palermo. Ambos protocolos están dirigidos a la prevención y a la represión del tráfico de inmigrantes y de la trata de personas. Véase para un tratamiento extenso y detallado del particular, Pérez Cepeda, A.I., *Globalización, tráfico internacional...*, op.cit., págs. 61-72.

<sup>2228</sup> Cuerda Riezu, A., “¿Ostentan ius puniendi la Comunidades Europeas?”, en Arroyo Zapatero, L., et.al., *Hacia un Derecho penal económico europeo. Jornadas en honor del Profesor Klaus Tiedemann*, Madrid, 1995, págs. 621-635. Véase *infra* 3.4.

<sup>2229</sup> Martínez Escamilla, M., *La inmigración...*, op.cit., pág. 30.

ilegalidad no desaparece y con ello continúa siendo funcional bajo los cánones de la gestión.<sup>2230</sup>

Sólo una parte del tráfico ilegal se produce por medio de organizaciones criminales; las políticas migratorias que parten de la lucha contra la criminalidad organizada son producto del denominado enfoque trafiquista, que produce el análisis del fenómeno de las migraciones actuales dividiendo maniquéamente entre víctimas y traficantes.<sup>2231</sup> Lo anterior permite la elusión de cuestiones referidas al contexto estructural de las causas de la migración y, en cambio, representa un diseño simplificado que logra dejar las causas incuestionadas y obstaculiza la posibilidad de contemplar la subjetividad política emergente de las migraciones. En nombre del combate contra las organizaciones criminales internacionales, la decisión represiva del actual modelo de Estado desvirtúa el principio de *última ratio* que implica que el despliegue de los instrumentos penales resulta irracional y, por tanto, injustificado, en los casos en que el conflicto de los intereses en juego puede ser solucionado por otras intermediaciones<sup>2232</sup>; sobre todo en casos como éste, en que la ilegalidad la construye el propio Estado. Sin embargo, asistimos a la pérdida del contenido de este principio, no ya como limitador de la expansión de la potencia punitiva, sino como la *única ratio* de la política actuarial por parte del Estado.<sup>2233</sup>

---

<sup>2230</sup> Sassen, S., *Patterns, Rights, Regulations*, op.cit., págs. 105; 110; 125 ss., en las cuales describe los cambios en los patrones de la inmigración en algunos países de Europa de la década de 1980 hasta el momento actual. Asimismo véase el análisis efectuado en el capítulo *"Making Immigration Policy Today"*, ibídem, págs. 147 ss., donde la autora deconstruye argumentativamente la retórica de las políticas europeas sobre la cuestión. En este sentido, la construcción de la fortaleza europea por parte de las políticas de extranjería como respuesta glocal a los procesos globalizadores precipita el acceso clandestino o la entrada en calidad de turista que luego deviene ilegal, sumergido en la marginalidad. La marginalidad es trabajo sin derechos, precariedad laboral absoluta, pero funcional para los sectores de actividad que requieren de una gran adaptación a los cambios. El sistema de desregulación de las relaciones laborales fomenta la movilidad de los trabajadores como una consecuencia de la nueva flexibilidad, que se vende como libertad. Lo que en el espacio del Estado nación realizan las empresas de trabajo temporal o las oficinas de empleo, es la tarea que acometen con los trabajadores inmigrantes las redes que denominamos mafias. Como hubimos puesto de manifiesto, está en entredicho la "frontera" entre lo legal y lo ilegal.

<sup>2231</sup> Véase el tratamiento de esta cuestión *infra* 6.7.

<sup>2232</sup> Cfr. Barcellona, P., *"El vaciamiento del sujeto y el regreso del racismo"* op.cit., pág. 117, afirma que "hoy parece posible reproducir al individuo sin producir forma alguna de comunidad, de cooperación consciente y activa. El universalismo de las formas jurídicas de los derechos individuales parece vincularse a la expansión de la forma mercancía y de las relaciones de intercambio monetario. Pero, inevitablemente, el crecimiento de estas formas "universales" que hacen abstracción poderosamente de la peculiaridad y originalidad de las formas de vida individual y colectiva, debilita el papel de los grupos intermedios, de las formas de "pertenencia social", y anula todo espacio intermedio entre individuo y Estado."

<sup>2233</sup> Nosotros encontramos que la causa de esta pérdida del carácter de *última ratio* se origina en el cambio de las funciones del Estado y de nuestra subjetividad, temática que ha tenido lugar en el Capítulo Uno, en especial 1.7, 1.8, 1.9.



Para configurar una política migratoria basada en los Derechos humanos se requiere la configuración de un modelo de cooperación y solidaridad sobre la profunda reestructuración de las pautas de distribución del ingreso, de la producción y del consumo a escala mundial; para el fin de las nuevas formas de explotación que ha ido adquiriendo el trabajo, dando debida cuenta de la crueldad y de la complejidad de este asunto, será necesario que los Estados cambien sus políticas represivas por lo que Serrano-Piedecabras ha denominado “una eficaz política de prevención que tienda al desarrollo social y económico de las regiones menos favorecidas.”<sup>2234</sup> Sólo de esta forma será factible una *última ratio*“ como el último escalón de un programa racional de política-criminal.”<sup>2235</sup>

Porque el Estado frente al conflicto social, debe ante todo desarrollar una política social conducente a su prevención o solución, antes de definirlo como criminal.<sup>2236</sup> Las políticas migratorias restrictivas no han impedido ni impedirán, por el contrario lo fomentarán, el problema del tráfico ilegal, todo ello en cuanto el Derecho a emigrar<sup>2237</sup> esté integrado de un alto grado de necesidad, cuando

---

<sup>2234</sup> Serrano-Piedecabras, “Los delitos contra...”, op.cit., pág. 370.

<sup>2235</sup> Rodríguez Mesa, *Los delitos contra los Derechos...*, op.cit., pág. 28.

<sup>2236</sup> Por todos, Bustos Ramírez, J./Hormazábal Malarée, H., *Lecciones de Derecho Penal*, Vol. I, Trotta, Madrid, 1999, pág. 29.

<sup>2237</sup> Si bien no haremos mayores consideraciones sobre el Derecho a migrar, podemos apuntar que la regulación efectuada por los Estados en ejercicio de su soberanía estará en función de las necesidades del mercado de trabajo. En este sentido, el análisis no puede limitarse a poner en evidencia los aspectos “negativos” -aunque muy evidentes- de los procesos globalizadores y su consiguiente política migratoria restrictiva. Sobre un plano, tal vez que peque de abstracto, el Derecho de fuga, como ha sido acuñado por Mezzadra, y reivindicado por los migrantes, se ubica en línea de continuidad con otros movimientos de transformación, que a partir de los setenta fueron desplegándose en las metrópolis occidentales y que han contribuido a determinar la crisis del modelo de acumulación que suele denominarse “fordista”. La contractualización de las relaciones de trabajo, el estatuto del trabajo asalariado codificado y garantizado en los modernos códigos del Derecho del trabajo, las instituciones históricas del mercado de trabajo, la misma competencia capitalista y la acumulación en general resultan incomprensibles si se prescinde de la relevancia crucial del control de la movilidad, de la difícil búsqueda de garantías y equilibrios contra la ruptura unilateral de la relación de empleo por parte de los dependientes. Véase Mezzadra, S., *Derecho de fuga*, op.cit., en especial el capítulo 1 “El joven Max Weber, el Derecho de fuga de los migrantes alemanes y los estómagos polacos”, donde en pág. 88, se pregunta ¿Cómo entender la paradoja de un capitalismo que, marxianamente distinguido por un *movimiento constante*, por la incesante conmoción de todas las condiciones sociales y de todas las relaciones estancadas y enmohecidas, reproduce en su hacerse global todo el repertorio de las formas de coacción y falta de libertad que desearían verse relegadas a su prehistoria?, y culmina el capítulo con la siguiente conclusión que, por lo demás hacemos nuestra: “las migraciones, desde este punto de vista, pierden todo carácter demarginalidad en la historia y en el funcionamiento concreto del modo de producción capitalista, para resurgir más bien como paradigma de las complejas disputas que se juegan alrededor del control de la movilidad del trabajo: encarnación por excelencia de comportamientos de sustracción y de fuga que la atraviesan subjetivamente, el migrante también es la figura predestinada a padecer sobre la piel los efectos más duros de embridar la libertad (...) es con mucha frecuencia la “nación” la figura retórica según la cual surgen los hilos que, muy concretamente cumplen la función de bridas, ibídem, pág. 91.

éste tenga como contenidos la integridad física, psíquica y moral de los seres humanos.<sup>2238</sup>

Sobre todo porque, como expresa Terradillos Basoco, es cierto que la desregularización de ámbitos que se sustraen al control político producto de la globalización es parcial, pues existe una doble tendencia político- criminal: por una parte, se da una desregularización con el objetivo principal de propiciar la ampliación de los espacios del poder ligado al capital privado, con una práctica inhibición frente a la explotación o la discriminación de los *extranjeros*, pero, por otra parte, se procura una rígida intervención cuando se trata de asegurar la *pax* pública requerida por ese mismo mercado frente a actuaciones delictivas o situaciones de irregularidad a las que se ve estructuralmente empujado, “sin los resultados del cotejo de los medios empleados para la obtención de esa *pax* con los exigidos por la dignidad.”<sup>2239</sup>

Los Estados despliegan políticas *aparentemente contradictorias* como fruto del enfoque trafiquista. Por un lado, pretenden atajar los síntomas inmediatos del fenómeno migratorio, especialmente cuando éstos se leen exclusivamente desde los tópicos de la inseguridad y el peligro para la sociedad.<sup>2240</sup> Por otro, practican una sucesiva evasión a fin de implicarse con las causas profundas de la anarquía migratoria que han contribuido a configurar. Pero si las razones del Estado pueden resultar paradójicas en estas circunstancias (la declaración de clandestinidad), las razones del mercado lo son tanto o más, pues el mercado se detiene justamente cuando se trata de llevar a sus consecuencias últimas la libertad que se supone a las partes del contrato en un mercado de trabajo cada vez más expandido a escala global.<sup>2241</sup>

Para arribar a soluciones acordes y realistas para con la inmigración deberemos actuar en, y con, los países de los que proviene.<sup>2242</sup> Esto exige la cooperación, la integración, el diálogo, para arribar a políticas conformes con los

---

Asimismo, véase Sassen, S., *Guest and Aliens*, The New York Press, New York, 1999, donde efectúa una investigación exhaustiva sobre los movimientos migratorios en Europa desde el siglo XIX hasta hoy. Sobre los efectos de las migraciones sobre la cohesión nacional y la independiencia, véanse, ibídem, págs. 77 ss.

<sup>2238</sup> En este sentido véase Daunis Rodríguez, A., “Política migratoria y Derecho. Análisis y juicio crítico de una relación perversa”, Sanz Mulas, N., (coord.) *El Derecho penal y la nueva sociedad*, Comares, Granada, 2007, págs. 125 ss.

<sup>2239</sup> Terradillos Basoco, J., “El Derecho de la globalización luces y sombras” en Capella Hernández, J.R., (coord.), *Transformaciones del Derecho en la mundialización*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999, pág. 209.

<sup>2240</sup> Bergalli, R., “Presentación...”, op.cit., pág. XIV; Fernández Bessa, C., “El Estado español como punta de lanza de control”, op.cit., págs. 156 ss.; Romero, E., “El plan África, la política migratoria española de “nueva generación” y la guerra contra los pobres”, op.cit., págs. 166 ss.; Indymedia, “El cerebro panóptico de la Fortaleza Europea”, op.cit., págs. 125-126; Aradau, C., *Rethinking trafficking on women...*, op.cit., pássim.

<sup>2241</sup> Cfr. Asensi Sabater, J., *Políticas de la sospecha...*, op.cit., pág. 30.

<sup>2242</sup> Véase Ríos Corbacho, J.M., “Regulación jurídica de la extranjería. Situación actual”, en Ruiz Rodríguez, L.R., (coord.), *Sistema penal y exclusión de extranjeros*, op.cit., págs. 70 ss.

derechos humanos.<sup>2243</sup> El diseño de políticas capaces de integrar y combatir las exclusiones que sufren los migrantes se convierte en una asignatura pendiente, porque es preciso que frente a los “ilegales”<sup>2244</sup> haya también la obligación de respeto de los derechos humanos, es decir, la posibilidad de acceder a los Derechos y a los recursos, no últimamente la amenaza de la expulsión como alternativa pergeñada en vistas de funcionalizar “la mano de obra” a las nuevas condiciones del mercado global de trabajo.<sup>2245</sup>

## 6.2. b. La política migratoria en el seno de la Unión Europea

El presente acápite tiene por objeto estudiar cuáles son las directivas que emanan de la Unión Europea hacia los Estados miembros, ya que ciertas materias que antes se consideraban prerrogativas soberanas de los Estados, tales como el asilo, la seguridad, la cooperación judicial, la inmigración, a partir del Tratado de Maastricht de 1992 se convierten en el objeto de una política común.<sup>2246</sup>

En materia de política de inmigración la UE asume la tarea de regular los flujos con medidas adecuadas en el contexto de la globalización, lo que motivó que tanto la inmigración como el asilo fueran incluidas a partir del Tratado de Amsterdam, en aras a la consecución de un espacio europeo de libertad, seguridad y justicia, que aquel propugna.<sup>2247</sup>

---

<sup>2243</sup> Véanse, en este sentido, los trabajos compendiados en Bergalli, R., (coord.) *Flujos migratorios...*, op.cit., *passim*.

<sup>2244</sup> Véase Bravo López, F., “Extranjeros en situación de irregularidad” en *XII Curso Extraordinario. Cuestiones Actuales de Criminología*, op.cit., págs. 25-39.

<sup>2245</sup> Véase el Capítulo 3.

<sup>2246</sup> El título VI del Tratado de la Unión Europea aprobado en Maastricht, relativo a la cooperación policial y judicial en materia penal, y concretamente se reconoce que el objetivo de la Unión será ofrecer a los ciudadanos un alto grado de seguridad, elaborando para ello una acción común entre los Estados miembros. El objetivo se ha de lograr a través de la prevención y la lucha contra la delincuencia, organizada o no, en particular la trata de seres humanos (entre otros hechos delictivos). Véase en este sentido la Decisión Marco del Consejo de 13 de junio de 2002 sobre la lucha contra el terrorismo (2002/475/JAI). También aquella de 19 de julio de 2002 relativa a la lucha contra la trata de seres humanos (2002/629/JAI).

<sup>2247</sup> Martínez Escamilla, M., *La inmigración como delito...*, op.cit., pág. 15, subraya que “en el ámbito de la Unión Europea, la supresión de las fronteras internas con el fin de crear un espacio de libre circulación de personas ha supuesto un desplazamiento de los controles fronterizos a los límites territoriales externos de la Unión”. Así las cosas, el Consejo, en aras de la armonización legislativa de los distintos Estados miembros, adoptará decisiones de carácter vinculante que, a la postre, han sido las directrices a partir de las cuales se ha ido delineando la política comunitaria sobre migración. Porque junto al establecimiento de ese estatuto jurídico privilegiado para los extranjeros comunitarios, la pertenencia a la Unión Europea implica, para aquellos Estados miembros la participación en el espacio Schengen, el cual ha comportado la adopción, respecto del fenómeno migratorio y del control de las fronteras exteriores, de unas cuantas medidas tendentes a la armonización y coordinación de las legislaciones nacionales en materia de migraciones exteriores, vgr. en materia de visados. El tratado mencionado, en su Protocolo 2, plantea la integración del acervo Schengen en el marco de la Unión Europea, y se ha añadido al

Las directivas respecto de la política migratoria de la UE son invocadas por el gobierno español como fundamento de las sucesivas reformas de la Ley de Extranjería (LO 4/2000) mediante la LO 8/2003 y posteriormente las LO 11/2003 y 14/2003.<sup>2248</sup> En junio de 2008, se ha promovido la aprobación de la *Directiva Europea de retorno de inmigrantes en situación irregular* por parte de la UE, que dispone la detención de los migrantes clandestinos hasta 180 días en los CIE y restringe los derechos de la agrupación familiar.

El endurecimiento de las nuevas exigencias en política de migración, la represión de la inmigración “irregular”, figuran en las agendas de los principales partidos políticos europeos y se convierten en una de las variables decisivas en las campañas electorales, tanto en Francia, Dinamarca, como en Suecia, Italia, España o Alemania.<sup>2249</sup>

El Tratado de Amsterdam incorpora a la legislación comunitaria el Convenio de Schengen, el cual compromete a los Estados parte en su artículo 3.2 a “fijar sanciones que penalicen el cruce no autorizado de las fronteras externas” mientras que el artículo 27.1 *que impele a la adopción de sanciones adecuadas contra cualquier persona que, con fines lucrativos ayude o intente ayudar a un extranjero a entrar o permanecer en el territorio.*

Siguiendo la tendencia marcada por los Protocolos de Naciones Unidas de 2000 sobre la trata de personas y sobre el tráfico ilícito de inmigrantes, la Unión Europea también escinde<sup>2250</sup> el tratamiento de estas cuestiones, al disponer que *el*

---

tratado de la Comunidad Europea el Título IV, bajo la denominación Visados, asilo inmigración y otras políticas relacionadas con la libre circulación de personas, de conformidad con el artículo 2.15 del Tratado de Amsterdam.

<sup>2248</sup> Véase Álvarez Rodríguez, A., “La transposición de directivas UE sobre inmigración. Las directivas sobre reagrupación familiar y de residentes de larga duración”, Documentos CIDOB, serie migraciones, núm. 8, marzo 2006, págs. 122 ss., disponible en [http://www.cidob.org/es/publicaciones/documentos\\_cidob/migraciones/la\\_transposicion\\_de\\_directivas\\_de\\_la\\_ue\\_sobre\\_inmigracion](http://www.cidob.org/es/publicaciones/documentos_cidob/migraciones/la_transposicion_de_directivas_de_la_ue_sobre_inmigracion).

<sup>2249</sup> Véase “Europa: inmigración y Derechos humanos”, Amnistía Internacional, agosto-septiembre 2002, núm. 56. Desde el Consejo Europeo de Sevilla, bajo presidencia española en 2002, las iniciativas de la Unión parecen coincidir en la necesidad de endurecer la lucha contra lo que se llama inmigración ilegal con planes de repatriación masiva de “clandestinos” así como discriminar a los refugiados de los países “seguros”. Esta organización denuncia que la “guerra que ha desatado la Unión Europea contra la “inmigración ilegal” pone en serio peligro los Derechos humanos. En esta reunión deja de hablarse de codesarrollo y ayuda, para focalizarse en la seguridad, cuya retórica se autoriza en los atentados de 2001 y 2004. La “lucha” contra la inmigración ilegal mediante el refuerzo del control de los pasos fronterizos, una estrategia reducida de asilo y la inclusión de la policía de inmigración como parte de la política exterior de la Unión. En España, el Plan de Lucha contra la Delincuencia presentado por el Partido Popular en septiembre de 2002 relacionaba directamente la delincuencia y la inmigración y anunciaba las reformas de la ley de extranjería y del Código Penal.

<sup>2250</sup> Siguiendo la técnica prevista por el Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la *trata de personas*, especialmente de mujeres y niños, que define ese crimen como el tráfico de personas, realizado mediante coacción, engaño o abuso de una situación de vulnerabilidad y con fines de explotación sexual o laboral (art. 3.a.), y el Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por

*tráfico de inmigrantes debe ser considerado como un delito contra el Estado y supone un interés compartido entre inmigrante y traficante, mientras que la trata de seres humanos constituye un crimen contra la persona, cuya explotación tiene por objeto.*<sup>2251</sup>

Podemos observar aquí una *política jánica*: por una faz, un discurso que sanciona el respeto de los derechos humanos y por otra, uno de carácter represivo en contra de la inmigración. Esta duplicidad termina siendo más aparente que real, en tanto que no se valora un factor esencial como es el de crear condiciones que habiliten la dignidad de todas las personas, cuando sí lo hace a la hora de fijar las políticas atinentes a la protección policial de las fronteras.<sup>2252</sup> Debido a la complejidad del fenómeno la UE no puede contentarse con un enfoque “parcial” del programa previsto por el artículo 63 del Tratado de Amsterdam como ha sido suscrito repetidas veces por la Comisión.<sup>2253</sup>

---

tierra, mar y aire, que entiende por tal la facilitación de la entrada ilegal de una persona en un Estado del que no sea nacional, cuando dicha conducta se realice con ánimo de lucro (art. 3).

<sup>2251</sup> En estos términos se pronuncia la Decisión marco del Consejo sobre la lucha contra la trata de seres humanos del año 2002 (2002/629/JAI) que dispone en artículo 1: “Infracciones relacionadas con la *trata de seres humanos con fines de explotación laboral o sexual*. 1. Cada Estado miembro adoptará las medidas necesarias para garantizar la punibilidad de los actos siguientes: La captación, el transporte, el traslado, la acogida, la subsiguiente recepción de una persona, incluidos el intercambio o el traspaso del control sobre ella, cuando: a) se recurra a la coacción, la fuerza o la amenaza, incluido el rapto, o b) se recurra al engaño o fraude, o c) haya abuso de autoridad o de situación de vulnerabilidad, de manera que la persona no tenga una alternativa real y aceptable, excepto someterse al abuso, o d) se concedan o se reciban pagos o beneficios para conseguir el consentimiento de una persona que posea el control sobre otra persona, con el fin de explotar el trabajo o los servicios de dicha persona, incluidos al menos el trabajo o los servicios forzados, la esclavitud o prácticas similares a la esclavitud o la servidumbre, o con el fin de explotar la prostitución ajena o ejercer otras formas de explotación sexual, incluida la pornografía. A mayor abundamiento, véase *infra* 6.7.

<sup>2252</sup> Fernández Teruelo, J.G., “*El proceso social de determinación de de la normativa administrativa y penal en materia de inmigración*”, en Faraldo Cabana, P., (dir.), Souto García, E., /Puente Aba, L., (coords.), *Derecho penal de excepción...*, op.cit., pág. 243; Portilla Contreras, G., “*El Derecho penal ante la nueva representación...*”, op.cit., pág. 254.

<sup>2253</sup> En esta comunicación – COM (2000) 857 final- al Consejo y al Parlamento Europeo la Comisión entiende que deben ponerse a disposición de los trabajadores emigrantes vías para la inmigración legal a la Unión. Porque si bien reconoce la importancia de las condiciones para la admisión y residencia a efectos de empleo y otras razones, puntualiza que son vitales para el éxito de las políticas de inmigración las condiciones sociales a que se enfrentan los inmigrantes, la actitud de la población de acogida y la presentación por parte de los responsables políticos de los beneficios de la diversidad y de las sociedades con carácter plural y tolerante. Este planteamiento destaca especialmente en la Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo, de 10 de mayo de 2005, “*Programa de la Haya: Diez prioridades para los próximos cinco años. Una asociación para la renovación europea en el ámbito de la libertad, la seguridad y la justicia*”, COM(2005)184 final; Informe sobre la ejecución del Programa de La Haya en 2007, de 2 de julio de 2008 COM(2008) 373; Informe sobre la ejecución del Programa de La Haya en 2006, de 3 de julio de 2007 COM(2007) 373; Ejecución del Programa de La Haya: el camino a seguir de 28 de junio de 2006, COM(2006) 331 final; Evaluación de las políticas de la Unión Europea en materia de libertad, seguridad y justicia de 28 de junio de 2006, COM (2006) 332 final; - Informe sobre la ejecución del Programa de La Haya en el año 2005 («cuadro de indicadores») de 28 de junio de

En virtud del art. 3.2 del Convenio de Schengen que dispone que los Estados parte tomen medidas que penalicen el cruce no autorizado de fronteras, como así también del art. 27.1 de dicho Convenio, los Estados parte deben establecer sanciones adecuadas contra cualquier persona que, con fines lucrativos, ayude o intente ayudar a un extranjero a entrar o permanecer en el territorio, ello tomando en consideración que este fenómeno involucra a organizaciones criminales transnacionales; son de aplicación asimismo las disposiciones del Título VI del Tratado de la Unión Europea, relativas a la cooperación policial y judicial en materia penal previstas en los artículos 29, 30 y 31.<sup>2254</sup>

De este modo, en materia de inmigración irregular, la estrategia política encuentra sus cimientos en el Documento de la Presidencia del Consejo Europeo que data de 1 de enero de 1998, cuyo objetivo principal reside en la lucha contra las redes de tráfico clandestino de personas, a cuyos efectos considera imprescindible inversión y coordinación en materia policial, así como la existencia de severas penas para toda organización que introduzca inmigrantes ilegales contra remuneración, como así también la lucha contra formas de economía sumergida y el empleo ilegal de extranjeros.<sup>2255</sup> Son muchos los

---

2006 COM (2006) 333; Plan de Acción del Consejo y de la Comisión por el que se aplica el Programa de la Haya sobre el refuerzo de la libertad, la seguridad y la justicia en la UE; todos estos documentos están disponibles en [http://europa.eu/legislation\\_summaries/human\\_rights/fundamental\\_rights\\_within\\_european\\_union/116002\\_es.htm](http://europa.eu/legislation_summaries/human_rights/fundamental_rights_within_european_union/116002_es.htm). En este sentido, en la Exposición de motivos de la Decisión Marco del Consejo, de 19 de julio de 2002, relativa a la lucha contra la trata de seres humanos, la Comisión considera que la adopción por las Naciones Unidas de dos protocolos distintos, respectivamente, sobre la trata de personas y sobre el tráfico ilícito de migrantes, pone de relieve la complejidad de *las distintas formas de desplazamientos ilícitos de personas que realizan las organizaciones delictivas internacionales*. Mientras que el tráfico ilícito de migrantes podría considerarse un crimen contra el Estado y con frecuencia supone un interés compartido por el traficante y el migrante, la trata de seres humanos constituye un crimen contra la persona, cuya explotación tiene por objeto. Véase, entre otros, Díaz y García Conlledo, *et.al.*, *Protección...*, op.cit., págs. 206 ss.; Gómez Navajas, J., *"Inmigración ilegal y delincuencia organizada"*, op.cit., págs. 387-461.

<sup>2254</sup> Para un tratamiento pormenorizado de la lucha contra la criminalidad transnacional, que configura una parte del III pilar de la UE, de acuerdo con los artículos 29-42 del Tratado de la Unión Europea, véase Wolter, J., *"Policía y justicia penal en la Unión Europea"*, (trad. Gómez Martín) en Mir Puig, S., / Corcoy Bidasolo, M., (dirs.), Gómez Martín, V., (coord.), *Política Criminal en Europa*, Atelier, Barcelona, 2004, págs. 141-166, quien a partir del trazado de nueve tesis critica la política punitiva de la Unión Europea, basada en el objetivo de la UE de ofrecer a los ciudadanos un alto nivel de seguridad en un "espacio de libertad, seguridad y Derecho" de conformidad con el artículo 2.4, 29.1 Tratado de la UE. Critica el autor que no hay nada que hable a favor de una dimensión comunitaria de Derecho penal y procesal, sino del reforzamiento de la Europol, de la correspondiente creación de Eurojust, sin una correspondiente configuración de una "ciencia del Derecho penal y de una ciencia del Derecho procesal penal europeas al servicio de los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros", porque sin ella "no es posible preparar un espacio de Derecho, libertad y también seguridad", op.cit., pág. 165.

<sup>2255</sup> Véase ampliamente Pérez Cepeda, A.I., *Globalización, tráfico internacional...*, op.cit., pág. 95 ss., como así también Wolter, J., *"Policía..."*, op.cit., pág. 154.

instrumentos comunitarios<sup>2256</sup> que se han dictado a fin de luchar contra el tráfico ilegal de seres humanos. En este sentido, a corto plazo está proyectándose la realización de un estudio sobre las legislaciones de los Estados miembros y a mediano plazo, la propuesta que tienda a la armonización del ámbito europeo en lo atinente al empleo ilegal.

Así, podemos concluir que ha sido uno de los objetivos primordiales de la política comunitaria el establecimiento progresivo de un espacio de libertad, seguridad y justicia, que implica en particular la lucha contra la inmigración clandestina, sobre todo la que tiene lugar a través de redes transnacionales. Con este objetivo se han aprobado la Directiva 2002/90/CE del Consejo de 28 de noviembre de 2002, destinada a definir la ayuda a la entrada, la circulación y la estancia irregulares, complementada por la Decisión Marco del Consejo de la misma fecha, cuya finalidad es reforzar el marco penal para la represión de la inmigración irregular.<sup>2257</sup> Por su parte, la Directiva 2002/90/CE dispone en su artículo 1: “Tipificación general”. Los Estados miembros adoptarán sanciones adecuadas: a) contra cualquier persona que intencionalmente ayude a una persona que no sea nacional de un Estado miembro a entrar en el territorio de un Estado miembro o a transitar a través de este, vulnerando la legislación del Estado de que se trate sobre entrada o tránsito de extranjeros; b) contra cualquier persona que intencionadamente ayude con ánimo de lucro, a una persona que no sea nacional de un Estado miembro a permanecer en el territorio, vulnerando la legislación del Estado de que se trate sobre estancia de extranjeros. 2. *Los Estados miembros podrán decidir, en aplicación de su legislación y de sus prácticas nacionales, no imponer sanciones a las conductas definidas en la letra a) del apartado 1 en los casos en que el objetivo de esta conducta sea prestar ayuda humanitaria a la persona de que se trate.*”

Asimismo en su artículo 1.4 establece que las penas correspondientes a estas conductas *no deberán ser inferiores a seis años cuando se realice con ánimo de lucro* y “siempre que estas penas sean de las penas máximas más severas para

---

<sup>2256</sup> Reconocimiento mutuo de las decisiones sobre expulsión de extranjeros de terceros países, Directiva 2001/40. DO L de 2.6.2000; Directiva 2001/51/ CE del Consejo de 28 de junio de 2001 por la que se completan las decisiones del artículo 26 del Acuerdo de aplicación del Convenio de Schengen de 14 de junio de 1985; DOC 597 PC0387 de 14.01.2002; Libro Verde relativo a una política comunitaria de retorno de los residentes ilegales COM (2002) 175 final de 10 de abril de 2002; COM (2001) 672 final 15.11.2001 relativa a una política común de inmigración ilegal; Conclusiones del Consejo Europeo de Laeken de 14 y 15.12.2001; entre otros. Véase García Rodríguez, M.J., *Código de los Derechos de las víctimas*, 2ª ed., Instituto Andaluz de Administración pública, Sevilla, 2007, págs. 285; 389; 397; 405.

<sup>2257</sup> Bajo esta misma tónica véase el informe de Brady, H., *UE Migration Policy*, 2008, disponible en [http://www.cer.org.uk/pdf/briefing\\_813.pdf](http://www.cer.org.uk/pdf/briefing_813.pdf); asimismo véase COM(2006) 402 final, sobre las prioridades políticas en la lucha contra la inmigración ilegal de nacionales de terceros países, disponible en: [http://www.peregrinoalerta.jcyl.es/scsiau/Satellite/up/es/Institucional/Page/PlantillaDetalleContenido/1141754559530/Comunicacion/1204812862213/\\_?asm=jcyl&tipoLetra=medium](http://www.peregrinoalerta.jcyl.es/scsiau/Satellite/up/es/Institucional/Page/PlantillaDetalleContenido/1141754559530/Comunicacion/1204812862213/_?asm=jcyl&tipoLetra=medium)

delitos de gravedad comparable". En estos términos queda estipulado que *las penas máximas no podrán ser inferiores a ocho años cuando la conducta delictiva se realice con ánimo de lucro y concurren alguna de las circunstancias siguientes: que se cometa por una organización delictiva<sup>2258</sup> o que se ponga en peligro la vida de las personas*

---

<sup>2258</sup> En la acción común 98/733/JAI del Consejo de 21 de diciembre de 1998, relativa a la tipificación penal de la participación en una organización delictiva en los Estados miembros de la UE, se propone una definición de organización delictiva: según el artículo 1, se trata de una asociación estructurada, de más de dos personas, establecida durante un cierto tiempo y que actúa de manera concertada con el fin de cometer delitos sancionables con una pena privativa de libertad o una medida de seguridad privativa de libertad de un máximo de al menos 4 años como mínimo o con una pena más severa, con independencia de que estos delitos constituyan un fin en sí mismos o un medio de obtener beneficios patrimoniales y, en su caso, de influir de manera indebida en el funcionamiento de la autoridad pública. En el art. 2 se dispone que para facilitar la lucha contra las organizaciones delictivas los Estados miembros se comprometerán a garantizar que uno o los dos comportamientos que a continuación se mencionan estén sujetos a sanciones penales efectivas, proporcionadas y disuasorias: a) el comportamiento de toda persona que, de forma intencional y teniendo conocimiento bien del objetivo y de la actividad delictiva general de la organización, bien de la intención de la organización de cometer los delitos en cuestión: participe activamente en las actividades delictivas de la organización contempladas en el art. 1 in fine, aun cuando esta persona no participe en la ejecución propiamente de los delitos de que se trate, y sin perjuicio de los principios generales del Derecho penal del Estado miembro incluso cuando no tenga lugar dicha ejecución; en las demás actividades de la organización teniendo, además, conocimiento de que su participación contribuye a la ejecución de las actividades delictivas de la organización contempladas en el art. 1; b) el comportamiento de toda persona consistente en concertarse con una o varias personas para llevar a cabo una actividad que, en caso de materializarse, equivalga a la comisión de los delitos contemplados en el art. 1, aunque dicha persona no participe de la ejecución de dicha actividad.

En la actualidad existe una propuesta de Decisión Marco del Consejo relativa a la lucha contra la delincuencia organizada, COM (2005) 6 final, que derogaría la citada Acción Común en la cual se ofrece una nueva definición de organización delictiva y también se define qué se entiende por asociación estructurada. Así, según la propuesta, la organización delictiva es una asociación estructurada de 2 o más personas, establecida durante un cierto período de tiempo y que actúa de manera concertada con el fin de cometer delitos sancionables con una pena privativa de libertad o una medida de seguridad privativa de libertad de un máximo de al menos 4 años o con una pena aún más severa, con el objetivo de obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico u otro beneficio de orden material. Organización estructurada es una organización no formada fortuitamente para la comisión inmediata de un delito y en el que no necesariamente se haya asignado a sus miembros funciones formalmente definidas, ni haya continuidad en la condición de miembro o exista una estructura desarrollada. En esta propuesta se tipifican los delitos de participación en una organización delictiva, que han de ser adoptados por los Estados miembros. En la misma línea se prevé la obligación de que los estados adopten las medidas necesarias para que los delitos a los que hace mención el art. 1 (artículo que define la organización delictiva y la organización estructurada para cometer delitos) sean punibles con penas privativas de libertad superiores a las previstas por el Derecho nacional para tales delitos, excepto cuando las penas previstas ya sean las penas máximas posibles en virtud de Derecho nacional (art. 3.2. in fine). También se regula la figura del colaborador con la Administración de Justicia (art. 4), y la responsabilidad de las personas jurídicas (arts. 5 y 6).

Aunque todavía se trata de una propuesta el legislador español ya ha tomado en cuenta las directrices al momento de tipificar los delitos de organizaciones y grupos criminales (art. 385 bis



*objeto de la infracción.* También se disponen penas accesorias, como el decomiso del medio de transporte utilizado para cometer la infracción, la inhibición para ejercer, directamente o por persona interpuesta, la actividad profesional en cuyo ejercicio se cometió la infracción, y la expulsión.<sup>2259</sup>

Asimismo la permanencia ilegal de inmigrantes, como segunda figura tipificada por la directiva en comentario, coincide en gran medida por la establecida en el Protocolo contra el tráfico de personas. De este modo el artículo 1.1. a) castiga “a cualquier persona que intencionadamente ayude, con *ánimo de lucro*, a una persona que no sea nacional de un Estado miembro a permanecer en el territorio de un Estado miembro, vulnerando la legislación del Estado de que se trate sobre la estancia de extranjeros.”<sup>2260</sup>

Si traemos a colación la normativa europea es porque en su seno se gestan las directivas que el legislador nacional toma en consideración a la hora de sancionar dentro de su ámbito las conductas y, principalmente, porque estas normas delimitan los contornos por los cuales habrá de confeccionarse la política migratoria en territorio español.<sup>2261</sup>

---

CP) tal como menciona la Exposición de Motivos del Anteproyecto de Reforma presentado en el Consejo de Ministros el 14 de julio de 2006. En este sentido, el CGPJ, en el informe aprobado el día 3 de noviembre de 2006 sobre el Anteproyecto, advierte de los problemas que van a aparecer en el caso de que esta propuesta de regulación del delito de organizaciones y grupos criminales llegue a hacerse efectiva, en concreto por la ubicación sistemática de este delito, alejado del Título en el que se recogen los delitos de asociaciones ilícitas, y porque varias de las figuras delictivas que se incluyen en la propuesta de tipificación están ya abarcadas por los tipos penales sobre las asociaciones criminales. La propuesta del Consejo en este informe es que las modalidades delictivas tipificadas en el proyectado art. 385 bis se incluyan en el Título XXI, Capítulo IV, Sección 1ª, del Libro II CP, “como manifestaciones que son del delito cometido con ocasión del ejercicio de Derechos fundamentales y de las libertades públicas garantizados por la Constitución, en concreto del Derecho de asociación, incorporando a dicha esfera las figuras nuevas del colaborador con la organización y del arrepentido, de utilidad indudable.”

<sup>2259</sup> Cfr. Cortés Bechiarelli, E., “Valoración crítica del comiso (LO 15/2003, de 25 de noviembre)”, en Pérez Alvarez, F., (ed.), *Universitas Vitae, Homenaje a Ruperto Núñez Barbero*, Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, 2007, págs. 118-121.

<sup>2260</sup> A diferencia de lo que sucede en el Protocolo, la Directiva no hace referencia concreta a los medios comisivos. La ilegalidad de la permanencia quedará configurada por el incumplimiento de las condiciones establecidas en la normativa interna de extranjería del Estado que se trate. Lo importante a considerar en esta conducta es la finalidad, ya que se hace expresa mención al provecho económico, financiero o material que se busca con la conducta, como elemento subjetivo del injusto. Según Pérez Alonso, E., *Tráfico de personas...*, op.cit., pág. 170, esta exigencia habrá de ser positivamente valorada, porque expresa claramente cuál es la finalidad perseguida con el contrabando de inmigrantes y porque viene a delimitar claramente el ámbito de prohibición penal a las acciones de ayuda que tengan esa finalidad crematística. Luego veremos los problemas derivados de la incorporación efectuada por el Derecho interno español. Véase el tratamiento del artículo 318 bis CP, *infra* 6.5.

<sup>2261</sup> En el ámbito de la UE entre las medidas exigibles para prevenir y luchar contra la inmigración ilegal se reconoce que las ganancias financieras son el incentivo fundamental para casi todos los que promueven la inmigración clandestina, por ello se considera que la sanción por sí sola no es una medida efectiva. El coste de la inmigración ilegal debería ser incrementado mediante varias

Observamos como característica de la política migratoria de la UE, lo cual se trasladará a las políticas “nacionales,”<sup>2262</sup> que la *única ratio* para la configuración de las políticas reside en el establecimiento de bridas a la movilidad y, el miedo que produce encontrarse cara a cara a las consecuencias de un orden “deshumanizador” que, en mayor o en menor medida, todos coadyuvamos a construir. En el tipo de medidas que adoptan los Gobiernos se

---

medidas con impacto financiero contra los traficantes y tratantes y contra los empleadores de los residentes ilegales. Este grupo de medidas de países miembros de la UE y la responsabilidad de los transportistas, debería comprender en primer lugar, la confiscación del dinero obtenido por los tratantes y traficantes. En segundo lugar, la obligación de reembolsar todos los costes relacionados con el retorno y la repatriación de los residentes ilegales, incluidos los costes de la asistencia social y otros gastos públicos durante la estancia del ciudadano extranjero, y estos gastos deberían repercutir en tratantes, traficantes y empleadores de trabajadores ilegales. En tercer lugar, las ventajas competitivas disfrutadas por los empleadores de trabajadores ilegales podrían ser anuladas mediante sanciones fiscales.

También han de adoptarse sanciones contra el transportista o medidas contra el empleo ilegal. En este sentido, la Comunicación de la Comisión al Consejo al Parlamento europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, de 4 de junio de 2004, COM(2004) 412 final, “Estudios sobre los vínculos entre la migración legal e ilegal” informa sobre la relación entre los flujos de migración legales e ilegales y las relaciones con terceros países: se aborda el perfil del ciudadano extranjero inmigrante, reconociéndose que no existe tal perfil, si bien se advierte que suele tratarse de personas no cualificadas, por lo que no se suelen cubrir las deficiencias del mercado de trabajo formal; se hace eco de las investigaciones que sugieren que un número cada vez mayor de inmigrantes tienen formación y optan por migrar en búsqueda de una vida mejor. En la presente se reconoce que las causas de la inmigración son diversas, y que una vez en la UE muchos de los ciudadanos extranjeros encuentran trabajo en la economía sumergida; existe una clara conexión entre la inmigración ilegal y el mercado laboral no regulado. En este sentido, la Comunicación informa que en la UE la economía sumergida corresponde entre el 7 y el 18% del PIB, aunque esta modalidad no es enteramente ocupada por inmigrantes ilegales. Por su parte, la Comunicación de la Comisión sobre las prioridades políticas en la lucha contra la inmigración ilegal de los nacionales de terceros países, de 20 de julio de 2006 COM (2006) 402 final, dispone que serán prioritarias la cooperación con los países de origen y de tránsito, la gestión de las fronteras exteriores de la UE, la lucha contra la trata de seres humanos, la protección y control de los documentos de identidad y de viaje para evitar la utilización fraudulenta de los mismos, la creación de un sistema de información mutua sobre medidas nacionales en materia de migración y asilo, la contratación ilegal. En este sentido, la Comisión reconoce que la posibilidad de encontrar trabajo mientras se permanece ilegalmente en la UE es un factor muy atrayente, porque el riesgo de ser detectado por las autoridades es muy bajo, tanto para el empleado como para el empleador. De este modo, a su juicio, se debe perseguir especialmente la contratación de nacionales ilegales de terceros países o de personas que están incumpliendo sus condiciones de residencia, recomendando que los Estados miembros adopten medidas para reducir este factor.

<sup>2262</sup> En palabras de Villacampa Estirate, C., “Normativa europea y regulación del tráfico ilegal de personas en el código penal español”, en Rodríguez Mesa, M.J., /Ruiz Rodríguez, L., (coords.), *Inmigración y sistema penal...*, op.cit., pág. 91 “el exceso de celo del legislador español en punto al cumplimiento del mandato armonizador se limita no sólo a la amplitud de los comportamientos delictivos incluidos fundamentalmente en el tipo básico del artículo 318 bis CP, sino también a la gravedad de las penas impuestas.”

hace referencia, en aras de justificarlas, a la potestad soberana de conculcación de Derechos cuando está en juego el orden público o la seguridad.<sup>2263</sup>

Sin embargo el Tribunal Constitucional<sup>2264</sup> considera que, en aplicación de los artículos 14 y 15<sup>2265</sup> del Convenio Europeo para la protección de los Derechos

---

<sup>2263</sup> En vistas de los acontecimientos ocurridos durante 2005 en la vallas de Ceuta y Melilla y la llegada de cayucos a las costas Canarias, no fueron más que evidencias luctuosas de la inminencia de un cambio de orientación de la política de inmigración. En este sentido las conclusiones del Consejo europeo, celebrado en Bruselas (15 y 16 de diciembre de 2006) incluyen un capítulo titulado “Enfoque global de la inmigración” en el cual, si bien continúan siendo protagonistas las medidas policiales y de control de los flujos, por otra parte, se insta a la cooperación en los países de origen, ello con vistas a actuar sobre las raíces del fenómeno. En este sentido se expresa también la Conferencia Euroafricana de Migración y Desarrollo de Rabat (10 y 11 de julio de 2006) convocada a raíz de los citados acontecimientos, que dispone en su Declaración final la intención de gestionar el fenómeno migratorio desde una perspectiva intergral en la que adquiere importancia como pieza clave el desarrollo de los países de origen y tránsito, por supuesto sin olvidar las clásicas medidas de contención como el refuerzo en el control de las fronteras o la firma de tratados de readmisión. El Consejo ha dado un mandato a la Comisión para negociar acuerdos comunitarios de readmisión con 11 países: Marruecos, Sri Lanka, Rusia, Pakistán, Hong Kong, Macao, Ucrania, Albania, Argelia, China y Turquía; la Comisión ha llegado a un acuerdo con Hong Kong, Macao, y Albania. Asimismo, en el plano español, el denominado “Plan Africa” 2006-2009 en el que se reconoce la necesidad de trabajar contra los graves problemas que aquejan al continente africano.

Sin embargo, a pesar de este cambio de matiz en la retórica, no parece que tales medidas vayan a concretarse, en tanto que todos los recursos y energías continúan dispuestos en aras de paliar el consecutivo movimiento que se da entre los dos continentes. Martínez Escamilla, M., *La inmigración como delito*, op.cit., págs., 109-110, afirma que “la política europea de externalización y de desplazamiento del control de fronteras hacia países terceros y, en este sentido, el incremento de las presiones sobre Marruecos para que controlara la inmigración ilegal, no sólo de sus propios ciudadanos sino también de la inmigración en tránsito, agravó la dramática situación de los miles de subsaharianos que habían conseguido llegar a este país en condiciones lamentables tras viajar por parajes inhóspitos durante meses”. Véase el informe elaborado por Amnistía Internacional “Nadie quiere tener nada que ver con nosotros. Arrestos y expulsiones de inmigrantes a quienes se les ha denegado la entrada a Europa”, 2008, disponible en [http://www.es.amnesty.org/uploads/tx\\_useraitypdb/mauritania\\_nadie\\_quiere\\_tener\\_nada\\_que\\_ver\\_con\\_nosotros.pdf](http://www.es.amnesty.org/uploads/tx_useraitypdb/mauritania_nadie_quiere_tener_nada_que_ver_con_nosotros.pdf); asimismo véase Romero, E., “El plan África, la política migratoria...”, op.cit., *passim*; Ministerio de Asuntos Exteriores y Cooperación (2007): *Plan África 2006-2008*, 2ª ed., Madrid, disponible en [www.mae.es](http://www.mae.es); Maestro, A., “En el corazón de las tinieblas. Nigeria: lucha de clases”, Ponencia presentada en las II Jornadas Internacionales *Civilización o Barbarie*, Serpa, Portugal, 5-7 de octubre de 2007, disponible en <http://lahaine.org>

<sup>2264</sup> SSTC 62/1982, de 15 de octubre; 90/1983, de 7 de noviembre.

<sup>2265</sup> El artículo 14 del Convenio Europeo para la protección de los Derechos y las libertades públicas fundamentales establece que “el goce de los Derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación”. En el artículo siguiente se dispone que sólo “en caso de guerra o de otro peligro público que amenace la vida de la nación, cualquier Alta Parte contratante podrá tomar medidas que deroguen las obligaciones previstas en el presente Convenio en la medida estricta en que lo exija la situación, y supuesto que tales medidas no estén en contradicción con las otras obligaciones que dimanen del Derecho internacional.”

humanos y de las libertades públicas fundamentales de 1950, la apelación al orden público no está a disposición de los Estados para restringir arbitrariamente el ejercicio de los Derechos, sino que deberían observarse criterios tales como la razonabilidad, adecuación y necesidad, lo cual implica que ningún otro medio igualmente efectivo permita que el Derecho fundamental en cuestión no sea lesionado, o lo sea en menor grado.

En el tratamiento de la inmigración encontramos también la concepción de la “seguridad ciudadana” y el orden público, desconociendo que tales conceptos, en la órbita de un Estado Social y democrático de Derecho, no pueden ser reconocidos sino en un nivel de subordinación, previo al aseguramiento de los derechos y libertades y no como rearticulador de su contenido.<sup>2266</sup>

En tanto se continúe “gestionando” el fenómeno de la inmigración como un problema de orden público, negándose su importancia real, esto es, que la inmigración constituye un nuevo factor que viene a modificar los vínculos sociales de un modo cierto y extendido en el tiempo, sólo se tomarán medidas precoces y que, a la postre, resultarán contraproducentes.<sup>2267</sup> Debido a que si la inmigración ilegal sólo puede ser comprendida en la medida en que hay una demanda interesada en mantener la precariedad de la mano de obra, basada en criterios de rentabilidad y de consecuente flexibilización y deterioro de los derechos, “cualquier política criminal que se pretenda racional deberá incidir en *neutralizar esa delictiva demanda de explotación*”<sup>2268</sup> y no disfrazar el discurso de la funcionalidad que, a través de la administrativización de los ilegalismos, se articula para servir al mercado.

En efecto, las migraciones deben ser resignificadas en el ámbito de la globalización, fundamentalmente, a la hora de ser administradas por parte de los Estados las consecuencias derivadas de ésta. En este sentido, De Lucas manifiesta que la ideología de la globalización “oculta que el único sujeto real que se corresponde con ese ser humano abstracto es el del agente de mercado y hoy eso significa el agente en el mercado global, pues esa es la identidad del sujeto universal propio de globalización. El discurso liberal se empeña en hablar de los seres humanos como individuos y sólo de Derechos humanos como libertades individuales, pero eso no está al alcance de todos los seres humanos, sino sólo de un sector mínimo (una parte del norte, el norte del norte y el norte del sur) que

---

<sup>2266</sup> Cfr. Bustos Ramírez, J., “Seguridad ciudadana y seguridad jurídica”, en Pérez Álvarez, F., (ed.), *Universitas Vitae...*, op.cit., págs. 94 ss.

<sup>2267</sup> Véase Rodríguez Mesa, M.J., “El sistema penal ante el reto de la inmigración clandestina. Funciones instrumentales y simbólicas”, en Pérez Álvarez, F., (ed.) *Serta. In memoriam Alexandri Baratta*, op.cit., págs. 849 ss.; Pérez Luño, A.E., *La seguridad jurídica*, Ariel, Barcelona, 1991, págs. 19 ss., cuando afirma “la seguridad por inmediata influencia de la filosofía contractualista e iluminista se convertirá en presupuesto y función indispensable de los ordenamientos jurídicos de los Estados de Derecho”; asimismo, véanse *supra* puntos 1.11; 1.13.b; 1.13.c; 2.11.a.

<sup>2268</sup> Terradillos Basoco, J.M., “Extranjería, inmigración y sistema penal”, en Rodríguez Mesa, M.J., Ruiz Rodríguez, L., (coords.) *Inmigración y sistema penal...*, op.cit., pág. 65, el subrayado es nuestro.

puede permitirse el lujo de ser nómadas y de pagarse las mercancías en que se han convertido el resto de los derechos, lo que llamábamos derechos sociales.”<sup>2269</sup>

Las libertades públicas y los derechos civiles y políticos fueron el triunfo de la burguesía frente al poder absoluto; los derechos sociales, el resultado de la presión del movimiento obrero; hoy un nuevo sujeto social pugna por romper el círculo cerrado de la ciudadanía. Por ello entiende De Lucas que “hay que tender hacia una comunidad libre de iguales, recuperar el ideal emancipatorio, extender la condición de ciudadano como sujeto de derechos (sociales, económicos y culturales) a *todos, incluso los no nacionales*. No puede existir ninguna barrera en la salud, educación, acceso a la justicia, la exclusión en la toma de decisiones etc., por *falta de papeles*. Como dice Marx que no sea sólo la emancipación política sino emancipación ciudadana. No como miembro de una sociedad burguesa, egoísta e independiente, sino como *ciudadano del Estado como persona moral*.”<sup>2270</sup>

### **6.3. El status de inmigrante en la Constitución española y su regulación a través de la ley de extranjería**<sup>2271</sup>

Hasta bien entrado el siglo XIX no se contempla en el Derecho constitucional español la situación particularizada del “extranjero.”<sup>2272</sup> En efecto, en la Constitución de Cádiz de 1812 se considera que los extranjeros adquirirán carta de vecindad quienes presten servicios importantes al Estado o le sean útil por sus talentos, industria, invenciones o que sean “propietarios” de fincas o establecimientos que hagan “contribuciones” de una cierta envergadura. Para adquirir la “carta de ciudadano” se exige el matrimonio con española, adquirir propiedades o ejercer el comercio con un capital importante.

A partir de la Constitución de 1837 se produce la incorporación de una cláusula que considerará españoles tanto a los extranjeros que se hayan naturalizado como a los que, a falta de ello, hayan adquirido la carta de vecindad. Esta cláusula se incorporará sin solución de continuidad a las Constituciones de 1845, 1869 y 1876. La constitución de 1931 incorpora en el apartado 4 del artículo 23 prácticamente el mismo texto que había estipulado la de 1837. Sin embargo en su título III responde a la rúbrica de “Derechos y Deberes de los españoles”, y nos encontraremos con el reconocimiento de derechos con base en la dignidad como persona. Con lo que resulta posible concluir que de los derechos reconocidos en dicho título, salvo la libertad de circulación, residencia, domicilio,

---

<sup>2269</sup> De Lucas, J., “*Multiculturalismo y Derechos*”, en López García, J.A., /Del Real, A., (eds.), *Los Derechos entre la Etica, El poder y el Derecho*, Dykinson, Madrid, 2000, pág. 73.

<sup>2270</sup> *Ibidem*, pág. 81, el subrayado es nuestro.

<sup>2271</sup> Ley Orgánica 4/2000 (reformada por LO 8/2000 de 22 de diciembre; LO 11/2003, de 29 de septiembre; y LO 14/2003, de 20 de noviembre).

<sup>2272</sup> Cfr. García Ruiz, J.L., “*La condición de extranjero y el Derecho constitucional español*”, en Revenga Sánchez, M., (coord.), *Problemas constitucionales de la inmigración: una visión desde Italia y España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, págs. 489-503.

el derecho de petición, la libertad de asociación y sindicación y el derecho de participación, que aparecían reservados a los españoles, todos los demás resultaban aplicables a los extranjeros.

Es, por fin, la Constitución de 1978 la que se ocupa con mayor detenimiento de la situación de los extranjeros. La fecha en la que se promulgó posibilita que ya no fuera un fenómeno ajeno el de los movimientos de personas. Por ello, el título I “De los Derechos y deberes fundamentales” se inicia con el capítulo que responde a la específica rúbrica “De los españoles y los extranjeros”; el artículo 13 que establece que los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas que garantiza su Título I, en los términos en los que establezcan los tratados y la Ley.

Los términos en que ha de arbitrarse la regulación, necesariamente deberán respetar dos ámbitos normativos de diferente naturaleza y proyección.<sup>2273</sup> Por un lado, la vigencia de los Derechos fundamentales, como piezas claves sobre las que se estructura el texto constitucional; de otro, las competencias que el Estado se reserva en materia de policía inmigratoria, mediante las que se regulan los flujos, las condiciones de acceso, residencia, trabajo, salida, o expulsión y, en el ámbito de la UE, las directrices que desde allí se configuran para los distintos Estados miembros.<sup>2274</sup>

En el ordenamiento constitucional español, los dos primeros niveles se relacionan claramente: el bloque de Derechos y garantías establecidos en el Título I, que contempla como titulares de los mismos no sólo a los nacionales sino a los ciudadanos comunitarios<sup>2275</sup> y a los extranjeros en general, con las limitaciones previstas en el mismo texto por un lado; y por otro, las competencias atribuidas por el artículo 149.1.2. CE, en materia de inmigración y extranjería, acerca de las cuales el Ejecutivo y, en su caso, el legislador, disponen de un marco de actuación evidentemente más amplio. Estos niveles, sin embargo, están jerárquicamente estructurados, de tal suerte que lo referente a la policía inmigratoria, léase leyes, decretos, reglamentos u otros instrumentos reguladores, están subordinados al nivel de los Derechos fundamentales.<sup>2276</sup>

El pronunciamiento que tuvo lugar en la sentencia del Tribunal Constitucional 107/1984, de 23 de noviembre, se convierte en uno de los referentes para establecer una relación esencial entre los Derechos de los

---

<sup>2273</sup> Véase Mayordomo Rodrigo, V., *El delito de tráfico ilegal...*, op.cit., págs. 81 ss.

<sup>2274</sup> Villena Rodríguez, M., *Demografía, mercado de trabajo y política de inmigración. España vs. UE*, 2006, afirma que las condiciones impuestas por la L.O. 7/1985 presentaban ya un cariz restrictivo, adscrito a la futura incorporación de España a la Unión Europea. Texto disponible en [www.eumed.net/coursecon/libreria/](http://www.eumed.net/coursecon/libreria/)

<sup>2275</sup> Véase para un pormenorizado análisis de los derechos de los ciudadanos comunitarios Ortega Martín, E., *Manual de Derecho de Extranjería*, op.cit., Capítulo Uno, págs. 10-33; asimismo Sarmiento Méndez, X.A., “La regulación jurídico-constitucional de las migraciones”, en Iglesias Canle, I.C., (dir), *Inmigración y Derecho*, Tirant lo blanch, Valencia, 2006, págs. 102 ss.

<sup>2276</sup> Daunis Rodríguez, A., *Política migratoria y Derecho...*, op.cit., págs. 133 ss.

extranjeros y de los españoles; tal resolución establece que *“puede prescindir de tomar en consideración como dato relevante para modular el ejercicio del Derecho, la nacionalidad o ciudadanía del titular, produciéndose así una completa igualdad entre españoles y extranjeros, como la que efectivamente se da respecto de aquellos Derechos que pertenecen a la persona en cuanto tal y no como ciudadano”*, o, si se rehúye esta terminología, ciertamente equívoca, de aquellos que son imprescindibles para la garantía de la dignidad humana.

A partir de la noción de dignidad humana expresada por el Tribunal Constitucional, opera una triple clasificación: 1) Derechos que corresponden tanto a españoles como a extranjeros y cuya regulación ha de ser igual para ambos, entre los cuales se sitúan el Derecho a la vida, a la integridad física y moral y a la intimidad; 2) Derechos que no corresponden en modo alguno a los extranjeros; y 3) Derechos que pertenecerán a los extranjeros según lo dispongan los tratados y las leyes, siendo entonces admisible la diferencia de trato con los españoles en cuanto a su ejercicio.

En esta sentencia se establece el criterio que luego recogerá la LO 7/1985, de 1 de julio, *“sobre Derechos y libertades de los extranjeros en España”* que, si bien manifiesta la preocupación *“por reconocer a los extranjeros la máxima cota de Derechos y libertades, cuyo ejercicio queda prácticamente equiparado al de los propios ciudadanos españoles, y para el que se establecen las mayores garantías jurídicas”*, por otro lado reduce esta afirmación cuando afirma que *“ceden ante exigencias de la seguridad pública claramente definidas”*. No obstante se señalan unas directrices claras respecto a los demás derechos,<sup>2277</sup> centradas fundamentalmente en los aspectos de control, regulación y sanción.<sup>2278</sup>

Así las políticas que en materia de inmigración se adopten, tienen que estar en concordancia con el artículo 13 CE, y con los derechos comprendidos por el Título I, como sostiene la exposición de motivos de la anterior LO 7/1985. Según lo dispuesto este mandato constitucional es la razón primera por la que se hace necesaria una regulación que concrete su alcance. La LO 7/1985 pretendía reconocer a los extranjeros la máxima cota de Derechos y libertades, *“cuyo ejercicio queda equiparado prácticamente al de los propios ciudadanos españoles, y para el que se establecen las mayores garantías jurídicas, que ciertamente sólo ceden ante exigencias de seguridad pública claramente definidas.”*<sup>2279</sup>

En la ley se reprodujeron los términos clasificatorios sentados por el Tribunal Constitucional en la sentencia 107/1984, donde se distinguen entre

---

<sup>2277</sup> Véase la Exposición de motivos de la LO 7/1985, *“Sobre Derechos y libertades de los extranjeros en España.”*

<sup>2278</sup> La primera ley de extranjería fue aprobada en el marco de un procedimiento de urgencia, y otorgó competencias desorbitadas a la Administración (denegación de permisos de residencia, detención y expulsión de inmigrantes) en detrimento del poder judicial. Cfr. Portilla Contreras, G., *Disposiciones....*, op.cit., págs. 1004-1005.

<sup>2279</sup> Exposición de motivos de la LO 7/1985, Párrafo 4º, el subrayado es nuestro.

Derechos inherentes a la dignidad de la persona, y otros Derechos respecto de los cuales se efectúa una importante regulación. Esta ley se centraba especialmente en aspectos de control y sanción, y suscitó la interposición de un recurso de inconstitucionalidad por parte del Defensor del Pueblo.<sup>2280</sup>

Por su parte, la sentencia del Tribunal Constitucional 115/1987, de 7 de julio, declara la inconstitucionalidad de los preceptos de la LO 7/1985 que establecían los distintos requerimientos a la hora del ejercicio de los Derechos de reunión y asociación para los extranjeros y para los españoles. El Tribunal en esta sentencia no pone de relieve, como lo hiciera en 1984, si estos Derechos forman o no parte de la dignidad humana, y deja sin consideración la situación de los extranjeros irregulares.<sup>2281</sup> El fallo reformula y amplía la clasificación establecida por el anterior pronunciamiento – STC 107/1984- en cinco puntos: 1) Derechos que corresponden por igual a españoles y extranjeros, Derechos no disponibles por la ley de extranjería por ser emanación directa del principio de dignidad humana; 2) Derechos que corresponden por igual a españoles y extranjeros “legales” (asociación, reunión y educación); 3) Derechos que son objeto de regulación por la ley de manera diferente a los españoles, sobre los cuales el legislador puede establecer pautas, en tanto que respete las prescripciones constitucionales, y siempre haciendo referencia a los extranjeros “legales”; 4) Derechos de los que los extranjeros están excluidos expresamente (artículo 23 CE, con las salvedades establecidas); 5) mientras que sobre los Derechos de los “ilegales” el Tribunal no se pronunció.<sup>2282</sup>

El criterio establecido por las sentencias referidas ha sido objeto de revisión en ulteriores pronunciamientos. Así, la STC 94/1993, de 22 de Marzo, admite la posibilidad de la vulneración de la libre elección de residencia y circulación de los extranjeros por el territorio nacional<sup>2283</sup>, al tiempo que considera el Derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24 CE como un Derecho “imprescindible para la garantía de la dignidad humana”. Esta doctrina fue ratificada por la STC 242/1994, de 20 de julio, que reconduce la interpretación de los derechos de los extranjeros y las políticas adoptadas en virtud de criterios de policía, como conclusión del análisis efectuado del régimen sancionador

---

<sup>2280</sup> Véase Biglino Campos, P., “Apuntes sobre extranjería del Defensor del Pueblo”, en Biglino Campos, P., (coord.) *Ciudadanía y Extranjería: Derecho nacional y Derecho comparado*, Biglino; Mc.Graw/Hill/Interamericana de España S.A.U., Madrid, 1997, págs. 113-126.

<sup>2281</sup> Cfr. Asensi Sabater, J., *Políticas de la sospecha...*, op.cit., pág. 158.

<sup>2282</sup> *Ibidem*.

<sup>2283</sup> En la citada sentencia el Tribunal, a propósito del Derecho de libre circulación, establece que “el apartado 2 del artículo 13 de la CE solamente reserva a los españoles la titularidad de los Derechos reconocidos en el artículo 23 (...) por consiguiente, resulta claro que los extranjeros pueden ser titulares de los Derechos fundamentales a residir y a desplazarse libremente que recoge la Constitución en su artículo 19” (FJ. 2º). Asimismo afirma que “la libertad del legislador al configurar los Derechos de los nacionales de los distintos Estados, es sin duda alguna amplia, pero no es de ningún modo absoluta”, de conformidad con lo dispuesto por los artículos 12 y 13 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 (FJ. 3º).



administrativo referido a expulsiones, donde al no haber un Derecho de residencia de los extranjeros, permite a la ley subordinar el permiso de residencia a determinadas condiciones.

En el año 2000 se sancionan dos leyes que modificarían los criterios de la ley de 1985. La LO 4/2000, deroga la anterior y propone una serie de medidas tendentes a lograr la integración social de los extranjeros mediante la facilitación de su acceso al trabajo y al reconocimiento de un conjunto de Derechos básicos. En este punto Zúñiga Rodríguez comenta las novedades que esta ley representa frente a la anterior: en ella, se reconoce a los extranjeros la titularidad de ciertos Derechos, como los de reunión, manifestación o asociación, (arts. 7 y 8); el Derecho a la educación de los extranjeros menores de 18 años en las mismas condiciones que los españoles (art. 9); Derechos de carácter social (arts. 12 a 14) en igualdad de condiciones que los españoles, como ayudas en materia de vivienda, prestaciones y servicios de la seguridad social; Derecho a la intimidad personal y familiar (art. 16), y en conexión con este Derecho se establece el número de familiares que pueden reagruparse; el Derecho a la asistencia jurídica gratuita no sólo a los extranjeros residentes, sino a los inscritos en el padrón municipal (art. 20).<sup>2284</sup>

La LO 8/2000, de 22 de diciembre, que reforma la LO 4/2000, supone una vuelta a la subordinación de los Derechos a las políticas policiales,<sup>2285</sup> al modificar 54 preceptos de los 63 contenidos en la anterior regulación, dando lugar a la observación de que más que una reforma estamos frente a una nueva ley de extranjería. En el preámbulo de la reforma de la ley de extranjería (LO 8/2000) el legislador se vale de una triple motivación para justificar las modificaciones introducidas: el “efecto llamada”, la “armonización legislativa europea a la que obligan los acuerdos de Tampere”, y la apelación a “una política integral de inmigración.”<sup>2286</sup>

---

<sup>2284</sup> Zúñiga R., L., “*El inmigrante como víctima...*”, op. cit., pág. 116.

<sup>2285</sup> El triunfo electoral del Partido Popular por mayoría absoluta, cuyo punto álgido del programa electoral consistía en la reforma de la ley de Extranjería se encuentra imbricado en un proceso de retroalimentación discursiva entre la demagogia y el miedo al “otro”, desencadenantes de la exclusión. Véase Mayordomo Rodrigo, V., *El delito de tráfico ilegal...*, op.cit., pág. 91.

<sup>2286</sup> Los criterios que, en principio, fundamentan la reforma de ley de extranjería LO 4/2000 son: los compromisos adquiridos en Tampere, sin embargo, no parecen ser determinantes a la hora de justificar la reforma. Cfr. Asensi Sabater, *Políticas de la sospecha...*, op. cit., pág. 59, nota 68, y como subraya Pérez Cepeda, A.I., *Globalización...*, op.cit., pág. 51, nota 88, “la modificada Ley de Extranjería no contradecía las directrices de la Unión Europea, porque, hasta ese momento, no existía ninguna normativa comunitaria sobre inmigración y suele resultar difícil vulnerar lo no existente. Aunque de las conclusiones a las que fue llegando el Consejo europeo se podía extraer una tendencia restrictiva que se quiere imponer en materia de inmigración y asilo, también es cierto que no había nada suficientemente concreto. Prueba de ello es que la Subcomisión de Inmigración del Consejo de Europa (celebrada en Málaga el 10 de diciembre de 1999) dirigió a la Asamblea parlamentaria el 28 de enero de 2000 las siguientes recomendaciones: reconocer el Derecho a la inmigración como Derecho fundamental; regularizar a los inmigrantes indocumentados, y apoyar el desarrollo de países del Tercer mundo como condición *sine qua non*.”

En efecto, la ley reconoce a los extranjeros la *titularidad* de ciertos Derechos, como los de reunión, manifestación y asociación, mientras que su *ejercicio* se reserva a los residentes. Desde el punto de vista de los Derechos constitucionales esa distinción no tiene ningún sentido inteligible. Atribuir la titularidad de un Derecho y luego impedir su ejercicio a todo un colectivo de personas consideradas por la ley como “ilegales” significa la negación del mismo, pues bajo estas condiciones el Derecho simplemente no existe.<sup>2287</sup> No se trata, por lo tanto, de la facultad del legislador de imponer restricciones a determinados derechos, sino de la conculcación del Derecho por la vía de despojar a ciertos extranjeros de su ejercicio. Tampoco se trata de que la ley pueda establecer condiciones para el ejercicio, supuesto admisible dentro de ciertos límites,<sup>2288</sup> sino de negar la capacidad de ejercerlos con carácter general, a resultas de una decisión administrativa de carácter discrecional.

En este sentido, la próxima legislatura deberá ser receptiva de las sentencias dictadas en virtud de las peticiones de declaración de inconstitucionalidad de algunas normas de la LO 8/2000, por parte de ocho Comunidades Autónomas. De conformidad con ello, el Tribunal Constitucional se expresa en STC 236/2007, de 7 de noviembre y en la STC 259/2007, de 19 de diciembre, a las que remiten las STC 260/2007, STC 261/2007, STC 262/2007, STC 263/2007, 264/2007 y 265/2007 todas con fecha de 20 de diciembre. En la primera sentencia citada se declara la inconstitucionalidad del término “residentes” en los artículos 9.3 y 22.2 de la LOEx, asimismo se declara la inconstitucionalidad de los arts. 7.1, 8.4 y 11.1 LOEx, regulatorios de los derechos de reunión, asociación y sindicación. En la segunda sentencia, aquella emitida con fecha de 19 de diciembre, se declara la inconstitucionalidad y nulidad del inciso “cuando estén obligados a trabajar” correspondiente al art. 11.2 LOEx. Si bien el Tribunal Constitucional reconoce la inconstitucionalidad de los preceptos de la LOEx anteriormente enumerados, no obstante, vuelve a establecer una distinción, como ya lo había hecho en otras oportunidades en que se le había solicitado

---

Es evidente que estas recomendaciones muestran un espíritu completamente distinto al que se pretende utilizar como coartada desde el Gobierno”; Fernández Teruelo, J.G., *“El proceso social de determinación...”*, op.cit., págs. 241-248; Sarmiento Méndez, X.A., *“La regulación jurídico-constitucional de las migraciones”*, op.cit., págs. 119-134; en la misma obra, Pérez Viso, M., *“Marco normativo de la inmigración en el Estado español, situación legal”*, págs. 146-147.

<sup>2287</sup> El limbo jurídico de la irregularidad condena a los migrantes a ser esclavos de la economía sumergida, a la explotación. En esta dinámica, la obtención del permiso de trabajo y residencia no resulta fácil, es un círculo vicioso. Véase Rodríguez Mesa, M.J., *“Abuso de mano de obra extranjera. Especial referencia a la expulsión del trabajador extranjero sin autorización”*, op.cit., págs. 159 ss.; Ramos Quintana, M.I., *“Los aspectos laborales de la reforma de la ley de extranjería (Ley orgánica 14/2003 de 20 de noviembre, de reforma de Ley orgánica 4/2000, de 11 de enero, modificada por Ley orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, de Derechos y libertades de los extranjeros y su integración social”*, en Iglesias Canle, I.C., (dir.), *Inmigración y Derecho*, op.cit., págs. 221-224.

<sup>2288</sup> Véase Martínez- Pujalte, A. L., *La garantía del contenido esencial de los Derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997.

pronunciarse respecto de la ley de extranjería. En este sentido, retoma la distinción entre los derechos que corresponden en condiciones de igualdad a españoles y extranjeros; por otra parte aquellos derechos de los cuales son titulares los extranjeros, pero que el legislador establece formas distintas de ejercicio que para los ciudadanos españoles. Entre los primeros el TC enumera los siguientes: educación no obligatoria (art. 9.3), huelga (art. 11.2) y asistencia jurídica gratuita (art. 22.2). En el caso de los segundos, es decir, aquellos que tienen un régimen de ejercicio diferenciado, se encuentran: derecho de reunión (art. 7.1), derecho de asociación (art. 8), derecho de libre sindicación (art. 11.1). Esta manera de configurar la distinción evidentemente tendrá alcances diferentes de la declaración de inconstitucionalidad. En efecto, en lo atinente a la primera clase de derechos el Tribunal declara su inconstitucionalidad y su nulidad, mientras que para los segundos se pronuncia sobre la inconstitucionalidad de los preceptos impugnados pero no los anula, lo cual implica que será la actividad por parte del futuro legislador quien tome o no en cuenta esta circunstancia. El TC argumenta que si acaso hubiese decidido la nulidad de los preceptos habría interferido sobre la función legislativa, con el consabido argumento de “alterar la voluntad del legislador.”<sup>2289</sup>

De conformidad con la STC 159/1986, de 12 de diciembre “ la fuerza expansiva de todo Derecho fundamental a tener en cuenta en el proceso de ponderación de derechos, está también obligada por su vinculación efectiva a los derechos fundamentales”, esto de conformidad con los artículos 9.1 y 53.1 CE, y sólo está permitido regular los derechos dentro de un campo que se encuentra constitucionalmente delimitado, sobre los siguientes supuestos: el artículo 10.1 CE, que establece como fundamento del orden público y la paz social a la dignidad de la persona y los derechos inviolables que le son inherentes, y al libre desarrollo de la personalidad; los artículos 10.2 y 96 CE, en virtud de los cuales las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los Tratados y Acuerdos Internacionales sobre las mismas materias ratificados por España<sup>2290</sup>; tampoco hay que soslayar la garantía establecida en el artículo 53.1 CE acerca del contenido esencial.

Respecto del art. 13.1 CE, el Tribunal Constitucional tuvo oportunidad de pronunciarse en la declaración de inconstitucionalidad de alguno de los preceptos de la LO 7/1985 en los siguientes términos “el artículo 13.1 CE reconoce

---

<sup>2289</sup> A mayor abundamiento véase Álvarez Rodríguez, A., “Ocho sentencias y un auto del Tribunal Constitucional (Balance definitivo de los recursos presentados por la inconstitucionalidad de la LO 8/2000)”, 2008, disponible en [www.icam.es/docs/ficheros/200606120004\\_6\\_13.PDF](http://www.icam.es/docs/ficheros/200606120004_6_13.PDF)

<sup>2290</sup> Tanto en la DUDH, como en el PIDCP, se reconocen los Derechos de reunión, manifestación y asociación a “toda persona” sin distinción, y en virtud de la interpretación conforme a éstos, se impide que se pueda privar a los extranjeros de los mismos. Véase el análisis del apartado 2 del artículo 10 CE efectuado por Mayordomo Rodrigo, V., *El delito de tráfico ilegal...*, op.cit., págs. 87 ss.

al legislador la posibilidad de establecer condicionamientos adicionales al ejercicio de Derechos fundamentales por parte de los extranjeros, pero para ello ha de *respetar, en todo caso, las prescripciones constitucionales, pues no se puede estimar aquel precepto permitiendo que el legislador configure libremente el contenido mismo del Derecho, cuando éste ya haya venido reconocido por la Constitución directamente a los extranjeros (...) una cosa es, en efecto, autorizar diferencias de tratamiento entre españoles y extranjeros, y otra es entender esa autorización como una posibilidad de legislar al respecto sin tener en cuenta los mandatos constitucionales.*"<sup>2291</sup> El legislador se aleja del respeto al contenido esencial, dispuesto por el artículo 53.1 CE, cuando hace depender el ejercicio del Derecho de la autorización administrativa de estancia o residencia, y confunde medidas de política de extranjería con el ejercicio de los citados Derechos. En esta instancia se produce la negación de los mismos y de su contenido esencial, cuando por tal, tanto la doctrina como la jurisprudencia, entienden aquella parte del contenido del Derecho "que es absolutamente necesaria para que los *intereses jurídicamente protegibles que dan vida al Derecho resulten real, concreta y definitivamente protegidos*". Asimismo afirma que "se rebasa o desconoce el contenido esencial cuando el Derecho queda sometido a limitaciones que lo hacen impracticable, lo dificultan más de lo razonable o lo despojan de la necesaria protección."<sup>2292</sup>

Esta situación se ve agravada en tanto que, en virtud del artículo 27.4 de la LO 8/2000, se establece que se puede denegar el visado sin necesidad de motivación por parte de la autoridad, precepto que contradice el principio de motivación de todas las resoluciones administrativas, vinculado al principio de control jurisdiccional dispuesto por el artículo 106.1 CE.<sup>2293</sup>

En su actividad reguladora del ejercicio de los Derechos y libertades, si bien la ley democráticamente establecida goza de una presunción de validez, configurando ello un criterio ineludible a atender en miras al proceso de ponderación entre derechos, está también obligada, en virtud de los artículos 9.1 y 53.1 CE, a la vinculación efectiva a las normas fundamentales, porque la fuerza expansiva de todo derecho fundamental restringe, por su parte, el alcance de las normas limitadoras que actúan sobre el mismo.<sup>2294</sup>

En este sentido, la ley puede establecer condiciones para el ejercicio de un determinado Derecho fundamental, un supuesto admisible dentro de ciertos

---

<sup>2291</sup> STC 115/1987, de 7 de julio, en especial, FJ. 3º.

<sup>2292</sup> Entre otras, veáanse el STC Pleno 11/1981, de 8 de abril, FJ. 8º; STC 37/1987, de 26 de marzo, que han sido objeto de análisis por Martínez Pujalte, *La garantía del contenido esencial.*, op.cit., pág. 41 ss.

<sup>2293</sup> Zúñiga Rodríguez, L., *"El inmigrante como víctima..."*, op.cit., pág. 118. Además contradice el artículo 54 de la L 30/1992 de Régimen Administrativo de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo común, que dice "Artículo 54. Motivación.: 1. Serán motivados, con sucinta referencia de hechos y fundamentos de Derecho: a) Los actos que limiten Derechos subjetivos o intereses legítimos."

<sup>2294</sup> STC 159/1986, de 12 de diciembre.

límites, que se *exceden* cuando se trata de negar la capacidad de ejercerlos con carácter general, a resultas de una decisión administrativa de signo discrecional.<sup>2295</sup>

Esta tendencia continúa desarrollándose, y es también la que “legítima” la reforma acaecida durante el mes de Septiembre de 2003 (LO 11/2003) *de medidas concretas de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros*,<sup>2296</sup> como resultado del discurso que relaciona delincuencia e inmigración.<sup>2297</sup>

De conformidad con la exposición de motivos, con esta reforma se pretendió dar “una respuesta penal frente a los extranjeros no residentes en España que cometan delitos”. Esta modificación procuró la “facilitación” de la expulsión<sup>2298</sup> de aquellos que se encuentran en situación de irregularidad, como

---

<sup>2295</sup> Desde luego no pueden desconocerse los múltiples fantasmas discursivo-retóricos enarbolados en contra de la inmigración, que hacen que se la perciba como una amenaza; al relacionársela con la delincuencia, con la inseguridad ciudadana y con cuestiones de seguridad nacional en cuanto es puesta en directa correlación con el terrorismo. Asimismo, se le imputa un crecimiento de los gastos sociales, una presión a la baja de los salarios y el debilitamiento de los derechos laborales. En el ámbito de la convivencia se habla de un déficit de integración y, del surgimiento de sensaciones xenófobas y discriminatorias. Esta retórica funda en los pareceres un miedo y una amenaza a un supuesto bienestar y tranquilidad, y por tanto se trata de un fenómeno frente al que habrá que defenderse. Tan sólo un ejemplo de lo que produce el carácter eminentemente policial de las políticas sobre migración es la crisis producida en septiembre y octubre de 2005 en Ceuta y Melilla. En este sentido, las críticas de Amnistía Internacional y otras ONGs al gobierno español por la adopción de políticas y prácticas que, como por ejemplo las expulsiones secretas a través de la frontera con Marruecos, estarían afectando a potenciales solicitantes de asilo. El ACNUR reconoció como solicitantes de asilo a varios de los inmigrantes devueltos a Marruecos. Véase Fernández Teruelo, J.G., “El proceso social de determinación...”, op.cit., *passim*; Daunis Rodríguez, A., “La gestión de la xenofobia...”, op.cit., *passim*; Zapata-Barrero, R. /van Dijk, T.A., (eds.), *Discursos sobre la inmigración en España. Los medios de comunicación, los parlamentos y las administraciones*, CIDOB, Barcelona, 2007, en especial Delgado Godoy, L., “Argumentación gubernamental y política de inmigración”, op.cit., págs. 201-221; Fernández Bessa, C., “El Estado español como punta...”, op.cit., 137; Bigo, D., /Carrera, S., /Guild, E., /Walker, R., *Mid-Term report on the Results of the Challenge Project*, 2006, disponible en [www.libertysecurity.org/article1357.html](http://www.libertysecurity.org/article1357.html)

<sup>2296</sup> El título de esta ley es a las claras una muestra del discurso político demagógico y policial del Estado en crisis. Así, en las sucesivas reformas que sufrió el Código Penal en el transcurso de la segunda mitad del año 2003, se traslució un discurso mediático que efectivamente circunscribía sus “informaciones” al “terrorismo”, término que llegó a ser descriptivo hasta de la violencia doméstica – terrorismo doméstico-. En la gramática de la seguridad ciudadana los inmigrantes comenzaron a ser considerados como grupos de riesgo, no obstante, y siguiendo las retóricas de la política migratoria de carácter jánico, fueron hibridados con discursos humanitarios; como resultado de estas operaciones discursivas aquellas diatribas fueron transformándose en el eufemístico “integración social”.

<sup>2297</sup> García Arán, M., Peres-Neto, L., “Discursos mediáticos y reformas penales de 2003”, en García Arán, M; Botella Corral, J., (dirs.), *Malas noticias. Medios de comunicación, política criminal y garantías penales en España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, en especial, págs. 168 ss. Véanse 3.1; 3.5.

<sup>2298</sup> Hemos tenido oportunidad de estudiar el instituto de la expulsión y también de someter este procedimiento no sólo a una crítica a nivel dogmático respecto a su naturaleza jurídica, sino y

asimismo reducir las posibilidades de regularización, junto con el recorte de los derechos sociales, todo ello *racionalmente justificado en que estas medidas son propicias a fin de obtener una disminución en los flujos de inmigración irregular.*<sup>2299</sup>

En 2003 se produjo la cuarta reforma de la ley de Extranjería mediante la LO 14/2003 de 20 de noviembre. Según su Exposición de Motivos ésta “tiende a favorecer la inmigración legal y erradicar aquella que utiliza procedimientos fraudulentos para entrar a España.”<sup>2300</sup> Además de imponer obligaciones y sanciones a los transportistas (artículo 66), en lo que importa a nuestro trabajo, la modificación del artículo 54.1 b. LOEx, a partir de la cual será considerada como *infracción grave la acción individual que con ánimo de lucro facilite la inmigración clandestina*, suprimiendo el anterior requisito de que el autor perteneciera a una organización criminal. Además, de conformidad con los artículos 63.2 y 3 LOEx, se aplicará el procedimiento de expulsión en un plazo de 48 horas, en caso de faltas graves que supongan la alteración *del orden público, que atenten contra los intereses de España o las que tengan como fin el tráfico de seres humanos.*

---

más importante, a su carácter de medida con grandes cuotas de arbitrariedad a la hora de su ejecución. En este sentido, hemos puesto de manifiesto los bajos niveles de cumplimiento de esta medida y de cómo esto demuestra su carácter de control flexible de los flujos, dependiente de las demandas del mercado de trabajo como parte de las políticas migratorias del Estado y de la UE. Véase *supra* 3.3.

<sup>2299</sup> La reforma afectó a tres ámbitos: el primero importa la modificación de los apartados 1, 2, y 3 del artículo 89 CP, que establece como regla general la expulsión obligatoria de los inmigrantes irregulares, como sustitución de las penas privativas de libertad inferiores a seis años, o superiores, en el caso de que se acceda al tercer grado penitenciario o una vez que se entiendan cumplidas las tres cuartas partes de la condena, y como sustitución de las medidas de seguridad del artículo 108 CP. Un segundo ámbito está comprendido por la reforma del artículo 318 bis CP, donde se incorpora como tipo agravado el tráfico ilegal con el fin de la explotación sexual (ex. art. 188.2 CP, ahora derogado) con una notable elevación de las penas, cuya fundamentación descansa en las iniciativas de la Unión Europea destinadas a reforzar el marco penal para la represión de la inmigración clandestina. En un tercer ámbito, se produce la modificación de los artículos 66.1 y 62.1, además de los apartados 4 y 7 del artículo 57 de la LOEx con el fin de lograr una compaginación eficaz entre los procedimientos penales y administrativos. Véase *in extenso* el tratamiento de la expulsión al que dedicamos el capítulo 3.

<sup>2300</sup> Esta ley de reforma emerge del endurecimiento del carácter policial y de la “lucha” contra la inmigración irregular y el tráfico de personas, la habilitación a las Fuerzas y Cuerpos de seguridad al acceso de información que manejan las Administraciones públicas. Asimismo la información de los padrones municipales disponible por parte de la Dirección General de Policía ha sido una medida severamente criticada en el informe producido por el Comisario para los Derechos humanos del Consejo de Europa en su visita a España del 10 al 19 de marzo de 2005. Este documento advierte que “la utilización policial de la información contenida en el padrón para sancionar al inmigrante en situación irregular tiene como consecuencia privar a dicho inmigrante, en la práctica, del acceso a la sanidad y a la asistencia social con el consiguiente deterioro de las condiciones básicas de vida del inmigrante y de los miembros de su familia”; la reforma también elimina la posibilidad de la regularización por arraigo, y cercena las posibilidades de la reagrupación laboral, entre otras novedades. Véase Ríos Corbacho, J.M., “Regulación jurídica de la extranjería: situación actual”, en Ruíz Rodríguez, L.R., (coord.), *Sistema penal y exclusión...*, op.cit., págs. 67 ss.

Así también por razones de “seguridad pública”,<sup>2301</sup> de conformidad con el inciso 2 del art. 5 LOEx, el Ministro del Interior, excepcionalmente, de forma individualizada, motivada y proporcionalmente a las circunstancias particulares, podrá adoptar medidas limitativas a la libertad de circulación de los extranjeros. Este precepto se complementa asimismo con el art. 107.8 del Reglamento de Ejecución de la Ley de Extranjería, aprobado por Real Decreto 2393/2004<sup>2302</sup>, en el cual, haciendo referencia a los extranjeros indocumentados, se dice que el Ministerio del Interior podrá adoptar a propuesta de la Dirección General de la policía, por razones de seguridad pública y con carácter individual, alguna de las medidas previstas en el art. 5 LOEx.<sup>2303</sup>

Toda esta “crónica” no hace más que demostrar que el gobierno de la excedencia desarrolla instrumentos de control policial orientados por la construcción del migrante como mano de obra, medidas que son el reflejo claro del espejo postfordista.<sup>2304</sup>

No obstante la declinación obtusa por el orden, en su actividad reguladora de Derechos y libertades, el legislador tiene criterios obligados de interpretación y aplicación, en virtud de lo establecido por los artículos 1.1, 9.1, 9.2, 9.3, 10.2 y 96 CE. Tanto la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH) como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), como los demás pactos que España haya ratificado, pasan a formar parte del orden jurídico interno del Estado, que en sus artículos reconocen Derechos a “toda persona” sin hacer distinción alguna en razón de nacionalidad. En especial, el artículo 2.1

---

<sup>2301</sup> Puede afirmarse que este artículo y su reglamentación encuentran justificación en las medidas que se vienen adoptando en las distintas legislaciones de los países en virtud de los atentados del 11 de septiembre, y del 11 de marzo en Madrid. Véase *supra* 2.7; 2.8.

<sup>2302</sup> El anterior reglamento de la LOEx (RD 864/2001) fue objeto de revisión por la Sala 3<sup>o</sup> del Tribunal Supremo con fecha 20 de marzo de 2003, donde confirmó la ilegalidad de 13 apartados del reglamento. La Sentencia afirma que en un Estado de Derecho todos los poderes públicos están sometidos al principio de legalidad, al mandato de la ley. El Gobierno debe desarrollar y ejecutar las leyes elaboradas por el Parlamento y no puede excederse o limitar su contenido, y con esta argumentación corregía tres aspectos: las limitaciones introducidas reglamentariamente para la reagrupación familiar, el Derecho de libre circulación (véase nota siguiente) y la abusiva reglamentación de las relaciones entre la administración y los administrados extranjeros.

Al día siguiente se anuncia la cuarta reforma de la LOEx por el Ministro Acebes, que al conocer el dictamen explicó que esto no sería obstáculo, puesto que se invertiría el principio de legalidad, es decir, adaptaría la ley al Reglamento. La LO 14/2003, a fin de adecuar la legislación a lo prescrito por la Sentencia, eleva a rango de Ley aquellos trece preceptos impugnados de ilegalidad, cuando en realidad, recogió la anulación de dos preceptos frente a los trece ilegalizados por la Sentencia en comentario. Cfr. Pérez Cepeda, A.I., *Globalización, tráfico internacional...*, op.cit., págs. 55 ss.

<sup>2303</sup> Véase *supra* el tratamiento de la expulsión como integrante de las políticas actuariales de gestión de la inmigración en punto 3.4.

<sup>2304</sup> Martínez Escamilla, M., *La inmigración como delito...*, op.cit., pág. 21, pone de manifiesto que “la irregularidad o no de la inmigración no sólo alude a la forma de llegar, sino que determina la forma de estar, el estatuto jurídico, los Derechos y deberes del inmigrante”, y es justamente este llegar y este estar los que se han visto consecutivamente deteriorados en orden a los derechos por la política de seguridad de la UE.

DUDH establece que “toda persona tiene los Derechos y libertades proclamados, sin distinción alguna de raza..., origen nacional...”, y el art. 13 CE, del cual en el debate constituyente se eliminó la referencia a que esos Derechos constitucionales pertenecían sólo a los extranjeros residentes,<sup>2305</sup> impiden que pueda privarse a los *extranjeros* de los mismos. Todo ello enlazado con la garantía *supra* citada del artículo 53.1 CE, donde no resulta necesario apelar a la pluralidad de doctrinas sobre la naturaleza de los Derechos fundamentales, sino que hay que decir que en caso de éstos *titularidad y ejercicio se encuentran indisolublemente unidos*. Reconocer la una sin permitir lo otro implica la negación misma de los derechos que expresamente vienen reconocidos en el artículo 13.1 CE. Por nuestra parte, el conjunto de normas de rango constitucional, anteriormente citado, oficiará de parámetro a la hora de analizar las normas dictadas para gestionar los movimientos migratorios.<sup>2306</sup>

#### **6.5. Instrumentalización del Derecho penal por la política punitiva simbólica. Desmantelamiento del contenido liberal garantista del bien jurídico en busca de obediencia**

Las sucesivas reformas en materia de inmigración, en el marco de las políticas dictadas por la UE, tanto en el ámbito administrativo como en el penal, sugieren efectuar la adecuada comprensión del marco sancionador de las conductas relativas al tráfico de personas, a fin de proceder a un análisis interpretativo de las mismas y por esa vía hacer las pertinentes distinciones entre los criterios de legitimidad de uno y otro ámbito sancionador en el camino de reapropiación de los poderes concedidos al soberano privado difuso.

De conformidad con lo expuesto, la LO 11/2003 de 29 de septiembre de *medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros* y la LO 14/2003 obedecen al “espíritu” de la normativa europea, modificando el artículo 318 bis CP, que será objeto de análisis en los epígrafes que siguen.

La tipificación penal del *tráfico ilegal* de personas del artículo 318 bis CP se ha efectuado a partir de una disposición adicional de la Ley de extranjería 4/2000 mientras que, con anterioridad se encontraban sancionadas las conductas respecto del tráfico ilegal con finalidad de *explotación laboral* (art. 313 CP) y *sexual* (art. 188.2 CP) introducidas por la LO 11/1999, de 30 de abril, y modificadas por la LO 11/2003, de 29 de Septiembre, cuyo contenido típico ha sido reenviado, con dudoso criterio sistemático, al ámbito del artículo 318 bis apartado segundo. Así las cosas, luego de la reforma introducida por LO 11/2003, el artículo 318 bis CP reúne el tráfico ilegal, la inmigración clandestina y el tráfico ilegal de personas

---

<sup>2305</sup> Asensi Sabater, J., *Políticas de la sospecha...*, op.cit., pág. 166.

<sup>2306</sup> Véase *infra* punto 6.7.a.



con el fin de explotarlos sexualmente, mientras que la explotación laboral<sup>2307</sup> se regula en una norma independiente, el artículo 313.1 CP.<sup>2308</sup>

La LO 11/2003 tiene su origen en el “Plan de lucha contra la delincuencia”, presentado por el Gobierno del Partido Popular el día 12 de septiembre de 2002. Según la exposición de motivos de la reforma “el fin de la reforma es mejorar la protección de los Derechos de los ciudadanos, especialmente frente a las agresiones de la delincuencia”, demostrando una vez más la construcción de la alteridad representada por los migrantes como los protagonistas de la delincuencia. Una alteridad que se construye semióticamente como producto de la retórica del Estado de la *seguridad ciudadana*. En efecto, la reforma, según su exposición de motivos, responde a las demandas de seguridad de una ciudadanía *líquida* y busca legitimidad simbólica en la creación de un *enemigo conveniente*.

Con carácter previo a la introducción por la Ley de Extranjería del art. 318 bis CP, las conductas estaban comprendidas por otras figuras del Código, destinadas a la represión del tráfico con fines de explotación laboral e inscritas en el Título XV “Delitos contra los Derechos de los trabajadores”, pero que se aplicaban no sólo a esta clase de sujetos, sino que eran extensibles a todos.<sup>2309/2310</sup>

---

<sup>2307</sup> Ésta es el producto, como venimos poniendo de manifiesto durante el trabajo, del retroceso de la ley como fuente de Derechos y obligaciones, porque en el marco de un mercado laboral flexibilizado aumenta la “tentación de seguir estrategias político criminales que, coherentes con las exigencias de la lógica mercantil y la desregulación, se dirijan –nunca confesadamente– a la minimización de los costes a través de la no criminalización o descriminalización de los delitos de explotación laboral”, Cfr. Terradillos Basoco. J.M., “Sistema penal e inmigración”, op.cit., pág. 1465. La pena prevista para este delito tipificado en el artículo 313.1 CP es de 2 a 5 años, y el supuesto general previsto por el artículo 318 bis CP es de 4 a 8 años de prisión, evidencia una falta de coherencia sistemática y de deliberación democrática prudente y meditada respecto de las medidas que habrá de tomar el Estado en función de esta problemática.

<sup>2308</sup> Maraver Gómez, M., “Tráfico ilegal de personas e inmigración clandestina (art. 318 bis CP)”, en Díaz-Maroto y Villarejo, J., (ed.), *Derecho y justicia penal en el siglo XXI...*, pág. 615, señala como una de las principales diferencias del art. 313 CP 1995 respecto del antiguo art. 499 bis. 3 CP 1973 era que en este último precepto lo determinante era el carácter ilícito o fraudulento de la conducta favorecedora de la entrada o salida del trabajador, “mientras que en el actual art. 313.1 CP 1995, al hacerse referencia a la inmigración clandestina, se centra la atención en si la entrada o residencia del extranjero es ilegal. La diferencia es clara tanto con respecto al art. 499 bis. 3 CP 1973, como con respecto al art. 312.2 CP 1995, pues en este último lo característico sigue siendo la conducta fraudulenta mediante la que se determina o favorece la inmigración y no la ilicitud de la propia inmigración”, ibidem.

<sup>2309</sup> Daunis Rodríguez, A., “Regulación penal del tráfico ilegal de personas” en XII Curso Extraordinario. *Cuestiones Actuales de Criminología*, op.cit., pág. 110; del mismo, “Reflexiones en torno a los problemas de aplicación e interpretación del artículo 318 bis del Código Penal”, en Pérez Álvarez (ed.), *Serta. In memoriam Alexandri Baratta*, op.cit., pág. 681.

<sup>2310</sup> Los artículos en cuestión son el 312.1 CP, que dispone: “serán castigados con las penas de prisión de dos a cinco años y multa de seis a doce meses, los que trafiquen de manera ilegal con mano de obra”; y el artículo 313.1 CP, que establece que “el que promoviere por cualquier medio la inmigración clandestina de trabajadores a España será castigado con la pena prevista en el artículo anterior.”

Sin embargo, algunos autores señalaban las lagunas de punibilidad<sup>2311</sup> que se producían en los casos en los cuales el tráfico no tenía como sujeto a un trabajador sino a un menor o a personas en tránsito hacia otros países de la UE, conducta que asimilaban a los casos de trata de personas con fines de explotación sexual,<sup>2312</sup> salvo que hubiera luego una determinación coactiva a ejercer la prostitución, en cuyo caso podía castigarse como un supuesto de tentativa del artículo 181.1 CP.

La introducción del delito autónomo de tráfico con fines de explotación sexual se llevó a cabo mediante la LO 11/1999.<sup>2313</sup> Antes de la reforma de LO 11/2003, el artículo 188.2 CP castigaba “al que directa o indirectamente favorezca la entrada, estancia o salida del territorio nacional de personas, con el propósito de su explotación sexual empleando violencia, intimidación o engaño, o abusando de una situación de superioridad o de necesidad o de vulnerabilidad de la víctima”; actualmente esta conducta, en principio, aparece tipificada como un supuesto de agravamiento de la figura básica del artículo 318 bis CP, en su inciso 2.<sup>2314</sup>

En efecto, el artículo 188.2 CP protegía a las personas objeto de tráfico para explotación sexual, mientras que el artículo 313.1 CP protegía al trabajador; de conformidad con los análisis dogmáticos producidos en aquél momento, el artículo 318 bis CP extendería la protección a toda persona extranjera independientemente de su *status*; es decir, la diferencia de desvalor entre las conductas típicas de los dos primeros artículos y las del 318 bis CP se fundaba en la dignidad menoscabada de las víctimas para someterlas posteriormente a la

---

<sup>2311</sup> Por todos, Maraver Gómez, M., “Tráfico ilegal de personas e inmigración...”, op.cit, pág. 616.

<sup>2312</sup> De esta opinión Conde Pumpido Tourón, C., “Delitos contra los derechos de los extranjeros”, en Martín Pallín, J.A., (dir.), *Extranjeros y Derecho Penal*, Cuadernos de Derecho Judicial, IV-2003, Madrid, 2004, págs. 287 ss.; Rodríguez Mesa, M.J., *Delitos contra los Derechos de los ciudadanos extranjeros*, op.cit., pág. 17.; Pérez Cepeda, A.I., *Globalización, tráfico internacional...*, op.cit., pág. 155, entre otros.

<sup>2313</sup> De conformidad con la exposición de motivos de la LO 11/1999 la introducción del artículo 188.2 se debe a la adopción por el Consejo de la UE de la acción común de 24 de febrero de 1997, relativa a la lucha contra la trata de seres humanos y la explotación sexual de niños.

<sup>2314</sup> Baucells LLadós, J., “El tráfico ilegal de personas para su explotación sexual”, en Rodríguez Mesa, M.J. /Ruiz Rodríguez, L., (coords.), *Inmigración y sistema penal...*, op.cit., págs. 173- 202; Maqueda Abreu, M.L., *El tráfico sexual de personas*, Tirant lo blanch, Valencia, 2001; de la misma “¿Cuál es el bien jurídico protegido en el nuevo artículo 318 bis.2? Las sinrazones de una reforma”, en Revista de Derecho y Proceso Penal, núm. 11, 2004, págs. 40 ss.; “Hacia una nueva interpretación de los delitos relacionados con la explotación sexual”, en Zugaldía Espinar, J.M., (dir), Pérez Alonso, E., (coord.), *El Derecho penal ante el fenómeno de la inmigración*, Tirant lo blanch, Valencia, 2007, págs. 251 ss.; Carmona Salgado, C., “La nueva regulación del tráfico ilegal de personas con fines de explotación sexual según la LO 11/2003: Reflexiones críticas acerca de un injustificado despropósito legislativo”, en Zugaldía Espinar (dir), Pérez Alonso, E., (coord.), *El Derecho penal ante el fenómeno...*, op.cit., págs. 213 ss.

prostitución y, la de los trabajadores extranjeros, como supuestos particulares de un fenómeno más general.<sup>2315</sup>

Con aquella reforma surgieron dificultades, no sólo de carácter sistemático, que irán produciendo mayores dificultades con el sucederse de las futuras modificaciones, porque, como señala Daunis Rodríguez, se reproducen en el ámbito de “... la motivación del legislador de aparentar ante la sociedad una mayor efectividad de la respuesta que otorgará al ciudadano una sensación de tranquilidad utilizando políticamente el Derecho penal, al responder de manera rotunda y directa ante la inmigración irregular mediante el ordenamiento punitivo.”<sup>2316</sup> Esta postura se ve reforzada si tenemos en cuenta que se lleva a cabo un notable incremento de las penas, que se justifica en las directivas<sup>2317</sup> de la UE y en la facultad otorgada a los jueces de imponer alguna o algunas de las medidas contempladas por el artículo 129 CP (318 bis.6 CP).<sup>2318</sup>

Asimismo, en el mes de noviembre de 2007, debido a que, con el objeto de “salvar un escollo legal derivado de la discutible falta de jurisdicción cuando el apresamiento se produce en aguas internacionales” se sanciona la Ley Orgánica 13/2007, de 19 de noviembre, para la persecución extraterritorial del tráfico ilegal o la inmigración clandestina de personas.

---

<sup>2315</sup> Serrano Piedecabras, J.R., “Los delitos contra los Derechos de los ciudadanos extranjeros”, en Lorenzo Copello, P., (dir.), *Inmigración y Derecho penal. Bases para un debate*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, pág. 331.

<sup>2316</sup> Daunis Rodríguez, A., “Regulación penal...”, op.cit., pág. 111.

<sup>2317</sup> La elevación de las penas se lleva a cabo a fin de satisfacer los objetivos de armonización que se contienen en la Decisión Marco del Consejo de la Unión Europea destinada a reforzar el marco penal para la represión de la ayuda a la entrada, a la circulación y a la estancia de irregulares 2002/90/CE de 28 de noviembre de 2002.

<sup>2318</sup> De este modo la reforma de este artículo resulta imputable a la Comisión Técnica constituida en el seno del Ministerio de Justicia para el estudio de la reforma del sistema de penas del Código Penal, a quien la Disposición Adicional Primera de la LO 8/2000 pidió que examinase esta cuestión en relación con los delitos de tráfico ilegal de personas, con el mandato siguiente: “Los ministerios de Justicia y del Interior adoptarán las medidas necesarias para que la Comisión Técnica, constituida en el seno del Ministerio de Justicia para el estudio de la reforma del sistema de penas del código penal examine las modificaciones necesarias en relación con los delitos de tráfico ilegal de personas, en particular en los casos en los que intervengan organizaciones que, con ánimo de lucro, favorezcan dicho tráfico”; véase asimismo la Exposición de Motivos de la reforma producida a la LOEx por la LO 14/2003 de 20 de noviembre, donde afirma el legislador que “fue necesario recoger los principios adoptados por los Jefes de Estado y de Gobierno de los países miembros de la UE en su reunión de 16 y 17 de octubre de 1999 en Tampere sobre la creación de un espacio de libertad, seguridad y justicia, así como el acervo Schengen sobre régimen de entrada, condiciones de expedición de visados y regulación de estancia de extranjeros y responsabilidad y sanciones a transportistas”. Las sucesivas reformas de la LOEx responden al carácter mutante de las circunstancias de la inmigración y a los cambios en las formas en que este fenómeno se produce, que a partir de cuyo conocimiento, permite incorporar instrumentos normativos en aras de una simplificación de la regulación de los flujos migratorios y así cumplir con uno de los objetivos de la ley: “mejorar la gestión”.

En la exposición de motivos de la LO 13/2007, el tráfico ilegal y la inmigración clandestina de personas se afirman como encuadrables entre los delitos caracterizados no sólo por atentar contra los valores de carácter humanitario considerados esenciales por la Comunidad Internacional, sino también por la tradicional impunidad derivada del escaso empeño mostrado habitualmente en su represión por los Estados con más directos vínculos de conexión.<sup>2319</sup>

Invocando asimismo la Convención de 2000, en especial, el artículo 15.2 c. del Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire, faculta a los Estados parte para que puedan establecer su jurisdicción respecto de estos delitos de tráfico ilegal o inmigración clandestina, incluso cuando se cometan fuera de su territorio. Este sería el supuesto concreto de las pateras o los cayucos interceptados antes de llegar a las costas españolas, en definitiva, delitos que se consuman con la realización de actividades de captación, transporte, intermediación o cualquier otra que suponga promoción o favorecimiento de la inmigración clandestina o el tráfico ilegal, con independencia del resultado conseguido, siendo irrelevante que no se concluya la operación de que se trate por causas ajenas a la voluntad del agente, tales como la posible intervención policial. En el mismo sentido se expresaba la FGE, en su Circular 2/2006, de 27 de julio, que propugnó una interpretación, con arreglo a la cual el delito de que se trata es un tipo de consumación anticipada (STS 556/2005, de 25 de abril), que adelanta la barrera penal al momento en que se facilita o favorece el tráfico; calificándolo como de mera actividad, consumándose con la realización de actividades de captación, transporte, intermediación o cualquier otra que suponga promoción o favorecimiento de la inmigración clandestina o el tráfico ilegal, con independencia del resultado conseguido. *El delito se consuma aunque la interceptación de la patera o cayuco se produzca antes de llegar a la costa española.*

En esta línea se inscribe la presente Ley Orgánica al posibilitar la persecución extraterritorial del tráfico ilegal o la inmigración clandestina de personas.<sup>2320</sup> Ello conlleva la reforma del primer apartado del artículo 318 bis CP,

---

<sup>2319</sup> Asimismo la exposición de motivos afirma que “estamos ante un tipo de criminalidad transnacional, ámbito en el cual el factor de impunidad deriva, no tanto de la falta de voluntad de los Estados con más vínculos de conexión cuanto de su falta de capacidad para la represión individual de una criminalidad generalmente privada, aunque, casi siempre, organizada”.

<sup>2320</sup> Artículo primero. Modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial. Uno. Se modifica el apartado 4 del artículo 23 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, que quedará redactado como sigue “4. Igualmente será competente la jurisdicción española para conocer de los hechos cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional susceptibles de tipificarse, según la ley penal española, como alguno de los siguientes delitos: a) Genocidio; b) Terrorismo; c) Piratería y apoderamiento ilícito de aeronaves; d) Falsificación de moneda extranjera; e) Los delitos relativos a la prostitución y los de corrupción de menores o incapaces; f) Tráfico ilegal de drogas psicotrópicas, tóxicas y estupefacientes; g) Tráfico ilegal o inmigración clandestina de personas, sean o no trabajadores; h) Los relativos a la mutilación genital femenina, siempre que los responsables se encuentren en España; i) Y

con objeto de evitar que la descripción del tipo penal quede restringida a los supuestos en que el tráfico ilegal o la inmigración clandestina de personas tenga que llevarse a cabo desde, en tránsito o con destino a España. Con la nueva redacción, se castigará también dicha conducta cuando el destino sea cualquier otro país de la Unión Europea. Igualmente, se incorpora la atribución de jurisdicción para el caso de tráfico de personas que afecte a trabajadores, al ser de aplicación el artículo 313.1 del CP.<sup>2321</sup>

### 6.5. a. El tipo penal: Artículo 318 bis CP

Luego de las sucesivas reformas, el artículo 318 bis CP queda formulado en los siguientes términos:

1. *El que directa o indirectamente, promueva, favorezca o facilite el tráfico ilegal o la inmigración clandestina de personas desde, en tránsito o con destino a España, o con destino a otro país de la Unión Europea será castigado con la pena de cuatro a ocho años de prisión.*

2. *Si el propósito del tráfico ilegal o la inmigración clandestina fuera la explotación sexual de las personas, serán castigados con la pena de cinco a diez años de prisión.*

3. *Los que realicen las conductas descritas en cualquiera de los dos apartados anteriores con ánimo de lucro o empleando violencia, intimidación o engaño, o abusando de una situación de superioridad o de especial vulnerabilidad de la víctima menor de edad o incapaz o poniendo en peligro la vida, la salud o la integridad de las personas, serán castigados con las penas en su mitad superior.*

4. *En las mismas penas del apartado anterior y además en la inhabilitación absoluta de seis a doce años, incurrirán los que realicen los hechos prevariándose de su condición de autoridad, agente de ésta o funcionario público.*

5. *Se impondrán las penas superiores en grado a las previstas en los apartados 1 a 4 de este artículo, en sus respectivos casos, e inhabilitación especial para profesión, oficio, industria o comercio por el tiempo de la condena, cuando el culpable perteneciera a una organización o asociación, incluso de carácter transitorio, que se dedicase a al realización de tales actividades.*

---

cualquier otro que, según los tratados o convenios internacionales, deba ser perseguido en España.”

<sup>2321</sup> Artículo segundo. Modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Uno. El apartado 1 del artículo 313 del Código Penal tendrá la siguiente redacción “1. El que promoviere o favoreciere por cualquier medio la inmigración clandestina de trabajadores a España, o para otro país de la Unión Europea, será castigado con la pena prevista en el artículo anterior.” Dos. El apartado 1 del artículo 318 bis del Código Penal tendrá la siguiente redacción “1. El que, directa o indirectamente, promueva, favorezca o facilite el tráfico ilegal o la inmigración clandestina de personas desde, en tránsito o con destino a España, o con destino a otro país de la Unión Europea, será castigado con la pena de cuatro a ocho años de prisión.”

Cuando se trate de los jefes, administradores o encargados de dichas organizaciones o asociaciones, se les aplicará la pena en su mitad superior, que podrá elevarse a la inmediatamente superior en grado.

En los supuestos previstos en este apartado la autoridad judicial podrá decretar, además, alguna o algunas medidas previstas en el artículo 129 de este Código.

6. Los Tribunales, teniendo en cuenta la gravedad del hecho y sus circunstancias, las condiciones del culpable y la finalidad perseguida por éste, podrán imponer la pena inferior en un grado a la respectivamente señalada.

En este epígrafe nos proponemos el análisis de las racionalidades político-criminales que imprimen las características del tipo base del artículo 318 bis CP. Para ello, la tesis que planteamos reside en afirmar que en este caso nos encontramos con una norma correspondiente a lo que hemos denominado política punitiva del enemigo.<sup>2322</sup> En este sentido, procederemos a dar contenido a la anterior afirmación, enfrentando la norma al principio de intervención mínima, protección de bienes jurídicos y principio de lesividad. Asimismo, el principio de legalidad se ve seriamente puesto en cuestión, toda vez que en la descripción de las conductas no puede quedar taxativamente sentado cuáles actos son los que caen bajo la descripción típica.<sup>2323</sup>

En una primera aproximación podemos señalar la intensidad de las penas fijadas que, como será objeto de desarrollo ulterior, no guardan correspondencia con el desvalor de las conductas que se pretende sancionar, ello agravado por la circunstancia de la laxitud que ofrecen los verbos típicos elegidos por el legislador penal. Asimismo, ello genera que se difuminen las sucesivas etapas del *iter criminis*, la equiparación de conductas de diferente intensidad y relevancia, lo que impide asimismo la diferenciación de los distintos ámbitos de la participación.<sup>2324</sup>

La plataforma de la cual parte el análisis se construye a partir de la indagación respecto del significado de los conceptos de tráfico ilegal e inmigración clandestina<sup>2325</sup> contenidos en el apartado primero del artículo 318 bis CP y, a su vez, su distinción respecto del delito de trata de personas. Todo ello, en vistas a una mejor comprensión de los verbos típicos que los acompañan.

Si por inmigración entendemos llegar a otro país para establecerse en él,<sup>2326</sup> los adjetivos *clandestina e ilegal* refieren a aquella entrada o tránsito, los cuales, no

---

<sup>2322</sup> Véase *supra* punto 4.2.

<sup>2323</sup> Por todos, Cancio Meliá, M., /Maraver Gómez, M., "El Derecho penal español ante...", op.cit., pág. 358.

<sup>2324</sup> El tipo penal objeto de estudio cumple con rigurosidad los requisitos que debe tener una tipificación penal para ser acreedora del apelativo de "Derecho penal del enemigo". Véase *supra* punto 4.2; 4.11.

<sup>2325</sup> Martínez Escamilla, M., *La inmigración...*, op.cit., pág. 42; Pérez Alonso, E., *Tráfico de personas e inmigración clandestina...*, op.cit., en especial, págs. 149 ss.

<sup>2326</sup> De conformidad con el Diccionario de la Real Academia Española, 22ª ed.

necesariamente, deben tener carácter oculto o efectuarse por lugares distintos de los pasos fronterizos legalmente estipulados. En este sentido, el artículo 3.b del Protocolo contra el tráfico de migrantes define la entrada ilegal como el paso de fronteras sin haber cumplido con los requisitos necesarios para entrar legalmente en el Estado receptor. Por lo tanto, la definición acoge en su seno tanto el cruce de fronteras en el que se evitan los controles establecidos por parte de la autoridad designada al efecto, así como también aquellos cruces que, en apariencia, son legales, pero que en realidad comportan la utilización de documentación falsa, robada, o con otro tipo de alteraciones.

El tráfico, por su parte, distinguido de la trata de personas,<sup>2327</sup> es definido por el Protocolo contra el tráfico ilícito de inmigrantes como “la facilitación de la entrada ilegal de una persona en un Estado Parte del cual dicha persona no sea nacional o residente permanente con el fin de obtener directa o indirectamente un beneficio económico u otro beneficio de orden material”. Estamos frente a un delito contra el Estado; en este sentido, el artículo 6 prevé que los Estados partes deberán incorporar a sus ordenamientos conductas relativas a la falsificación documental y a la residencia ilegal. Las medidas legislativas que adopten los ordenamientos internos versarán sobre las siguientes conductas: la creación, facilitación o posesión de un documento de viaje o de identidad falso cuando se cometan con el fin de posibilitar el tráfico ilícito de migrantes, entendiéndose por documento de viaje o de identidad falso cualquiera que: a) haya sido elaborado o expedido de forma espuria o alterado materialmente por cualquiera que no sea la persona o entidad legalmente autorizada para producir o expedir el documento de viaje o de identidad en nombre de un Estado, b) expedido u obtenido indebidamente mediante declaración falsa, corrupción o

---

<sup>2327</sup> Véanse los Protocolos de Palermo que complementan la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional. En el marco de la UE el esquema diferenciado se reproduce en la Decisión Marco del consejo, de 19 de Julio de 2002, relativa a la lucha contra la trata de seres humanos, y en la Directiva 2002/90/CE del Consejo de 28 de noviembre de 2002, destinada a definir la ayuda a la entrada, a la circulación y la estancia de irregulares. En este sentido, en el original de los Protocolos la inmigración clandestina se denomina *smuggling of migrants*, y la trata como *trafficking in persons*. Geromini, E., “Aspectos jurídicos del tráfico y la trata de trabajadores migrantes”, en Geromini, E., *Perspectivas sobre migraciones Laborales*, 2, Programa de Migraciones Internacionales, Oficina Internacional del Trabajo, disponible en [www.ilo.org/public/english/protection/migrant/download/pom/pom2s.pdf](http://www.ilo.org/public/english/protection/migrant/download/pom/pom2s.pdf), señala los problemas que planteó, durante el proceso de elaboración de los protocolos de Palermo, la traducción de los dos términos referidos. Tomados del inglés, *smuggling* y *trafficking* en una primera versión, se tradujo *smuggling* como tráfico y *trafficking* como introducción clandestina, respectivamente. No obstante, en la versión definitiva de los protocolos *trafficking* se tradujo como trata y no como tráfico, *smuggling* se tradujo como tráfico y no como introducción clandestina o contrabando. Todo ello genera, como veremos a lo largo del estudio del tipo básico del art. 318 bis CP, problemas de interpretación y de concreción del bien jurídico protegido y, derivado de ello, de las conductas que se encuentran reprimidas. Asimismo Askola, H., *Legal responses to trafficking in women for sexual exploitation in the Europe Union*, op.cit., en especial, págs. 30 ss., 80, 120, quien también realiza la distinción entre las dos conductas.

coacción o de cualquier otra forma ilegal; o utilizado por una persona que no sea su titular legítimo.<sup>2328</sup> En segundo término deberá tipificarse la habilitación de una persona que no sea nacional o residente permanente para establecerse en el Estado interesado sin haber cumplido con los requisitos, recurriendo a documentos de viaje o de identidad falsos o cualquier otro medio ilegal.<sup>2329</sup>

De lo anterior se derivan dos elementos; el primero de carácter objetivo, referido a la conducta típica, y el segundo, de carácter subjetivo referido al fin perseguido por la misma. Así las cosas, la acción consiste en facilitar la entrada ilegal de una persona en un Estado distinto del que es nacional. El *elemento geográfico* de la definición es claro, desde que la conducta lo que prohíbe es *todo desplazamiento ilícito de personas de un país a otro*.<sup>2330</sup>

Sin embargo, y de conformidad con la dualidad de elementos que lo componen, no se prohíbe cualquier tipo de conducta de tráfico ilegal, sino que, *como característica intrínseca a estos delitos, se establece la finalidad de obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico u otro beneficio de orden material*. En palabras de Geronimi “la referencia a un beneficio financiero en el Protocolo fue hecha para recalcar que la noción definida englobaba las actividades de los grupos delictivos organizados que actúan motivados por el lucro, pero que quedaban excluidos de ellas las actividades de todos los que prestan apoyo a los migrantes por razones humanitarias o de vínculos familiares estrechos. Se señala, asimismo, que el Protocolo no pretendía penalizar las actividades de los familiares o de las organizaciones no gubernamentales o agrupaciones religiosas de apoyo.”<sup>2331</sup>

---

<sup>2328</sup> Por otra parte el 6.1 b) del Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire, se refiere a la facilitación, el suministro o la posesión de tal documento. Esta conducta puede hacer posible o facilitar el tráfico. En los *travaux préparatoires* se indica, con relación a la norma, que se aprobó en el entendimiento de que la posesión de un documento falso sería únicamente delictiva si estaba al servicio del tráfico de migrantes en el sentido del apartado a). Como afirma Pérez Alonso, E., *Tráfico de personas...*, op.cit., pág. 164, “no sería por ello aplicable al migrante que poseyera un documento falso para su propio paso por la frontera.”

<sup>2329</sup> La acción típica consiste en crear las condiciones para que una persona extranjera, o que no tenga la residencia, pueda permanecer ilegalmente en un Estado del que no es nacional, y aquella ostentará carácter ilegal cuando no se encuentren cumplidos los requisitos establecidos en el derecho interno del Estado para permanecer legalmente en él. Además la acción típica deberá llevarse a cabo bajo las circunstancias estipuladas por el apartado b), es decir, mediante la creación de documentos de viaje o de identidad falsos o bien facilitando o proveyendo de tales documentos, o cualquier otro medio ilegal o medio calificado como ilegal de conformidad con el derecho interno del Estado en cuestión.

<sup>2330</sup> Elemento que surge del carácter transnacional atribuido a los delitos objeto del Protocolo, de conformidad con su artículo 4 y con la Convención a la que complementa. Véase Pérez Alonso, E., *Tráfico ilegal de personas.....*, op.cit., págs. 160 ss.

<sup>2331</sup> Geronimi, E., *Perspectivas sobre migraciones laborales...*, op.cit., pág. 9.; Pérez Alonso, E., *Tráfico ilegal de personas...*, op.cit., pág. 161; Rebollo Vargas, R., / Cugat Mauri, M., /Rodríguez Puerta, M.J., “Normativa internacional y Derecho comparado”, en García Arán, M., (coord.), *Trata de personas y explotación sexual*, op.cit., págs. 44 ss.



La referencia expresa a la finalidad de lucro de la acción hay que entenderla como un elemento subjetivo del injusto de los delitos de tráfico que excluye la comisión imprudente, en tanto que con referencia al dolo directo sólo resultarán punibles aquellas conductas que provengan del conocimiento y voluntad de realizar alguna de las acciones típicas si además se encuentran guiadas por el ánimo de lucro.

El Protocolo en el apartado 2 del artículo 6 insta a los Estados a la tipificación de la tentativa de comisión de alguna de las figuras relativas al tráfico ilícito de inmigrantes, también insta a la punición de la complicidad y de la organización o dirección de otras personas para la comisión de estos delitos. El apartado 3 exige a los Estados partes el establecimiento de circunstancias agravantes de alguno de los delitos relativos al tráfico de migrantes: a) la puesta en peligro de la vida o de la seguridad de los migrantes afectados y b) el sometimiento a un trato inhumano o degradante, en particular con el propósito de explotación.<sup>2332</sup>

No obstante, lo anterior no implica que los inmigrantes sean considerados como los sujetos pasivos del delito de tráfico ilegal, a diferencia de lo ocurre en el Protocolo referido a la trata de personas. El Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire, se refiere a los inmigrantes como objeto del tráfico (art. 2).<sup>2333</sup>

Por su parte, en el Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños,<sup>2334</sup> que complementa la Convención de

---

<sup>2332</sup> El Protocolo en su artículo 5 establece que los “migrantes no estarán sujetos a enjuiciamiento penal con arreglo al presente Protocolo por el hecho de haber sido objeto de alguna de las conductas enunciadas en el artículo 6 de este Protocolo”. Según Pérez Alonso, E., *Tráfico de personas...*, op.cit., pág. 165, “esta disposición supone un avance considerable en el tratamiento del inmigrante en situación irregular, que deja de estar criminalizado por su entrada o permanencia ilegal. De forma expresa y con alcance universal se le declara exento de responsabilidad criminal por los delitos de tráfico ilícito del que haya sido objeto”. Nosotros somos de otra opinión, ya que esto se pone en conflicto con la expulsión administrativa de la que es objeto el inmigrante por su carácter irregular. Aunque no pueda considerarse más que como una medida administrativa, lo cierto es que en la práctica opera como una pena, mucho más teniendo en cuenta el funcionamiento de los centros de detención. Véase *supra* puntos 3.3; 3.4.

<sup>2333</sup> En su artículo 16 se establecen medidas de protección y asistencia a los inmigrantes, a sus Derechos más básicos, vida, integridad moral. Lo cual no impide a que este Protocolo los considere reiteradamente como los objetos y no las víctimas. Por su parte, la Directiva 2002/90 CE no hace referencia a la penalización a los inmigrantes, como tampoco menciona al inmigrante como objeto del tráfico, ni a la violación de sus derechos.

<sup>2334</sup> Tradicionalmente la noción de trata de personas ha estado vinculada de forma muy estrecha a la prostitución de mujeres, lo cual ha derivado en una interpretación bastante limitada del concepto. Sin embargo, actualmente se está produciendo la ampliación del concepto de trata que permitirá la contemplación de otras finalidades, no ya solamente de la prostitución, extendiéndose la protección a toda persona, no sólo la mujer, aunque ésta siga siendo la víctima principal. Las definiciones que establece el Protocolo se alejan del criterio de trata adoptado por el Convenio para la represión de la trata de personas y de la explotación de la prostitución ajena, de 1949. En el Protocolo se hace hincapié en la necesidad de la adopción de un enfoque amplio e

las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, el delito de *trata de personas* se define en su artículo 3 a) como “la captación, el transporte, el traslado, la recogida o la recepción de personas, recurriendo a la amenaza o al uso de la fuerza u otras formas de coacción, al rapto, al fraude, al engaño, o al abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad a la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra, con fines de explotación. Esta explotación incluirá, como mínimo, la explotación de la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, los trabajos forzados o servicios forzados, la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre o la extracción de órganos.”<sup>2335</sup>

Un aspecto importante vinculado a su distinción con el tráfico ilegal de personas está constituido *por la no exigencia de que el movimiento ostente carácter irregular, ilegal o clandestino*. El carácter *ilegal* refiere a los medios y a los fines perseguidos por la misma, y no a la violación de las normas de derecho interno que cada Estado establece.<sup>2336</sup> De allí su distinta composición sintáctica: *smuggling of immigrants – trafficking in persons*.

La ilegalidad constitutiva del delito de trata de personas está determinada por los modos de comisión, es decir que se recurra a la amenaza, al uso de la fuerza u otras formas de coacción, al rapto, al fraude, al engaño, al abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad o a la concesión o recepción o pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra.”<sup>2337</sup>

---

internacional en los países de origen, tránsito y destino, que incluya medidas adecuadas para prevenir y combatir eficazmente la trata de personas. En su artículo 2 aparecen expresados los fines que persigue, en los siguientes términos: “a) prevenir y combatir la trata de personas, prestando especial atención a las mujeres y niños; b) proteger y ayudar a las víctimas de dicha trata, respetando plenamente sus Derechos humanos; c) promover la cooperación entre los Estados parte para lograr esos fines”. Según lo establecido por su artículo 4, el ámbito de aplicación del Protocolo de la trata de personas está destinado a la prevención, investigación y penalización de los delitos tipificados en el mismo, cuando esos delitos sean de carácter transnacional y entrañen la participación de un grupo delictivo organizado, así como a la protección de las víctimas de aquellos. Véase Pérez Alonso, E., *Tráfico de personas...*, op.cit., págs. 175 ss.; asimismo Rebollo Vargas, R., /Cugat Mauri, M., /Rodríguez Puerta, M.J., “*Normativa internacional...*”, op.cit., págs. 38 ss.; Askola, H., *Legal responses...*, op.cit., págs. 172 ss. Véase *infra* 6.7.

<sup>2335</sup> Esta definición de acuerdo con lo establecido por el art. 5.1. del Protocolo, se configura como la base sobre la cual se han de tipificar y sancionar, por parte de los Estados.

<sup>2336</sup> Véase Notas interpretativas para los documentos oficiales (*travaux préparatoires*) de la negociación de la Convención de Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus Protocolos, documento de Naciones Unidas A/55/383/Add.1, de 3 de noviembre de 2000, párrafo 79. Disponible en <http://daccessdds.un.org/UNDOC/GEN/N00/736/89/PDF/N0073689.pdf?OpenElement>

<sup>2337</sup> Entre las situaciones incluidas por el Protocolo, junto al típico abuso de poder, nos encontramos con el abuso de una situación de vulnerabilidad. En los *travaux préparatoires* del Protocolo, párrafo 63, se indica que el abuso debe entenderse como referido a toda situación en que la persona interesada no tiene más opción que someterse al abuso. De este modo, como afirma Pérez Alonso, E., *Tráfico de personas...*, op.cit., pág. 180, “solo está prohibida la trata

Son éstas las condiciones materiales que dan lugar al trato inhumano y degradante. Son los medios comisivos, por tanto, los que se convierten en el núcleo esencial del concepto de trata. La ilegalidad se hace coincidir con el fin perseguido y con los medios empleados para lograr el dominio y el sometimiento. Aquí radica la distinción básica con el concepto de tráfico ilegal de migrantes, analizado en párrafos anteriores.<sup>2338</sup>

Otra sustancial diferencia está determinada por los fines, es decir la explotación personal, de la cual el Protocolo expresa que incluirá como mínimo, el aprovechamiento de la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, los trabajos o servicios forzados, la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre o la extracción de órganos. Se deduce de la anterior redacción, que son posibles otras formas de explotación que la de carácter sexual, aunque esta forma represente la de mayor número. El número de situaciones de explotación no está cerrado ya que admite otros fines distintos a los enumerados en la definición.<sup>2339</sup>

Respecto del valor del consentimiento, el artículo 3 b) del Protocolo establece que el mismo no será tenido en cuenta cuando hayan concurrido los medios establecidos por el apartado a) *in fine*.

Por su parte, el apartado c) del artículo 3 hace referencia específica a los niños. En este caso, basta con que se lleve a cabo la acción de recluta, traslado o recepción, con el fin de explotación personal descrita, para que sea factible hablar de la conducta de trata, sin que se hayan empleado los medios coactivos, fraudulentos o abusivos previstos, en el mismo caso, para los adultos.

De conformidad con el artículo 5.1 del Protocolo, las conductas descritas en el art. 3 *in fine* se tipificarán como delito en el Derecho interno cuando se cometan intencionadamente. Esta exigencia subjetiva es tautológica, a tenor de lo

---

realizada en contra de la voluntad de la persona: la que se lleva a cabo mediante una práctica forzada, fraudulenta o abusiva. Debe reconocerse, no obstante, que la amplitud del concepto dependerá fundamentalmente de la interpretación que se realice de los medios comisivos descritos, sobre todo del alcance que se le otorgue a las situaciones de abuso recogidas en el Protocolo. Para ello debe ser un elemento guía básico la interpretación de los instrumentos internacionales precedentes referidos a esta materia, sobre todo, a la esclavitud.”

<sup>2338</sup> Véase Pérez Alonso, E., *Tráfico de personas...*, op.cit., pág. 178; Raymond, J.G., “*Guía para el Nuevo Protocolo de Naciones Unidas sobre Tráfico de personas*”, 2001, disponible en [www.geocities.com/rima\\_web](http://www.geocities.com/rima_web); Pozuelo Pérez, L., “*Tráfico de personas y explotación sexual*”, en Bacigalupo, S., /Cancio Meliá, M., (coords.) *Derecho penal y Política Transnacional*, Atelier, Barcelona, 2005, págs. 425 ss.; Guardiola Lago, M.J., “*La traite des êtres humains et l’immigration clandestine en Espagne: réfléchissent-elles les prévisions des Nations Unies et de l’Union Européenne ?*”, XVIII Congrès International de Droit Pénal, Colloque Préparatoire Cleveland USA, 9-12 abril 2008, Section 2, Droit pénal spécial, Le financement du terrorisme, *Revue Internationale de Droit Penal*, 3º y 4º trimestres, 2008, pág. 405 ss., disponible en [www.cairn.info/revue-internationale-de-droit-penal.htm](http://www.cairn.info/revue-internationale-de-droit-penal.htm)

<sup>2339</sup> Rebollo Vargas, R., *et. al.*, *Trata de personas...*, op.cit., pág. 50; Pérez Alonso, E., *Tráfico de personas...*, op.cit., págs. 181 ss.

establecido en la descripción típica de la trata, que hace referencia a los medios y la finalidad perseguida con la misma.<sup>2340</sup>

Asimismo la diferencia esencial con el tráfico de personas reside en que, para el caso de la trata, sujeto pasivo del delito son aquellas personas *víctimas* de la explotación, de acuerdo a la definición del propio Protocolo. Es por ello que es necesario adoptar un enfoque amplio que ampare los Derechos humanos de las víctimas (arts. 2 y 4).

No obstante, las disposiciones relativas a la protección de las víctimas (arts. 6 y 8) son de carácter discrecional, y no obligatorias para los Estados parte, a diferencia de lo que sucede con las relativas al control de fronteras. Únicamente en el caso de los menores las medidas adquieren un carácter obligatorio, mientras que para los adultos, las medidas serán adoptadas en función de *la disponibilidad o interés de los Estados*.<sup>2341</sup>

En el ámbito europeo, la Decisión Marco del Consejo (2002/629/JAI)<sup>2342</sup> busca complementar el trabajo realizado por las Naciones Unidas, y es por ello que considera de importancia abordar la gravedad del fenómeno no sólo mediante la acción individual de cada Estado miembro, sino desde un enfoque global.

Así las cosas, el artículo 1.1 determina que cada Estado miembro adoptará las medidas necesarias para garantizar la punibilidad de los siguientes actos: la captación, el transporte, el traslado, la acogida, la subsiguiente recepción de una persona, incluidos el intercambio o el traspaso del control sobre ella, cuando: a) se recurra a la coacción, la fuerza o la amenaza, incluido el rapto, o, b) se recurra al engaño o fraude, o, c) haya abuso de autoridad o de situación de vulnerabilidad, de manera que la persona no tenga una alternativa real y aceptable, excepto someterse al abuso, o, d) se concedan o se reciban pagos o beneficios para conseguir el consentimiento de una persona que posea el control sobre otra persona, con el fin de explotar el trabajo o los servicios de dicha persona, incluidos al menos el trabajo o los servicios forzados, la esclavitud o prácticas similares a la esclavitud o la servidumbre, o con el fin de explotar la

---

<sup>2340</sup> Rebollo Vargas, R., *et. al.*, *Trata de personas...*, op.cit., pág. 49; Pérez Alonso, E., *Tráfico de personas...*, op.cit., pág. 187.

<sup>2341</sup> Rebollo Vargas, R., *et.al.*, *"Normativa internacional..."*, op.cit., pág. 49.

<sup>2342</sup> Anteriormente a la Decisión Marco del Consejo citada, está precedida por otros instrumentos europeos que habían ofrecido una definición de trata de personas como la Resolución del Parlamento Europeo sobre la trata de personas, de 18 de enero de 1996 (DO C 32/88 de 5 de febrero de 1996), así como el Informe previo elaborado por la Comisión de Libertades públicas y de Asuntos Interiores de 1995 (A4-0326/95). En este sentido también es dable destacar la Acción Común (97/154/JAI), de 24 de febrero de 1997, relativa a la lucha contra la trata de seres humanos y la explotación sexual de niños (DO L 63/2 de 4 de marzo de 1997), y la Decisión del Consejo de 3 de diciembre de 1998 (DO C 26/21 de 30 de enero de 1999), por la que se complementa la definición de la forma de delincuencia "trata de seres humanos" incluida en el anexo del Convenio de Europol. Véase Askola, H., *Legal responses....*, op.cit., págs. 100 ss.

prostitución ajena o ejercer otras formas de explotación sexual, incluida la pornografía.

Si bien coincide en gran medida con la definición del Protocolo, la Decisión Marco en estudio tiene la ventaja de aclarar legalmente el sentido del abuso de autoridad o de la situación de vulnerabilidad sobre la víctima, cuestión no estipulada por el Protocolo. En este sentido, se determina que la vulnerabilidad deberá suponer que la víctima no tenga más alternativa real que la de someterse a la situación de abuso. En el texto de la Decisión Marco la referida a la extracción de órganos, no forma parte de la enumeración de las finalidades típicas de trata que sí recoge el Protocolo, lo cual no aparece en principio justificada.

Como corolario, al igual que sucede en el Protocolo, no se establece referencia alguna a la explotación económica de las víctimas -que constituye la finalidad última perseguida por las modalidades de la trata-, lo que llevaría a pensar que dicho fin no es constitutivo del delito de trata, sino que podría valorarse como una modalidad agravada.<sup>2343</sup>

Por su parte, el 3 de mayo de 2005, el Comité de Ministros del Consejo de Europa sancionó el Convenio del Consejo de Europa sobre la lucha contra la trata de seres humanos, que ofrece un concepto de la trata de personas que continúa la línea de los instrumentos internacionales y europeos estudiados “con el fin de reforzar la protección que ofrecen estos instrumentos,” de conformidad con lo establecido por el Preámbulo.

La Convención tiene por objeto, de acuerdo con lo establecido en su art. 1, “a) prevenir y combatir la trata de seres humanos, garantizando la igualdad entre las mujeres y los hombres; b) proteger los Derechos de las personas de las víctimas de trata, crear un marco completo de protección y de asistencia a las víctimas y los testigos, garantizando la igualdad entre las mujeres y los hombres, así como garantizar una investigación y unas acciones judiciales eficaces; c) promover la cooperación internacional en el campo de la lucha contra la trata de seres humanos.”

Una diferencia respecto del Protocolo de Naciones Unidas sobre la trata de personas se refiere a su ámbito de aplicación, ya que, como dispone su artículo 2, el convenio “se aplicará a todas las formas de trata de seres humanos, nacionales o transnacionales, relacionadas o no con la delincuencia organizada.” No establece ninguna limitación geográfica para la trata de personas, mientras que el Protocolo hacía referencia al carácter transnacional del mismo. Esta diferencia permite la persecución tanto de la trata internacional como la de carácter nacional o interior.

Por su parte, el Protocolo exige un grupo organizado para su aplicación, mientras que el Convenio se aplicará a todas las formas de trata, sean o no efectuadas por una organización criminal, característica que será considerada como una agravante según lo dispuesto por el artículo 24 d). La definición y

---

<sup>2343</sup> Cfr. Pérez Alonso, E., *Tráfico de personas...*, op.cit., pág. 192.

tipificación del delito de trata de personas queda establecida en el apartado a) del artículo 4 de la Convención, que dispone “la expresión “trata de seres humanos” designa la contratación, el transporte, el traslado, el alojamiento o la acogida de personas mediante raptos, fraude, engaño, abuso de autoridad o de una situación de vulnerabilidad o mediante la oferta o la aceptación de pagos o ventajas para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra con fines de explotación. La explotación incluirá como mínimo, la explotación de la prostitución ajena o bien otras formas de explotación sexual, el trabajo forzado o los servicios forzados, la esclavitud o prácticas similares a la esclavitud, la servidumbre o la extracción de órganos.”

Por su parte, la tipificación de la trata de personas y las conductas conexas o favorecedoras de la misma se describe en el Capítulo IV del Convenio. El artículo 18 tipifica la trata de seres humanos en sentido propio de acuerdo con la definición del art. 4 a). De acuerdo con la primera disposición, tales prácticas sólo serán castigadas si se han cometido intencionadamente, es decir, se establece la exigencia de dolo directo.

En el artículo siguiente, se tipifica la utilización de los servicios de una víctima de la trata en los términos que se exponen: “las Partes deberán prever la adopción de medidas legislativas o de otro tipo necesarias para conferir el carácter de infracción penal, con arreglo a su legislación interna, al hecho de utilizar los servicios que son objeto de la explotación contemplada en el art. 4 a) del presente Convenio con conocimiento de que la persona en cuestión es víctima de la trata de seres humanos.”<sup>2344</sup>

Asimismo, en el artículo 20 de la Convención se tipifican las acciones relativas a los documentos de viaje o de identidad, cuando las conductas descritas en el art. 4 hayan sido cometidas intencionadamente: a) fabricar un documento de viaje o de identidad fraudulento; b) procurar o aportar dicho documento; c) retener, sustraer, alterar, o dañar o destruir un documento de viaje o de identidad de otra persona.

Coincide con el Protocolo en la consideración de los sujetos pasivos de las conductas típicas en su consideración como víctimas; definidas por el art. 4 e) en los siguientes términos: “designa a toda persona física sometida a la trata de seres humanos tal y como se define en el presente artículo.” Esto conlleva consecuencias importantes en cuanto a la protección de Derechos, para lo cual se sanciona el Capítulo III, que enumera una serie de medidas tendentes a proteger y promover los Derechos de las víctimas, garantizando la igualdad entre hombres y mujeres.<sup>2345</sup>

---

<sup>2344</sup> Véase *infra* 6.7.

<sup>2345</sup> Algunas de las cuestiones establecidas son las siguientes: relativas a la identificación de las víctimas (art. 10); protección de la vida privada (art. 11); asistencia a las víctimas (art. 12); período de recuperación y reflexión (art. 13), permiso de residencia (art. 14), indemnización y recursos (art. 15); repatriación y retorno de víctimas (art. 17).

El capítulo IV está destinado al Derecho penal material, ya que luego de tipificar las conductas relativas a la trata de personas, el art. 21 castiga la complicidad y la tentativa de esos delitos, aunque ello no será aplicable a la utilización de los servicios de la trata.

Por su parte, los artículos 22 y 23 establecen un régimen de responsabilidad para las personas jurídicas, con sanciones y medidas. El artículo 24 establece como circunstancias agravante en las ocasiones en que: “a) la infracción ha puesto en peligro a la víctima deliberadamente o por negligencia grave; b) la infracción ha sido cometida contra un niño; c) la infracción ha sido cometida por un agente público en el ejercicio de sus funciones; d) la infracción ha sido cometida dentro del marco de una organización delictiva.” En el presente epígrafe hemos querido dejar sentadas las diferencias notorias que existen entre el delito de tráfico y el de trata de personas, puesto que como afirma Geronimi “ambos delitos difieren en cuanto a los componentes y características de la acción típica: el tráfico implica la facilitación del ingreso clandestino de migrantes a un país extranjero, en tanto que la trata de migrantes incorpora elementos necesarios de coerción y explotación, sin perjuicio de que puede también verificarse dentro de las fronteras del mismo Estado.”<sup>2346</sup>

### **6.5. Los conceptos de tráfico ilegal de personas e inmigración clandestina**

Las diferencias señaladas en los párrafos anteriores respecto del delito de tráfico ilegal de personas y el de trata, servirán de fundamento de la exposición que sigue respecto al bien jurídico contenido en el tipo básico del art. 318 bis CP. En este sentido, la incorporación de la inmigración clandestina por la reforma de la LO 11/2003<sup>2347</sup> al ya existente tráfico ilegal debería llevarnos a pensar que, en principio se trata de cuestiones susceptibles de ser distinguidas.<sup>2348</sup>

---

<sup>2346</sup> Geronimi, E., *Perspectivas sobre migraciones laborales 2. Aspectos jurídicos del tráfico y la trata de trabajadores migrantes*, op.cit., pág. 42.

<sup>2347</sup> García Arán, M., *Introducción*, en García Arán, M., (coord.) *Trata de personas...*, op.cit., pág. 11, sostiene que la incorporación de la inmigración clandestina junto al indefinido tráfico de personas plantea un círculo vicioso, porque el CP español no exige las notas de abuso, transacción comercial, propósito de explotación, etc., que son propias del concepto histórico, sociológico, o del manejado por los instrumentos internacionales.

<sup>2348</sup> En el ámbito de la UE el concepto de inmigración clandestina lo encontramos en la Directiva 2002/90 CE del Consejo, de 28 de noviembre, destinada a definir la ayuda a la entrada, a la circulación y a la estancia irregulares. Hasta aquel momento la definición de introducción ilegal de inmigrantes se recogía en el Anexo al Convenio de Europol de 1995, basado en el artículo K.3 del Tratado de la Unión Europea, por el que se crea una oficina europea de policía, mediante un Acto del Consejo de Bruselas el 26 de julio de ese año. Asimismo el artículo 63.3 del Tratado de Amsterdam, y el Convenio de Schengen en sus arts. 3.2 y 27.1. comprometió a los Estados a la punición de la inmigración clandestina.

Enmarcada la lucha contra el tráfico de inmigrantes en la política de asilo e inmigración común de la Unión Europea, dicha política configura el pivote fundamental para lograr el establecimiento

En virtud de la opacidad conceptual habida en el tipo básico del artículo 318 bis CP, la doctrina<sup>2349</sup> maneja distintos conceptos de tráfico, que se diferencian conforme su mayor o menor dependencia respecto de su tenor literal, o bien la remiten a conceptos gramaticales, históricos o criminológicos.<sup>2350</sup>

---

de la libertad, seguridad y justicia en la Unión como uno de sus objetivos primordiales. Luego de Tampere (1999) el Consejo de la UE, en la comunicación de 14 de junio de 2002 en la que presenta el “Plan global para la lucha contra la inmigración ilegal y la trata de seres humanos en la Unión Europea”, explica que, si bien tráfico y trata suelen utilizarse como sinónimos, presentan sustanciales diferencias y, para atender a ellas es preciso recurrir a las definiciones que surgen de los Protocolos que acompañan la Convención de Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, afirmando que las mismas “dejan claro que el tráfico está relacionado con la ayuda para el cruce de las fronteras y la entrada ilegales.

El tráfico, por lo tanto, siempre tiene un elemento transnacional. Éste no es necesariamente el caso de la trata, cuyo elemento fundamental es el propósito de explotación. La trata implica la intención de explotar a una persona, independientemente de cómo llega la víctima al lugar de la explotación”. Por lo tanto, la directiva 2002/90 CE habrá de ser considerada como el instrumento sobre el cual se organiza y contempla la política común en materia de asilo e inmigración, para la lucha contra la inmigración clandestina. En este sentido, las normas mínimas relativas a las sanciones, la responsabilidad de las personas jurídicas y la competencia configuran el núcleo de la Decisión Marco del Consejo de 28 de noviembre de 2002 (2002/946/JAI). Véase *supra* 6.3.

Según interpretan Cancio Melia, M. / Maraver Gómez, “*El Derecho penal español...*”, op.cit., pág. 356, la trata de personas configuraría una relación de género especie con el tráfico, porque lo que importa en el caso de la trata es que no se centra en la ilegalidad de la entrada o residencia, sino en la forma en que ésta es llevada a cabo. En sentido contrario, Pérez Cepeda, A.I., *Globalización...*, op.cit., pág. 29, interpreta que la diferencia reside en que la conducta favorecedora de la inmigración ilegal no se encuentra en la conformidad del migrante, sino en la finalidad de explotación; por su parte, De León Villalba, F.J., “*Inmigración clandestina y tráfico de seres humanos*”, en Muñoz de Morales Romero, M./ Arroyo Zapatero, L., /Nieto Martín, A., (coords.), *La orden de detención y entrega europea*, Universidad de Castilla-La Mancha, La Mancha, 2006, págs. 167 ss., critica que el consentimiento pueda ser decisivo para diferenciar ambas figuras, y propone que deberá establecerse la distinción en la explotación a la que se somete al inmigrante y en el ánimo de lucro. Maqueda Abreu, M.L., “*¿Cuál es el bien jurídico protegido en el artículo 318 bis.2? Las sinrazones de una reforma*”, op.cit., págs. 40 ss., destaca la importancia que tiene el consentimiento para determinar la cosificación del inmigrante y así comprobar la existencia del tráfico.

<sup>2349</sup> Hace referencia al comercio y transporte de personas, Muñoz Conde, F., *Derecho penal. Parte especial*, 16ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, pág. 358; Villacampa Estiarte, C., “*Delitos contra los Derechos de los ciudadanos extranjeros*”, en Quintero Olivares (dir.) *Comentarios a la parte especial del Derecho penal*, 7ª ed., Aranzadi, Pamplona, 2008, pág. 1293, y Guanarteme Sánchez Lázaro, F., “*El nuevo delito de tráfico ilegal de personas*”, en Lorenzo Copello (coord.) *Inmigración y Derecho penal...*, op.cit., pág. 293 que lo refieren al transporte de personas como si fueran cosas (ánimo de lucro); De León Villalba, *Tráfico de personas...*, op.cit., pág. 61, incluye en el concepto de tráfico de personas la actividad de promoción o favorecimiento de la recluta o transporte de personas dirigida a la explotación laboral o sexual o al sometimiento a esclavitud, utilizando violencia, intimidación, engaño, abuso, con o sin consentimiento; Pérez Cepeda, A.I., *Globalización...*, op.cit., pág. 23, partiendo de una definición de corte criminológico, entiende el tráfico internacional ilícito como la transferencia, de forma aparentemente legal o totalmente ilegal, de una persona de un Estado a otro.

<sup>2350</sup> Cfr. García Arán, M., *Introducción*, op.cit., pág. 22, si bien no pretende la autora ofrecer una definición que sea incorporable a un texto jurídico positivo, sino un concepto que permita



Las dificultades para la conceptualización del tráfico se agravan con la incorporación de la inmigración clandestina al tipo base del artículo 318 bis CP, en vistas a que no se castiguen actos de tráfico, sino la participación en el mismo, teniendo en cuenta que si definiéramos el tráfico como una actividad comercial, el ánimo de lucro no formaría parte del tipo base, sino que se configuraría como una agravante autónoma en el apartado 3 de la norma en comentario. En este sentido, expresa García Arán que “o se renuncia a la distinción entre tráfico e inmigración, o bien equiparamos el tráfico a “hacer circular”, “trasladar” etc., a las personas, lo que supone forzar la definición de los actos de participación, o bien lo entendemos como actividad comercial con contraprestación, lo que puede vaciar de contenido al tipo básico, puesto que el lucro es elemento de los tipos cualificados.”<sup>2351</sup>

El legislador mediante la incorporación de la inmigración clandestina en el tipo penal no sólo dificulta aún más la delimitación del ámbito punitivo, sino que condiciona la persecución del delito de trata de personas al carácter ilegal del evento migratorio. Podríamos recurrir a la normativa comunitaria para producir la discriminación; sin embargo, la definición del delito de trata de personas del artículo 1 de la Decisión Marco 2002/629/JAI está integrada por elementos que en el artículo del CP español forman parte de las agravantes. Asimismo el concepto de inmigración clandestina contenido en la Decisión Marco no puede ser identificado completamente con el de la normativa penal nacional, ya que el ánimo de lucro no forma parte del tipo básico.<sup>2352</sup>

---

interpretar las referencias legales a esta figura, concibe el tráfico de personas como *las actividades destinadas a la organización de la captación o traslado ilegal de personas de un país a otro, abusando de las condiciones de inferioridad o vulnerabilidad cultural, social o económica, en que se encuentran o son colocadas, realizada con o sin su consentimiento, y con fines lucrativos o de explotación económica, laboral o sexual, o con conocimiento de los mismos.*

No hay acuerdo en la doctrina respecto de qué deba entenderse por tráfico a efectos del art. 318 bis CP. Rodríguez Montañés, T., “Ley de extranjería...”, op.cit., pág. 1738; Sáinz-Cantero Caparrós, J.E., “Los delitos contra...”, op.cit., págs. 88-93; Maqueda Abreu, M.L., “La trata sexual de mujeres extranjeras: una aproximación jurisprudencial”, Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada, núm. 5, 2002, pág. 447, lo identifican con el traslado, tránsito o movimiento de seres humanos, que se realiza en condiciones tales que suponen una lesión a los derechos fundamentales, con independencia del carácter regular o irregular de su *status* migratorio. Otros manifiestan que el tráfico de seres humanos abarca diferentes conductas cuyo denominador común es el beneficio obtenido por la explotación de seres humanos. Baucells Lladós, J., “El tráfico ilegal de personas para su explotación sexual”, en Rodríguez Mesa, M.J., /Ruiz Rodríguez, L., (coords.), *Inmigración y sistema penal...*, op.cit., pág. 195-196, y Cancio Meliá, M., /Maraver Gómez, M., “El derecho penal frente...”, op.cit., pág. 379, afirman que no existe diferencia entre los términos de tráfico y de inmigración clandestina, siendo que como máximo podría afirmarse que el tráfico quedaría reservado para algunos casos en los cuales se produce un desplazamiento de personas en el que los inmigrantes son trasladados por terceros, mientras que la inmigración clandestina quedaría equiparada a que el traslado tenga carácter personal.

<sup>2351</sup> García Arán, M., *Introducción...*, op.cit., pág. 26.

<sup>2352</sup> Cfr. Villacampa Estiarte, C., “Normativa europea y regulación del tráfico...”, op.cit., págs. 101-103.

Si entendemos por inmigración ilegal aquella que se produce con infracción de la normativa reguladora de la materia (art. 25 LOEx) no habría diferencia con el término de tráfico ilegal.<sup>2353</sup> Así las cosas, lo que prohíbe el precepto es *cualquier promoción o ayuda a la inmigración o tráfico ilegal desde, en tránsito o con destino a España, o con destino a otro país de la Comunidad Europea, es decir, de aquella inmigración que se produce a partir del incumplimiento de la normativa que la regula*. Como afirma Maraver Gómez, “existen, en realidad dos interpretaciones posibles acerca de lo que significa “tráfico ilegal de personas. Una primera pasa por considerar que está relacionado con el traspaso ilegal de fronteras, lo que supondría o bien que no puede hablarse de tráfico de personas cuando se realiza dentro de las fronteras de un mismo país o entre países que tiene abiertas sus fronteras, o bien que, en tales casos, el comercio o tráfico de personas no resulta jurídico-penalmente relevante. La otra opción supone entender que el tráfico ilegal de personas consiste, simplemente, en comerciar con personas, y existiría, por tanto, desde el momento en que la persona se convierte en una mercancía. Si lo determinante a ese respecto no es el carácter

---

<sup>2353</sup> En contra de la indistinción por nosotros sostenida, véase el pronunciamiento por parte de la Fiscalía General del Estado mediante la Circular 2/2006: “siguiendo la nomenclatura que inspira los Instrumentos de Naciones Unidas sobre la materia”. En este sentido expresa la Circular que el tipo básico abarca dos modalidades de conducta de muy distinta gravedad: el denominado tráfico ilícito de inmigrantes, consistente en la facilitación de entrada, tránsito o permanencia ilegal de personas en un país, y la trata de personas o tráfico, dirigido a la explotación del migrante recurriendo a medios como la coacción, la amenaza o el abuso de situación de necesidad, o bien que recae sobre menores de 18 años, incluso sin utilizar los medios anteriores. En sentido similar se ha expresado la STS 5602/2005, de 30 de mayo: “una interpretación sistemática nos lleva a establecer claramente que es el propio legislador el que distingue y ya distinguía antes, nítidamente, entre el tráfico ilegal y la inmigración clandestina, considerándolas como dos modalidades distintas”. Pérez Alonso, E., *Tráfico ilegal...*, op.cit., pág. 339. Por su parte Villacampa Estiarte, C., *Normativa Europea y regulación del tráfico de personas...*, op.cit., pág. 99 y ss., advierte que la introducción de la inmigración clandestina junto al tráfico ilegal puede conducir a que este último adquiera dos posibles contenidos: identificarlo con el concepto de trata de seres humanos, con el que tradicionalmente se ha parificado, de manera que las entradas ilegales en territorio de nuestros Estados quedarían, en su caso, abarcadas por el término inmigración clandestina, o bien se identifica el término con el contenido en el protocolo anejo a la convención de Naciones Unidas sobre Tráfico ilícito de Migrantes. La autora prefiere la primera opción, porque de tomarse en consideración la definición del Protocolo se producirían roces con el Derecho positivo del Estado español, pues en el convenio es inherente al traslado la finalidad de obtener directa o indirectamente un beneficio de orden material, cuando el ánimo de lucro constituye un tipo cualificado del precepto español. Pérez Ferrer, F., *Análisis dogmático y político-criminal de los delitos contra los derechos...*, op.cit., págs. 65 ss.; Cugat Mauri, M., “Sujetos protegidos por el delito de tráfico de personas del art. 318 bis CP”, en Rodríguez Mesa, M.J., /Ruiz Rodríguez, L., (coords.), *Inmigración y sistema penal...*, op.cit., pág. 221, quien afirma que nos encontramos ante dos ilícitos distintos, cuya regulación conjunta genera distorsiones desde la perspectiva de los sujetos del delito, ya que supone la exclusión de los españoles, sin justificación alguna. A lo que se agrega los ciudadanos comunitarios luego de la reforma del primer apartado del art. 318 bis CP en el mes de noviembre de 2007; ello, como veremos, generará graves inconvenientes y espacios de impunidad.

ilegal de la entrada o la permanencia en un país, se podrá afirmar que el tráfico ilegal de personas y la inmigración ilegal o clandestina de personas son cosas distintas”.<sup>2354</sup>

Para resolver este interrogante retomaremos las directrices hermenéuticas dadas por los Protocolos anteriormente analizados. En este sentido, mientras que en la versión en inglés puede distinguirse ente tráfico y contrabando, en la traducción al español se equiparan ambos términos, que, a su vez, se distinguen del de trata. Es decir, en el ámbito del artículo 318.1 bis CP, se encuentran identificados ambos conceptos, haciendo referencia al cruce de las fronteras en violación de la normativa regulatoria de la inmigración.

Sentencias recientes del Tribunal Supremo apuntan a la diferenciación de ambos conceptos. Por su parte, con un criterio que ahonda la confusión, la STS de 10 de mayo de 2007 sitúa el origen del artículo 318 bis CP en la Convención de la ONU de 2000 y en sus protocolos adicionales. Ello permite hacer la distinción señalando que protegen bienes jurídicos distintos.<sup>2355</sup>

---

<sup>2354</sup> Maraver Gómez, M., *“Tráfico ilegal de personas e inmigración clandestina (art. 318 bis CP), op.cit., pág. 616.*

<sup>2355</sup> El alto Tribunal afirma, “con los antecedentes normativos habremos de distinguir como bienes jurídicos protegidos en el tráfico ilícito de inmigrantes: a) los derechos que el ciudadano extranjero podría llegar a disfrutar en caso de que su entrada o tránsito por Europa se hubiere realizado en condiciones de legalidad; b) los Derechos individuales que se ponen en peligro por los riesgos inherentes al proceso de entrada, tránsito o establecimiento ilegal: vida, libertad, seguridad, etc.; c) el interés estatal en reforzar la efectividad de las prohibiciones de entrada a efectos del control de los flujos migratorios por su influencia en el mercado de trabajo o en su estructuración social. Por su parte, en la trata de personas lo que se protege no son ya intereses estatales, sino un conjunto de Derechos que el ordenamiento jurídico reconoce a los extranjeros como colectivo específico de ciudadanos, amparándoles frente a los abusos de terceros propiciados por la situación de ilegalidad, lo que supone la instrumentalización del sujeto en aras del beneficio económico que puede proporcionar, resultando en última instancia fundamentalmente atacada la dignidad humana.

Asimismo la STS 302/2007, de 3 de abril, señala que “tráfico ilegal e inmigración clandestina, no son conceptos equivalentes, como se comprueba con la simple lectura del precepto penal que distingue ambos modos de comisión en la descripción del tipo objetivo, máxime aunados con la copulativa “o”. Y tampoco lo son en su misma significación jurídica, pues por tráfico hemos de entender no (simplemente) “tránsito de personas”, sino comercio o aprovechamiento de cualquier clase, ordinariamente con el objeto de obtener un lucro personal o económico, debiendo éste ser ilegal, esto es, contraviniendo la normativa administrativa de fronteras, lo que nos sitúa en un elemento normativo del tipo. Mientras que por inmigración clandestina hemos de entender cualquier burla, más o menos subrepticia, de los controles legales de inmigración, fuera también de cualquier autorización administrativa”. Anteriormente, en STS 2205/2002, de 30 de enero, el Tribunal ha concretado qué ha de entenderse por inmigración clandestina al momento de la aplicación del art. 313.1 CP. En este sentido, la sentencia considera que la inmigración clandestina es aquella que se lleva a cabo al margen de la normativa administrativa que regula la entrada de extranjeros. En el mismo sentido se expresa la STS 739/2003 de 14 de mayo, y la STS 712/2005 de 8 de junio, explica que “la clandestinidad se predica en relación a la defraudación de los controles de inmigración laboral”.

Es insoslayable la dificultad para sostener esta diferenciación,<sup>2356</sup> ya que el tipo básico del artículo 318 bis CP no admite la concurrencia de ninguna de las circunstancias que, en cambio, se sancionan como agravantes en los sucesivos apartados de la norma que estamos comentando; en cuanto a su contenido de injusto no puede diferenciarse de la de inmigración clandestina.<sup>2357</sup> Es decir, que están reguladas como elementos accesorios del delito, que por una parte agravan el contenido del injusto y fundamentan un agravamiento de la pena, pero no configuran la existencia misma del delito.<sup>2358</sup> Este escollo interpretativo surge por no tener en cuenta la diferenciación establecida entre *smuggling*, es decir, contrabando de inmigrantes, y el delito de trata de personas. En la versión en español y en la francesa el concepto de tráfico se equipara al de *smuggling*;

---

Según la STS 994/2005, de 30 de mayo, el término de clandestino puede interpretarse como algo secreto u oculto. Su significado gramatical abarca aquella inmigración que no va a realizarse por los lugares previstos al efecto, y aquella otra que se ejecuta mediante mecanismos tendentes a la ocultación, falsificación, etc. de los requisitos legales. La sentencia también afirma que será constitutiva de inmigración clandestina aquella que se realiza, revistiéndose de una apariencia de legalidad, ocultando a las autoridades la finalidad ilícita con que se lleva a cabo, y que de ser conocida impediría la inmigración. Sin embargo, a través del voto Particular de Martín Pallín, nos encontramos con otra línea argumental: “la interpretación que equipara la entrada clandestina con el acceso a territorio nacional o zona Schengen con documentación absolutamente legal, pero ocultando los verdaderos motivos del viaje no entra en las previsiones del art. 313.1 CP y constituye una interpretación extensiva que choca con el principio de legalidad. La clandestinidad en su sentido gramatical y en su esencia político-criminal, sólo está constituida por la acción de ocultarse de las autoridades”. Sin embargo, al incorporarse la conducta de inmigración clandestina al tipo del art. 318.1 bis CP encontramos sentencias que se expresan en el siguiente sentido: el pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de 13 de julio de 2005, tomó la decisión de considerar constitutivo de delito de inmigración clandestina el hecho de entrar en España –bajo la condición de turista– con el propósito de trabajar, tratándose de personas sin permiso de trabajo o de residencia correspondiente.

En efecto, la STS 1490/2005, de 12 de diciembre, considera que es constitutiva de la conducta delictiva aquella inmigración que se realiza al margen de los requisitos legales dispuestos, ocultando su finalidad ilícita que, de haber sido conocida, hubiera impedido la entrada. Por su parte, la STS 1595/2005, de 30 de diciembre, considera que “no requiere que se trate de una inmigración oculta, sino que basta, como en el presente caso acontece, con que ese ingreso en nuestras fronteras se lleve a cabo encubriendo su verdadero carácter, haciendo pasar por turistas a quienes, en realidad, venían a dedicarse al ejercicio de la prostitución.”

<sup>2356</sup> Los elementos constitutivos del delito de trata en la definición ofrecida por la Decisión Marco 2002/629/JAI en su art. 1, forman parte de las agravantes del artículo 318 bis, mientras que la definición de inmigración clandestina se identifica con el contenido en el tipo básico.

<sup>2357</sup> Cfr. Torres Fernández, M.E., “El tráfico de personas con fines de inmigración ilegal del artículo 318 bis del Código Penal”, en *La Ley*, Año XXVII, núm., 6491, 26/V/2006, pág. 2. Asimismo, ya con anterioridad a la reforma introducida por la LO 11/2003, la Fiscalía General del Estado, en la Circular 1/2002 de 19 de febrero, sobre aspectos civiles, penales y contencioso-administrativos de la intervención del Fiscal en materia de extranjería, proponía la asimilación entre ambos conceptos, incluyéndose “todos los supuestos en que se lleva a cabo el traslado de personas de forma ilícita, es decir, sin sujetarse a las previsiones que se contiene para la entrada, traslado o salida en la legislación sobre extranjería.”

<sup>2358</sup> Pérez Alonso, E., *Tráfico de personas...*, op.cit., pág. 303.

mientras que el concepto de *trafficking* se traduce también como delito de tráfico para definir los casos que, como hemos apuntado anteriormente, la sanción no recae sobre el carácter ilegal del cruce de fronteras, sino en la modalidad y finalidad, la trata.<sup>2359</sup>

Pese a lo cual, Villacampa Estiarte, aun cuando coincide con aquella opinión, estima que “se impone la necesidad de hallar una interpretación que evite vaciar de contenido el tipo básico del delito, puesto que el recurso a la normativa comunitaria a que se alude en la exposición de motivos de la LO 11/2003 como fundamento de la modificación de poco sirve para determinar el contenido del término “inmigración clandestina.”<sup>2360</sup>

La deficiente técnica legal del artículo 318 bis CP, no permite una interpretación *de lege lata* que permita efectuar una distinción entre ambos conceptos; a pesar de que en la expresión de motivos de la ley de reforma que introduce la inmigración clandestina, el legislador invocó la necesidad de la incorporación de los instrumentos internacionales y europeos que refieren a las materias en cuestión.<sup>2361</sup>

En este sentido, si bien no son susceptibles de ser distinguidos el tráfico de personas y la inmigración clandestina,<sup>2362</sup> sí ha quedado resuelta, en virtud de la

---

<sup>2359</sup> Cancio Meliá, M., /Maraver Gómez, M., “*El Derecho español...*”, op. cit., pág. 357; en contra Mayordomo Rodrigo, V., *El delito de tráfico....*, op.cit., pág. 111.

<sup>2360</sup> La autora, en “*Normativa Europea....*”, op.cit., págs. 102-103, continúa su exposición aduciendo que “una exégesis de este término que lo desvincule lo menos posible de la protección de la dignidad humana, de comportamiento realizado sobre quienes se hallan en una situación genérica de necesidad, aun a riesgo de restringir más allá de lo que pretende la normativa comunitaria el concepto de inmigración clandestina, puede evitar la absoluta formalización del tipo contenido en el art. 318 bis CP”. Considera además, de *lege ferenda*, que lo más adecuado sería observar las demandas armonizadoras de la Unión Europea distinguiendo la inmigración ilegal y la trata de seres humanos, de modo que se evitará incluir en el tipo básico cualquier traslado geográfico que implique el incumplimiento de la normativa administrativa, manteniendo la atipicidad de conductas aparentemente típicas realizadas con fines humanitarios o altruistas.

<sup>2361</sup> En contra, Pérez Alonso, E., *Tráfico de personas...*, op.cit., pág. 304, que propugna un razonamiento metodológico distinto al realizado hasta ahora, en los siguientes términos: “según parece, son las circunstancias agravantes contenidas en el artículo 318 bis. 3 las que van a determinar la materia de prohibición penal en el delito de tráfico o trata de personas y en el de inmigración clandestina. Estos conceptos típicos se interpretan de forma negativa con base en el contenido que les permiten los tipos agravados, y por ello apela al principio de inherencia de las circunstancias del art. 67 CP, por medio de lo cual, tanto el ánimo de lucro como el engaño, serían inherentes a los conceptos del tipo básico”. Y por ello entiende más adelante que la circunstancia agravante relativa al ánimo de lucro prevista en el art. 318 bis 3 CP no sería de aplicación al delito de inmigración clandestina recogido en el tipo básico *in fine*. Asimismo, las demás agravantes referidas a los medios comisivos no serían de aplicación al delito de trata o tráfico ilegal de personas del tipo básico. No podemos coincidir con el autor, ya que a nuestro juicio parte de la indistinción entre los delitos de tráfico y trata, lo cual hemos inhabilitado hermenéuticamente en virtud del estudio de la normativa europea e internacional regulativa de la materia.

<sup>2362</sup> Cancio Meliá, M.,/Maraver Gómez, M., “*El Derecho....*”, op.cit., pág. 357 proponen de *lege ferenda* la distinción de los conceptos en igual sentido García Arán, M., *Introducción.....*, op.cit., pág. 11.

definición acuñada por el Protocolo, la diferencia con el delito de trata de personas. Sin embargo, desde la derogación del artículo 188.2 CP, esa conducta no está expresamente contemplada en la actualidad.<sup>2363</sup>

En la redacción del artículo 318 bis CP encontramos que el legislador ha configurado un híbrido impugnabile, no obstante, comprensible si atendemos a las derivas político-punitivas y a sus aparentes contradicciones.<sup>2364</sup> En el primer inciso del artículo se castiga el tráfico de personas y la inmigración clandestina, mientras que en los sucesivos apartados se encuentran elementos que forman parte tanto del delito de tráfico como del delito de trata de personas;<sup>2365</sup> lo cual produce que sólo se castigarán estas conductas (que configuran las agravantes del tipo básico) en caso de que se produzca la entrada de forma ilegal, es decir, previa violación de la normativa administrativa que regula la materia de extranjería, reduciéndose el ámbito de aplicación del delito de trata de seres humanos, donde resulta instrascendente el carácter legal o ilegal de la entrada o residencia.<sup>2366</sup> Todo lo cual provocará graves situaciones de impunidad ante la violación de derechos fundamentales, vgr. el caso de trata de ciudadanos rumanos o de cualquier otro miembro de la UE o de aquellos ciudadanos de países que poseen visado de turista para entrar en Europa.<sup>2367</sup>

Toda la confusión habida, nos invita a escudriñar el “bien jurídico protegido”<sup>2368</sup> bajo los postulados político-criminales que hemos presentado en el capítulo anterior. Partimos del carácter limitador del bien jurídico, no de su instrumentalización como un elemento legitimante de la potencia punitiva donde la pena adquiere un sentido policial preventivo.<sup>2369</sup> En este sentido, habremos de producir un análisis conducente a denunciar el bien jurídico “protegido” por el tipo base del artículo 318 bis CP.

En efecto, partimos de la premisa de que la ley penal sólo eventualmente individualiza alguna acción que afecta de cierto modo particular al bien jurídico

---

<sup>2363</sup> En el mismo sentido, Cancio Meliá, M., /Maraver Gómez, M., La trata de seres humanos deja de ser considerado un delito contra la libertad sexual para ubicarse en el ámbito de los delitos contra los ciudadanos extranjeros, sancionada como apartado 2 del artículo 318 bis CP, con la reforma de la LO 11/2003. En opinión de Martínez Escamilla, M., *El delito...*, op.cit., pág. 47, nos encontramos frente a una norma penal en blanco, que deberá ser completada mediante el recurso a la ley de extranjería y a la normativa complementaria. Desde nuestro punto de vista el delito de trata no se encuentra sancionado, quedando desprotegidas las personas, todas las personas y no sólo los inmigrantes.

<sup>2364</sup> En particular, véase la exposición de motivos de la reforma introducida por la LO 11/2003.

<sup>2365</sup> Villacampa Estiarte, C., *“Normativa europea y regulación del delito de tráfico...”*, op.cit., pág. 103.

<sup>2366</sup> Cancio Meliá, M.,/Maraver Gómez, M., *“El Derecho español...”*, op.cit., pág. 357.

<sup>2367</sup> Véanse Cugat Mauri, M., *“Sujetos protegidos por el delito de tráfico de personas del art. 318.1 bis CP”*, op.cit., pags. 203 ss.; de la misma *“Las repercusiones de la incorporación de Rumania y Bulgaria a la CE en la interpretación del delito de tráfico de extranjeros (art. 318 bis CP): Comentario a la STS de 29 de mayo de 2007”*, La Ley, núm. 6873, 2008.

<sup>2368</sup> Por todos, Daunis Rodríguez, A., *“Política migratoria y Derecho: análisis y juicio crítico de una relación perversa”*, pág. 142.

<sup>2369</sup> Véase *supra* 2.2.b., 2.7, 2.7.e.

debido a que, de conformidad con los principios de fragmentariedad y *última ratio*, nunca se puede brindar una tutela omnicomprensiva. Aun con la pretendida limitación de la potencia punitiva que se derive del principio de subsidiariedad, la tutela dependerá “de la medida en que la *última ratio* sea acogida por la decisión política criminalizante siempre determinadas por coyunturas de poder: *las emergencias desnudan la contingencia de la última ratio.*”<sup>2370</sup>

En el transcurso del presente trabajo hemos ido construyendo la argumentación en virtud de la cual la pérdida del carácter de ciudadano frente a un Estado que responde a los intereses del capital transnacional configura una variable insoslayable para el análisis y, de ello se deriva la pérdida del *espacio público y de lo público como tal*. Luego, la ley ya no oficia de dadora de orden y legitimidad a la actuación, sino que adopta la forma del contrato,<sup>2371</sup> produciéndose así la *privatización* tanto del instrumento como de las partes que lo suscriben.<sup>2372</sup>

En este contexto no resulta extraña la *desmaterialización* del contenido limitador del bien jurídico.<sup>2373</sup> Éste actuaba como límite a la actividad legiferante penal en un Estado que tenía previstas para el desenvolvimiento de sus funciones ciertas reglas. Las reglas han cambiado, ya no son las leyes como producto de la deliberación democrática, sino que se han transformado en las reglas del capital. Estas últimas son las que pretenden la definición del nuevo tablero de juego global, donde el Estado, como hemos puesto de relieve, no es la figura central, sino que pasa a ser un jugador más en el entramado global. En virtud de ello, no es *el espacio público* donde habrán de configurarse las reglas que rijan la convivencia y las interacciones sociales, lo cual se *traducirá* en la pérdida del carácter crítico y garantista del bien jurídico, como “lo público” que la norma penal establece como *materia* afectada por las conductas tipificadas.

Así, el bien jurídico comprendido como el *locus intersubjetivo* del Estado social y democrático de Derecho, cambia de *ratio*, y con ello deviene el instrumento idóneo para la asunción de las políticas punitivas simbólicas y autoritarias de las últimas décadas.<sup>2374</sup> Si el bien jurídico protege *las funciones de la Administración (dominus)*, se produce la *instrumentalización* de la ley penal bajo los cánones del eficientismo técnicoadministrativo –*administrativización*–.<sup>2375</sup>

---

<sup>2370</sup> Zaffaroni, E.R., /Alagia, A., /Slokar, A., *Derecho penal. Parte general*, op.cit., pág. 487.

<sup>2371</sup> Terradillos Basoco, J.M., “*Sistema penal e inmigración*”, op.cit., pág. 1465.

<sup>2372</sup> Véanse *supra* puntos 1.9; 2.7.a; 4.3; 5.2.a y b.

<sup>2373</sup> Cfr. Müssig, B., “*Desmaterialización...*”, op.cit., pags. 170 ss.; asimismo véase 4.8.

<sup>2374</sup> Cfr. Soto Navarro, S., *La protección...*, op.cit., 191, calificando al bien jurídico como “coartada ideológica”. Véase *supra* 5.8; 5.9.

<sup>2375</sup> Véase *infra* 6.10.

## 6.5.b. Análisis del bien jurídico del inciso primero del artículo 318 bis CP

Debido a que el bien jurídico constituye el límite de la intervención punitiva estatal dentro del marco creado por el Estado social y democrático de Derecho,<sup>2376</sup> es insoslayable que nos aboquemos al análisis de éste como paso previo a poder verificar si la conminación penal de la conducta del tráfico ilegal se da de conformidad con los postulados constitucionales dispuestos en aras a delimitar la potencia punitiva, para en caso negativo, hacer las críticas que se consideren pertinentes, como resultado de los argumentos que se han ido exponiendo a lo largo del trabajo.

El bien jurídico es un instrumento técnico jurídico<sup>2377</sup> a través del cual pueden producirse procesos de empoderamiento<sup>2378</sup> de los presupuestos esenciales de la convivencia, y éste es de suma importancia a la hora de poder definir las conductas que resultarán atentatorias contra los mismos, cuya determinación influirá decisivamente a la hora de analizar los distintos estratos de la teoría del delito.<sup>2379</sup>

Este precepto, al ser el producto de la regulación de un fenómeno tan complejo, no podía escapar a las dificultades que se presentan cuando ésta se desenvuelve en un contexto político que opera en términos de utilidad y eficacia,<sup>2380</sup> como tampoco podía escapar a la multiplicidad de argumentos esgrimidos por la doctrina a fin de “encontrar” cuál es el bien jurídico protegido en la norma.<sup>2381</sup>

---

<sup>2376</sup> García Pablos, A., “Tendencias del actual Derecho penal” en AA.VV., *Modernas tendencias en la ciencia del Derecho penal y la Criminología*, op.cit., pág. 39-59; trayendo a colación las afirmaciones de Stratenwerth, estima que la valoración racional de los objetivos del Derecho penal constituye una de las notas distintivas del moderno Derecho penal. Éste redefine, en consecuencia sus metas y objetivos, los criterios de intervención del mismo y los medios e instrumentos idóneos, evaluando, desde luego, la racionalidad en función de su efectividad y coste social. Son tres los objetivos que fundan el proceso de la valoración racional: subrayar su naturaleza instrumental, trazar límites ciertos y seguros a su intervención y evaluar científicamente el impacto real de ésta.

<sup>2377</sup> Díez Ripollés, J.L., “La contextualización del bien jurídico protegido”, en Díez Ripollés, J.L., *Política Criminal y Derecho Penal. Estudios.*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, pág. 34; Soto Navarro, S., *La protección penal de los bienes.*, op. cit., pág. 49.

<sup>2378</sup> De conformidad con los términos expuestos *supra* 2.5.d y 2.7.

<sup>2379</sup> Fernández, G., *El bien jurídico y el sistema del delito*, op.cit., págs. 150 ss.

<sup>2380</sup> Gascón Abellán, M.F., “Nosotros y los otros: el desafío de la inmigración”, en *Jueces para la democracia*, nº 40, 2001, pág. 3.

<sup>2381</sup> En el mismo sentido, Cancio Meliá M., /Gómez Maraver, M., “El Derecho penal...”, op.cit., pág. 368, plantean que el problema “es que se ha optado para ello por una interpretación del bien jurídico protegido que, además de no aportar una mayor coherencia sistemática, corrige en exceso la literalidad del precepto. Lo que resulta, en realidad, es una relación de tensión entre lo que parece decir el precepto y lo que se considera que debe decir en atención al bien jurídico protegido. Se produce, en definitiva una paradoja según la cual el delito no sólo presenta deficiencias técnicas, sino que, además, protege algo distinto de lo que, a todas luces parece proteger. Eso es lo que ocurre, concretamente, cuando se afirma, tal y como hace un importante



Porque se discute,<sup>2382</sup> y aquí estimamos que reside lo esencial de la cuestión, si la norma protege un interés estatal en regular los flujos migratorios,<sup>2383</sup> o si este precepto conmina las acciones que lesionan los derechos de los inmigrantes objeto de tráfico ilegal,<sup>2384</sup> donde también encontramos

---

sector de la doctrina, que lo que se protege en este delito son los Derechos o la dignidad de los ciudadanos extranjeros.”

<sup>2382</sup> Así Zúñiga Rodríguez, L., *“El inmigrante como víctima. Contradicciones del tratamiento penal”*, op.cit., pág. 125, afirma que “la discusión sobre el objeto de protección de esta norma (...) es densa y compleja, dado que un solo tipo penal se ha intentado atender a disímiles factores, en el que cobran un peso específico variables políticas y sociales. Así, mientras para algunos autores el acento del objeto de protección está en los Derechos de los extranjeros derivados de su condición de persona y de ciudadano, para otros se trata más bien de un bien jurídico de carácter colectivo vinculado a la potestad del Estado de regular los flujos migratorios, así como los bienes jurídicos que pueden verse en peligro, que son los Derechos de los extranjeros.”

<sup>2383</sup> De acuerdo con que el bien jurídico sea el interés del Estado en controlar los flujos migratorios: Arroyo Zapatero, L., *“Propuesta de un eurodelito de trata de seres humanos”*, en Arroyo Zapatero, L., /Berdugo Gómez, I., (coords.) *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos*, Vol. 2, Ediciones de las Universidades de Castilla la Mancha-Salamanca, La Mancha-Salamanca, 2001, págs. 32 ss.; Guardiola García, J., *“Tráfico ilegal o inmigración clandestina de personas: comentario a la reciente reforma del artículo 318 bis del CP”*, en *Revista de Derecho penal y Proceso Penal*, núm. 13, 2005, págs. 13-32; Torres Fernández, M.E., *“El tráfico de personas con fines de inmigración ilegal del artículo 318 bis CP”*, en *La Ley*, 2006-3, págs. 1736-1751. Aun asumiendo que ese es el bien jurídico que protege la norma, pero estimando que no puede ser considerado objeto de tutela penal: Ortubay Fuentes, M., *“El impreciso concepto de tráfico ilícito de personas o la mentalidad de la fortaleza citiada”*, en Echano Basaldúa, J.I., (coord.), *Estudios jurídicos en memoria de José María Lidón*, Universidad del Deusto, Bilbao, 2002, págs. 421-456; Álvarez Álvarez, G., *“La protección contra la discriminación del extranjero en el Código Penal”*, en Moya Escudero, M., (coord.), *El extranjero en el Derecho penal español sustantivo y procesal (Adaptado a la nueva ley orgánica 4/2000)* Manuales de Formación continuada, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999, 301-357; De Prada Solaesa, J.R., *“A propósito del régimen jurídico sancionador referido a la lucha contra la inmigración clandestina y el tráfico de seres humanos”*, en *Jueces para la Democracia*, núm. 43, 2002, págs. 72-81; Daunis Rodríguez, A., *“Reflexiones en torno a los problemas de aplicación e interpretación del artículo 318 bis del Código Penal”*, op.cit. págs. 679 y ss; Lorenzo Copello, P., *“Últimas reformas en el Derecho penal de extranjería: un nuevo paso en la política de exclusión”*, en *Jueces para la Democracia*, núm. 50, 2004, págs. 30-35; López Cervilla, J.M., *“El extranjero como víctima del delito. Análisis de los tipos penales (Artículos 318 bis, 313.1 y 312.2.2º del Código Penal)”*, Centro de Estudios Jurídicos, Ministerio de Justicia, 2004, disponible en [www.cej.justicia.es](http://www.cej.justicia.es); Sánchez García de Paz, I., *“La protección penal de los derechos de los ciudadanos extranjeros”*, en *La Ley*, nº 6254, 17 de agosto de 2005, págs. 1 ss.; Cancio Meliá, M., / Maraver Gómez, M., *“El Derecho penal...”*, op.cit., pág. 373.

<sup>2384</sup> Entre quienes consideran que el bien jurídico del apartado primero del artículo 318 bis CP es la dignidad del migrante sometido a tráfico se encuentran, la postura de Serrano Piedecabras, J.R., *“Los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros”*, en Moya Escudero, M., (coord.), *El extranjero en el Derecho Penal español sustantivo y procesal (adaptado a la nueva LO 4/2000)*, Manuales de formación continuada, núm. 5, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999, págs. 359-398; del mismo, *“La protección penal de los derechos de los ciudadanos extranjeros”*, en González Rus, J.J., (coord.), *El Código Penal de 1995, cinco años después. Jornadas de Derecho Penal*, págs. 75-78 y *“Los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros”*, en Lorenzo Copello, P., (dir.), *Inmigración y Derecho penal...*, op.cit., págs. 309-344; Rodríguez Mesa, M.J., *Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros*, Tirant lo blanch, Valencia, 2001; Rodríguez Montañés, T., *“Ley de extranjería*

posturas eclécticas que consideran que se protegen ambos simultáneamente. En este sentido, está fuera de discusión que algunas -ya que no todas- de las circunstancias que se erigen como agravantes del tipo básico, constituyen violaciones a los derechos de los migrantes. La discusión está precipitada entonces respecto de la tutela pretendida por el primer apartado del artículo 318 bis CP y, cuestión enlazada con aquella, si ésta es legítima.

El debate doctrinal deriva de las indeterminaciones que ostenta la redacción típica, frente a un Título XV bis que reza “Delitos contra los ciudadanos extranjeros”; a partir de lo cual podría interpretarse que lo que intenta protegerse son los Derechos de los migrantes frente al tráfico de personas y la inmigración clandestina. Más claramente, lo que se trata de averiguar es qué conductas quedarán comprendidas dentro de los verbos típicos de “favorecer, promover o facilitar” el tráfico ilegal o la inmigración clandestina que lesionen o pongan en peligro los derechos de los ciudadanos extranjeros. Ahora bien, aquello se ve seriamente dificultado en virtud de que ninguna situación de peligro o lesión a los derechos de los inmigrantes objeto del tráfico queda comprendida dentro del precepto.<sup>2385</sup>

Para el caso de la inmigración clandestina o el tráfico ilegal de personas, se trataría de un delito de peligro abstracto para la política migratoria establecida en función de la soberanía estatal. La lesión del interés estatal en la ordenación y control de los flujos migratorios, sólo llegaría a producirse en la medida en que se verifique la sucesión y acumulación de conductas que, individualmente, resultan inocuas.<sup>2386</sup>

---

*y Derecho Penal*”, op.cit.; Sáinz-Cantero Caparrós, J.E., *Los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros*, Atelier, Barcelona, 2002; del mismo “*Sobre la actual configuración de los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros*”, en Carbonell Mateu, J.C., (coord.), *Estudios Penales en Homenaje al Prof. Dr. Cobo del Rosal*, Dykinson, Madrid, 2005, págs. 795-806; Guanarteme Sánchez Lázaro, F., “*El nuevo delito de tráfico ilegal de personas*”, en Laurenzo Copello, P., (dir.), *Inmigración y Derecho Penal*, op.cit., págs. 287-308; De León Villalba, F.J., “*Inmigración ilegal y tráfico de seres humanos*”, en Arroyo Zapatero, L., et.al., *La orden de detención...*, op.cit., págs. 161-174; del mismo, “*El marco europeo de lucha contra el tráfico de personas y la legislación sancionadora española*”, en Boletín de Información del Ministerio de Justicia, año 60, núm. extra 2015, 2006, págs. 108-118; Pérez Cepeda, A.I., *Tráfico internacional...*, op.cit.; Villacampa Estiarte, C., *Comentarios...*, op.cit.; Padilla Alba, H.R., “*El delito de tráfico ilícito de personas tras su reforma por la LO 11/2003 de 29 de septiembre*”, *La Ley*, núm. 14, 2005, págs. 5-23; Pérez Ferrer, F., *Análisis dogmático y político-criminal de los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros*, Dykinson, Madrid, 2006; García Arán, M., “*Esclavitud y tráfico de seres humanos*”, en Octavio de Toledo y Ubieto, E., /Gurdiel Sierra, M., /Cortés Bechiarelli, E., (coords), *Estudios Penales en Recuerdo del Profesor Ruiz Antón*, Tirant lo Blanch, Valencia 2003, págs. 360 ss.; García Arán, M., / Jiménez Villarejo, C., /Morón Lerma, E., “*Los tipos acogedores.....*”, op.cit., 246 ss.

<sup>2385</sup> Olaizola Nogales, I., “*Delitos contra los Derechos de los ciudadanos extranjeros (art. 318 bis del Código Penal)*”, en Iglesias Canle, I.C., (dir), *Inmigración y Derecho*, op.cit., pág. 184; Ortubay Fuentes, M., “*El impreciso concepto de tráfico ilícito de personas o la mentalidad de fortaleza sitiada*”, op.cit., pág. 448.

<sup>2386</sup> En el mismo sentido, Pérez Alonso, E., *Tráfico de personas...*, op.cit., pág. 382; Martínez Escamilla, M., *La inmigración...*, op.cit., pág. 124.

De la diferencia señalada respecto del tráfico y la trata de personas, resulta que para el segundo caso nos encontramos frente a un delito de lesión de un bien jurídico individual. Las condiciones típicas que hacen a la trata de seres humanos, es decir los medios y los fines con que se realiza, son las que producen la lesión de bienes jurídicos como la libertad, la vida, la dignidad, la integridad física, la integridad moral, la libertad sexual.

Es por ello que, las circunstancias tipificadas como agravantes en los subsiguientes incisos, como el ánimo de lucro, el peligro para la vida o para la integridad, la consideración de los fines de explotación sexual, o circunstancias que atañen a un nivel de inferioridad del migrante, en cuanto concurren, dejan de hacer operativo el tipo básico.<sup>2387</sup>

Veamos ahora las respuestas que ha ido dando la doctrina respecto de las dificultades expuestas.

A partir de interpretar que la falta de control restrictivo respecto de las inmigraciones irregulares podría deteriorar las posibilidades de integración social, a la vez que provocar un menoscabo de los derechos de los inmigrantes “legales” ya asentados,<sup>2388</sup> Arroyo Zapatero considera que lo que se trata de tutelar es la política migratoria del Estado.<sup>2389</sup> Lo que el precepto intenta, a través de la gestión de los flujos migratorios, según el autor, es prevenir problemas sociales, preservar la identidad cultural de una sociedad, siendo sus fines prioritarios la conservación del mercado laboral y las prestaciones sociales;<sup>2390</sup> por parte de un Estado que vería desbordada su capacidad asistencial y financiera debido a la presión migratoria.<sup>2391</sup>

En el mismo sentido se expresa Ortega Martín, al considerar que no se trata de la protección de los “Derechos de los extranjeros”, sino de proteger el interés público por medio del control de las fronteras, concretado en el control de la población migrante. En cierta medida, se protege también a la sociedad española frente a las posibles consecuencias negativas que una inmigración descontrolada puede provocar en una pluralidad de ámbitos como el económico, la actividad prestacional, etc.;<sup>2392</sup> se acerca con esta postura al planteamiento de Arroyo Zapatero.

Para el autor en comentario, el bien jurídico tutelado sería el interés vital del Estado -en la medida que estaríamos frente a conductas que supondrían una amenaza a la estabilidad sistémica del cumplimiento de las funciones-, de

---

<sup>2387</sup> En igual sentido, Martínez Escamilla, M., *La inmigración como delito...*, op.cit., págs. 45 ss.

<sup>2388</sup> Sequeros Sazatornil, F., “El marco penal de la inmigración”, en *Actualidad Penal*, nº 39, 2000, pág. 844.

<sup>2389</sup> Arroyo Zapatero, L., “Propuesta de un eurodelito de trata de seres humanos”, op.cit., págs. 32 ss.

<sup>2390</sup> En el diario *El País* de 13 de noviembre de 2007, pág. 42.

<sup>2391</sup> Arroyo Zapatero, L., “Propuesta de un.....”, op.cit., págs. 32 ss.

<sup>2392</sup> Ortega Martín, E., *Manual de Derecho de Extranjería...*, op.cit., pág. 298.

mantener incólume antiguas formas de soberanía.<sup>2393</sup> En este sentido, se expresa Rodríguez Mesa, quien considera que el bien jurídico protegido por el tipo básico nunca puede ser el control de los flujos migratorios, ya que ello conllevaría la punición de la violación de la normativa reguladora de las condiciones que hacen a la “legalidad” de la inmigración. Con aquella interpretación, la esquizofrenia<sup>2394</sup> del precepto aumenta considerablemente. En consecuencia, sostiene Álvarez Álvarez que sólo de forma indirecta se protegen los derechos de los ciudadanos extranjeros, que no son utilizados más que como señuelo para tranquilizar la conciencia del legislador.<sup>2395</sup>

El primer infractor de la legislación de extranjería es el inmigrante;<sup>2396</sup> sin embargo, el art. 318 bis CP lo presenta como víctima del tráfico. Así las cosas, aceptar que el bien jurídico protegido por la norma de referencia pueda llegar a ser el control de los flujos migratorios, es decir, la protección del cumplimiento de la normativa administrativa, da lugar, a un fenómeno bastante concurrente en nuestros días: la administrativización del Derecho penal <sup>2397</sup> y, además, esta concepción alberga inconsecuencias inaceptables. En este sentido, se produce la indistinción entre el ámbito penal y el administrativo, mientras que el Derecho penal se aboca a la protección de las funciones del correcto funcionamiento para el mantenimiento del sistema, como producto de la política punitiva del Estado técnicoadministrativo.<sup>2398</sup>

Por su parte, Serrano Piedecabras considera que el bien jurídico tutelado por el artículo es el Derecho de todo migrante legal a alcanzar una plena integración social, condición que no puede darse cuando el inmigrante es objeto

---

<sup>2393</sup> Coinciden con la postura de Ortega Martín, E., op.ult.cit.; y Arroyo Zapatero, L., op.ult.cit.; Palomo del Arco, S., “*Criminalidad organizada y la inmigración ilegal*”, en Pérez Granados, C., (dir.), *La criminalidad organizada. Aspectos sustantivos, procesales y orgánicos*, Cuadernos de Derecho Judicial, II, 2001, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2001, págs. 175 ss., -no obstante, el autor matiza la afirmación cuando sugiere que en los tipos agravados se pretende proteger la dignidad del ciudadano extranjero en su actividad de inmigración-; De Prada Solaesa, J.R., “*A propósito del régimen jurídico sancionador referido a la lucha contra la inmigración clandestina y el tráfico de seres humanos*”, Jueces para la democracia, núm. 43, 2002, págs. 78 ss.

<sup>2394</sup> Calificación que efectúa Asúa Batarrita, A., “*La expulsión del extranjero como alternativa a la pena: incongruencias de la subordinación del Derecho penal a las políticas de control de la inmigración*”, en Lorenzo Copello, P., (coord.), *Inmigración y Derecho penal...*, op.cit., pág. 19.

<sup>2395</sup> Álvarez Álvarez, G., “*La protección contra la discriminación del extranjero en el Código Penal*”, op.cit., pág. 355.

<sup>2396</sup> El artículo 54.1.b) de la LO 4/2000, reformado por LO 8/2000 y por LO 14/2000, establece como infracción administrativa grave el favorecimiento de la inmigración clandestina. Por su parte el artículo 57 (LO 4/2000) castiga directamente al inmigrante que se encuentran irregularmente en el territorio español.

<sup>2397</sup> Cfr. Rodríguez Mesa, M.J., *Delitos contra los Derechos...*, op.cit., pág. 56.

<sup>2398</sup> La STS 407/1998, de 15 de octubre, afirma que “el Código Penal no puede cosificar al extranjero, tratándolo como un mero objeto de los flujos migratorios. El Derecho está al servicio de las personas y con la protección de las condiciones para que puedan ejercer los Derechos, se le está protegiendo para que, como persona, pueda ejercer los Derechos que le reconoce el ordenamiento jurídico.”

del tráfico ilegal; la materialidad del injusto reside en la privación o el menoscabo que sufre la persona de los derechos reconocidos en el Título I de la Constitución Española. Interpretación que construye a partir de entender que el precepto aparece con la reforma de la LO 4/2000, a la que se denomina como Ley de los Derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, por lo cual el fundamento del precepto se encuentra en la protección de aquélla. El autor entiende que en los supuestos en que concurre el art. 313.1 CP “la dignidad menoscabada del trabajador extranjero no es más que un supuesto particular de un fenómeno mucho más general.”<sup>2399</sup> En este sentido afirma que la entrada irregular, sin respetar los requisitos dispuestos al efecto, puede resultar perjudicial para una futura inserción e integración social.<sup>2400</sup>

Esta postura es criticable en tanto que es el previo condicionamiento operado por la ley el que establece la irregularidad del migrante, no el tráfico o la inmigración clandestina.<sup>2401</sup> De nuevo asistimos a la conversión de efectos en causas, tan cara a la lógica actuarial, donde el carácter complejo del fenómeno que este precepto pretende “gestionar”, mediante la asunción de políticas netamente represivas, basadas en la construcción de fronteras intraspasables por parte de la legislación, deriva en la “deshumanización” de estos sujetos, para ser vistos sólo desde el punto de vista de rentabilidad económica. En concordancia con ello, no es extraño que el migrante pierda su carácter de sujeto de Derecho, para convertirse en una variable más del cálculo de coste-beneficio para el mercado y que, como tal, su “dignidad como ser humano” quede determinada por su carácter de regular o clandestino, mientras que la pertenencia a esta última calificación lo priva de derechos fundamentales<sup>2402</sup> que por su carácter de persona le son inherentes.

Criticando la construcción de Serrano Piedecosas, Rodríguez Mesa considera que el artículo 318 bis CP confiere la protección al *status legal del extranjero*, considerándolo como un bien jurídico colectivo,<sup>2403</sup> y afirma que lo que

---

<sup>2399</sup> Serrano Piedecosas, J.R., “Los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros”, op.cit., pág. 385.

<sup>2400</sup> Serrano Piedecosas, J.R., “Los delitos contra los Derechos de los ciudadanos extranjeros..”, op.cit., pág. 332. De la misma opinión, teniendo en cuenta que la afirmación que producen los autores está referida a la redacción típica anterior a la reforma de 2003, Sáinz Cantero Caparrós, J.E., *Los delitos contra los derechos...*, op.cit., pág. 70; Conde Pumpido Tourón, C., “Delitos contra los derechos de los extranjeros”, op.cit., pág. 297.

<sup>2401</sup> Cancio Meliá, M., /Maraver Gómez, M., “El Derecho penal ante la inmigración”, op.cit. , págs. 369-370.

<sup>2402</sup> Críticos con esta postura Zúñiga Rodríguez, L., “El inmigrante como víctima...”, op.cit., pág. 125, nota 48; Daunis Rodríguez, A., “Regulación penal....”, op.cit., pág. 113; Rodríguez Mesa, M.J., *Delitos contra los ciudadanos...*, op.cit., pág. 57, quien observa que la integración social no puede ser protegida, en tanto que se trata de un Derecho y no de una obligación del inmigrante; de la misma “El sistema penal frente al reto de la inmigración clandestina”, op.cit., pág. 853; Pérez Cepeda, A.I., *Globalización, tráfico internacional...*, op. cit., pág. 166.

<sup>2403</sup> Esta autora realiza el primer trabajo monográfico sobre la materia una vez acaecida la incorporación al CP del Título XV Bis, introducido por la LO 4/2000. Siguiendo la SAP de Girona

se trata de proteger es “un espacio vital y libre de abusos, que garantice que los extranjeros puedan vivir en una cierta y digna libertad al poder ejercer sus Derechos.”<sup>2404</sup> En este sentido se deduce que la autora identifica el bien jurídico digno de protección con las necesidades reales de los individuos, sin embargo, en la medida en que la situación de ilegalidad del migrante está predeterminada por haber sido objeto de tráfico ilegal, cuando menos éste puede poner en peligro la satisfacción de las necesidades básicas. La autora entiende que se trata de un interés colectivo perteneciente a los ciudadanos extranjeros.<sup>2405</sup>

En este caso, serían los Derechos que tienen los extranjeros legales y de los que carecen los irregulares, en virtud de que los Derechos de estos últimos han sido puestos en riesgo mediante la conducta del traficante. Compartimos la crítica de Pérez Cepeda, cuando afirma que “el Derecho penal no puede tutelar un estatuto privilegiado que conlleva la exclusión de los inmigrantes irregulares,”<sup>2406</sup> la misma que hace extensible a Serrano Piedecosas.

Tanto el argumento de Serrano Piedecosas como el de Rodríguez Mesa terminan por legitimar el hecho de que las leyes referidas a extranjería tengan un carácter cada vez más limitativo de los Derechos fundamentales. No puede erigirse a la categoría de bien jurídico protegido la discriminación efectuada por el Estado entre aquellos que cumplen con los requisitos para ser considerados “legales” y aquellos que no.<sup>2407</sup> Como afirman Cancio Meliá y Maraver Gómez “el bien jurídico, en definitiva no puede estar representado por unos derechos que no existen”, sobre todo porque la interpretación objeto de crítica no puede articular una reducción de la conducta típica.<sup>2408</sup>

Con parecidos argumentos, Pérez Cepeda critica esta postura, porque considera que asume no una situación *de facto*, sino jurídica, no obstante tener en

---

407/1998 de 15 de octubre, según la cual al realizar un análisis del delito de inmigración clandestina de trabajadores, en su fundamento 4º afirma que “se trata de proteger penalmente un espacio libre de abusos que garantice a los trabajadores que van a poder ejercer sus Derechos”; Rodríguez Mesa, M.J., *Delitos contra los ciudadanos...*, op.cit., pág. 55 ss.; en igual sentido, Terradillos Basoco, J., “*Migraciones ilegales*”, Revista de Derecho Social, núm. 4, 1998, pág. 193.

<sup>2404</sup> *Ibidem*, pág. 60.

<sup>2405</sup> *Ibidem*, pág. 59.

<sup>2406</sup> Pérez Cepeda, A.I., *Globalización, tráfico internacional...*, op.cit., pág. 168.

<sup>2407</sup> En este sentido señala Martínez Escamilla, M., *La inmigración...*, op.cit., pág. 58, que “las sucesivas regularizaciones extraordinarias, a pesar de su declarado carácter excepcional, han venido constituyendo una de las principales vías para la obtención del permiso de trabajo y de residencia. En total han tenido lugar seis procesos de regularización. El último, denominado proceso de normalización socio-laboral, de 2004, ha supuesto la regularización de 573.270 inmigrantes (a 30 de diciembre de 2005). Desde 1993 han tenido lugar sucesivos procesos de regularización, por lo que no resulta ni mucho menos evidente que la entrada irregular suponga necesariamente, o al menos por un largo plazo, la privación de derechos y un obstáculo para la integración”.

<sup>2408</sup> Cancio Meliá, M., /Maraver Gómez, “*El Derecho penal español...*”, op.cit., págs. 369-370. En igual sentido se expresa Lorenzo Copello, P., “*La protección penal de los ciudadanos extranjeros*”, en Revista de Derecho penal y Criminología, 2ª época, núm. 12, 2003, pág. 70.

consideración que intenta orientar la tutela penal hacia la defensa de los derechos fundamentales. La autora entiende que los inconvenientes surgen ante el cambio operado en la *ratio legis* de las leyes de extranjería, que si bien en la LO 4/2000 era la integración de los inmigrantes, mediante su reforma con la LO 8/2000 y la LO 14/2003 mudó al interés estatal en el control de los flujos migratorios.<sup>2409</sup>

Otros autores, intentando corregir los defectos interpretativos del bien jurídico del art. 318 bis CP que lo sitúan en la protección de los derechos de los extranjeros, sostienen que no se castiga cualquier ataque contra cualquier derecho de los extranjeros, sino que se incrimina la conducta de tráfico ilegal en la medida en que éste ponga en peligro –abstracto- los derechos de los que podrían eventualmente disfrutar si su entrada, tránsito y/o permanencia se realizara conforme lo dispone la ley.<sup>2410</sup>

Con base en ello entiende Pérez Cepeda que el bien jurídico protegido por el artículo es “la dignidad humana de los extranjeros”, que no protege exclusivamente los derechos individuales (vida, libertad, integridad); a efectos de la protección penal, no se establece una distinción con los ciudadanos españoles, sino que se trata de “dispensar una especial protección a los extranjeros como grupo sensible”,<sup>2411</sup> frente a graves modalidades de ataque.

Siguiendo a Palazzo, la autora entiende que se trata de la desmaterialización del objeto de tutela, hasta el punto de que la protección deja de ser directa, para convertirse “en patrimonio de un grupo o colectivo”.<sup>2412</sup> Sin embargo, concordamos con Daunis Rodríguez cuando manifiesta la dificultad que se plantea a la hora de afirmar “una comprobada relación de causalidad entre la acción de promover el tráfico ilegal de personas y el resultado de no poder ejercer ciertos derechos o conseguir una adecuada integración social,”<sup>2413</sup> debido a que no en todos los casos de favorecimiento de la inmigración ilegal se da una situación de explotación; a lo que debe agregarse que es la declaración de

---

<sup>2409</sup> Pérez Cepeda, A.I., *Tráfico internacional...*, op.cit., pág. 166; Daunis Rodríguez, A., “La promoción del tráfico ilegal de personas: aspectos jurídicos y policiales”, op.cit., pág. 249; García España, E., /Rodríguez Candela, J.L., “Delitos contra los Derechos de los ciudadanos extranjeros (art. 318 bis del Código Penal)”, op.cit., págs. 724 ss.

<sup>2410</sup> García Álvarez, P., /Del Carpio Delgado, J., “Los delitos relativos al régimen de extranjería”, en Rodríguez Benot, A., /Hornero Méndez, C., (coords.), *El nuevo derecho de extranjería*, Comares, Granada, 2001, págs. 389 ss. De la misma opinión, Conde Pumpido Tourón, C., “Delitos contra los derechos de los extranjeros”, op.cit., pág. 286.

<sup>2411</sup> Pérez Cepeda, A.I., *Globalización, tráfico internacional...*, op.cit., pág. 170; asimismo en “Delitos contra los ciudadanos...”, op.cit., págs. 119 ss. En el mismo sentido, García Arán, M., “Esclavitud y tráfico de seres humanos”, en Octavio de Toledo y Ubieto, E., /Gurdiel Sierra, M., /Cortés Bechiarelli, E., (coords), *Estudios Penales en Recuerdo del Profesor Ruiz Antón*, Tirant lo Blanch, Valencia 2004, pág. 274; De León Villalba, F.J., *Tráfico de personas e inmigración ilegal...*, op.cit., pág. 422; Pérez Ferrer, F., *Análisis dogmático y político criminal...*, op.cit., pág. 48 ss.

<sup>2412</sup> Pérez Cepeda, A.I., *Globalización, tráfico internacional...*, op.cit., pág. 170.

<sup>2413</sup> Daunis Rodríguez, A., “Regulación Penal del tráfico ilegal de personas”, op. cit., pág. 113; del mismo “Reflexiones en torno a los problemas de interpretación del artículo 318 bis del Código penal”, op.cit., pág. 683.

“ilegalidad” la que impide el ejercicio de los Derechos, la ilegalización crea el tráfico, no al revés.<sup>2414</sup>

Por su parte, Pérez Cepeda entiende que en el delito de tráfico de personas nos encontramos ante la conversión del sujeto en mercancía, para el beneficio del traficante; por lo tanto, la puesta en peligro o la lesión de la dignidad humana se produciría siempre que el sujeto fuera degradado a la condición de objeto en la relación con el traficante.<sup>2415</sup>

A partir de la enumeración de diversos instrumentos internacionales que consagran a la dignidad humana como un Derecho fundamental, y destacando que el artículo 10.1 CE erige a la dignidad de la persona como el fundamento del orden político y la paz social, se deshace la diferencia entre el hombre y el ciudadano, porque el tenor de los derechos humanos impide un tratamiento diferenciado en distintas clases de sujetos.<sup>2416</sup> Pérez Cepeda califica a la dignidad humana como un bien jurídico de carácter individual y colectivo inmediatamente protegido, a partir de lo cual la autora justifica el adelantamiento de la punición hacia la puesta en peligro, dada la trascendencia del bien jurídico.

La autora en comentario no considera que se trate de un delito de peligro abstracto, sino que estima que puede ser formulado como un delito de peligro hipotético, debido que para la aplicación del artículo en cuestión no “es necesario que se pruebe que existe un peligro concreto para la dignidad de un extranjero por la conducta del tráfico, pero tampoco es un delito de peligro abstracto porque no basta con realizar una conducta de tráfico ilícito de personas, sino que es necesario que la acción, sin ser peligrosa para afectar a un determinado extranjero, pueda, en caso hipotético, causar un perjuicio a la dignidad humana de los extranjeros”<sup>2417</sup> para lo cual el juez deberá valorar la idoneidad objetiva de la acción.<sup>2418</sup>

En consecuencia, Pérez Cepeda considera que el bien jurídico susceptible de ser afectado por las conductas descritas en el artículo 318 bis CP, es la dignidad humana de los extranjeros, sin otorgarle carácter colectivo.<sup>2419</sup>

---

<sup>2414</sup> Cfr. Cancio Meliá, M., /Maraver Gómez, M., “*El Derecho penal español...*”, op.cit., pág. 373.

<sup>2415</sup> *Ibidem*.

<sup>2416</sup> Pérez Cepeda, A.I., *Globalización, tráfico internacional...*, op.cit., pág. 173.

<sup>2417</sup> *Ibidem*, pág. 176.

<sup>2418</sup> *Ibidem*.

<sup>2419</sup> En el mismo sentido Martínez Escamilla, M., *La inmigración...*, op.cit., pág. 126. No obstante estas posturas son criticable de conformidad con lo señalado por Quintero Olivares, G., “*Los delitos de peligro en la política criminal de nuestro tiempo*”, op. cit., págs. 242-245, cuando pone de manifiesto que es “conveniente evitar la identificación sencilla ente la técnica legislativa (peligro abstracto o concreto) y la gravedad de los bienes en juego, cual si la opción por la estructura del delito de peligro abstracto se correspondiera con una gravedad mayor”. Desde el punto de vista del autor, opinión que nosotros compartimos, esto no es así, sino que depende de las decisiones político criminales del legislador que no son sólo fruto de las valoraciones del bien (a mayor importancia de éste, menos margen de prueba en contra, y por lo tanto, declaración del peligro *iuris et de iure*) sino a criterios de oportunidad política o conveniencia para la actividad de la



Así las cosas, el atributo de colectivo no pertenece al bien jurídico “Derechos de los ciudadanos extranjeros”, sino al tipo de peligro del que se trata de preservar al migrante, de acuerdo con la interpretación efectuada por la autora. El fin de la protección radica en la diversa modalidad de ataque a bienes jurídicos individuales como la dignidad, la vida, la salud, la integridad, etc., que se verían puestos en peligro con el tráfico; la dimensión colectiva sólo se manifestaría en el momento de la agresión, por su potencial lesivo para el conjunto de los migrantes, que constituyen un grupo considerado de especial vulnerabilidad.<sup>2420</sup>

Otra postura es la sustentada por Rodríguez Montañés,<sup>2421</sup> quien entiende que se trata de la protección de dos intereses, uno de ellos el interés en el control de los flujos, y el otro, configurado por los derechos básicos de los migrantes. Esta autora construye, a partir de la conjugación de estos dos intereses, *la categoría de bien jurídico intermedio*, que estaría representado por los derechos de los extranjeros, oficiando en *función representativa* del bien jurídico supraindividual institucionalizado, que es el orden socioeconómico.<sup>2422</sup>

No obstante, esta postura es criticable en tanto que aquella función es un rasgo típico del Derecho penal del riesgo, es decir, la proliferación de los delitos de peligro abstracto confeccionados con la finalidad de proteger bienes jurídicos supraindividuales que no son más que bienes jurídicos funcionales a la protección de las funciones socioeconómicas, cuando son justamente éstas las que desencadenan que el fenómeno de la inmigración comporte cuestiones caras a la dignidad humana.

Asimismo, en tanto que las exigencias del tipo no van referidas al bien jurídico “representado” -que mediatamente es el que protege la norma-, éste no

---

policía. De lo que se trata, en realidad, es de una política criminal basada en criterios de prevención general. Por lo tanto, la pretensión de construir una diferencia de *injusto personal* es simplemente una muestra de los afanes de la ciencia penal por darle a todo una explicación coherente que encaje en la perfección del sistema conceptual, como si eso fuera imprescindible; en el mismo sentido Feijóo Sánchez, B., “La administrativización...”, op.cit., pág. 140.

<sup>2420</sup> Cfr. Soto Navarro, S., *La protección penal de los bienes...*, op.cit., págs. 200-213; en el mismo sentido Martínez Escamilla, M., *La inmigración como delito...*, op.cit., págs. 122 ss.

<sup>2421</sup> Rodríguez Montañés, T., “*Ley de extranjería y Derecho penal*”, op. cit., pág. 1737 ss.; en el mismo sentido Saéz Valcárcel, R., “*Inmigración clandestina, mafias y lucha contra los pobres. Un tipo penal indecente*”, en *Jueces para la Democracia*, nº 54, noviembre 2005, págs. 12 ss.; Torres Fernández, M.E., “*El tráfico de personas con fines de inmigración ilegal...*”, op.cit., pág. 2.

<sup>2422</sup> Rodríguez Montañés, T., “*Ley de extranjería...*”, op.cit., pág. 1738. La autora considera que “nos encontramos ante un delito contra el orden socioeconómico (bien institucionalizado o espiritualizado, supraindividual y de carácter inmaterial) en que se tutela uno de los aspectos del mismo (el fenómeno migratorio), tutela que se lleva a cabo mediante los delitos de peligro abstracto (ante la imposibilidad de tipificar la lesión o concreta puesta en peligro) recurriendo a objetos o bienes intermedios (los derechos individuales de los inmigrantes como colectivo y el respeto de la regulación en esta materia) que tienen una función representativa del bien institucionalizado o interés difuso.” En el mismo sentido se han expresado las SAP Cádiz de 27 de octubre de 2003, SAP Sevilla (Sección 3ª) de 14 de mayo de 2001.

sería propiamente un bien jurídico en sentido técnico, sino en todo caso, la *ratio legis*, puesto que la antijuridicidad material de todo delito se configura con base en el bien jurídico protegido que siempre habrá de resultar lesionado o puesto en peligro. El “auténtico” bien jurídico es que el que cumple la función representativa, “en cuanto que a él van referidas las exigencias del tipo objetivo y subjetivo: éste es el que lesiona la acción típica y sólo con respecto a dicha lesión ha de constatarse el dolo o la imprudencia (siendo irrelevante que el sujeto se represente el peligro para el bien jurídico mediato).”<sup>2423</sup>

Como propuesta alternativa, García Arán sugiere una interpretación restrictiva del ámbito de aplicación del artículo 318 bis CP, cuya redacción permite la sanción de comportamientos humanitarios de ayuda a la inmigración clandestina, puesto que el ánimo de lucro y la pertenencia a una organización forman parte de las agravantes de la conducta básica. No obstante, estima que deberá interpretarse de conformidad con la protección de los derechos humanos, que obliga a exigir la puesta en peligro de éstos, aunque ello suponga una reducida aplicación del tipo básico a aquellos supuestos en los cuales sin ánimo de lucro ni especiales propósitos, medios violentos, etc., se “genere una situación de especial vulnerabilidad para el posterior ejercicio de los derechos por parte del inmigrante.”<sup>2424</sup> De otro modo, difícilmente -sin que concurran las circunstancias agravantes previstas en los subsiguientes apartados del artículo 318 bis-, se podría hablar de lesión de su dignidad o la inhibición respecto de una plena integración. Sin la concurrencia de dichas circunstancias, la lesión de la dignidad propuesta no es suficiente para la imposición de las penas previstas.<sup>2425</sup>

Si bien, tanto Pérez Cepeda como García Arán consideran a la dignidad personal del emigrante como lo protegido por la norma penal del artículo 318 bis CP, la autora citada en segundo lugar, dota de mayor concreción a aquella asignación. En sus palabras, “el hecho punible del tráfico de personas (más correctamente, el favorecimiento del tráfico ilegal) contiene un *plus* respecto de los concretos derechos individuales que pueden llegar a verse afectados (los laborales, la libertad sexual, la salud, la seguridad, etc.) Dicho *plus* se manifiesta en las condiciones de afección de la libertad y la dignidad como atributos de la persona que supone la organización del tráfico, en el que, en términos sociológicos, el inmigrante es tratado como una mercancía.”<sup>2426</sup> En definitiva “en la trata de personas existe un plus de lesión de la dignidad, porque es el valor que obliga a considerar a los seres humanos como *res extra commercium*.”<sup>2427</sup>

---

<sup>2423</sup> Soto Navarro, S., *La protección penal de los bienes colectivos en la sociedad moderna*, op.cit., pág.182-183, el subrayado nos pertenece.

<sup>2424</sup> García Arán, M., “Los tipos acogedores...”, op.cit., pág. 208.

<sup>2425</sup> García Arán, M., “Esclavitud y tráfico de...”, op.cit., pág. 371; De León Villalba, F.J., *Tráfico de personas...*, op.cit., pág. 240.

<sup>2426</sup> García Arán, M., “Esclavitud y tráfico de seres humanos”, op.cit., pág. 375.

<sup>2427</sup> *Ibidem*, pág. 360.

Esta alusión a la dignidad termina siendo concretada en la integridad moral de los extranjeros, que se verá afectada “cuando a la persona se la trata como una cosa, cuando se la reduce a su realidad física, rompiendo la inescindibilidad de lo físico y lo moral que le es característica.”<sup>2428</sup>

Por su parte, Martínez Escamilla entiende que la principal dificultad a la que nos enfrentamos al momento del análisis del tipo básico del artículo 318 bis CP es que “en contra de lo declarado en la rúbrica del precepto, ninguno de los elementos que configuran la definición del tipo básico presupone abuso o cosificación, ni ninguno implica necesariamente, por tanto, peligro para la dignidad.”<sup>2429</sup> En función de esta crítica, la autora considera que el bien jurídico protegido por la norma en cuestión “son los intereses que subyacen tras un control de los flujos migratorios y la contención de la inmigración irregular”, es decir un bien jurídico colectivo destinado a la protección de la actual estructura económica, social y política, que “se verían deterioradas por un excesivo incremento de la presión migratoria”<sup>2430</sup>, y considera que no se trata de un bien jurídico intermedio con referente individual, sino que, de conformidad con lo afirmado con Soto Navarro, pertenece “a ese grupo de delitos colectivos...que pretenderían crear áreas sociales de seguridad colectiva, cuya preservación asegura unas condiciones en las que resulta más difícil que surjan riesgos para bienes jurídicos individuales.”<sup>2431</sup>

Martínez Escamilla,<sup>2432</sup> en virtud de lo expuesto, considera que el bien jurídico sólo podría evaluarse como lesionado “por la suma de numerosos actos de inmigración irregular”, lo cual produce no pocos inconvenientes por la violación de los principios de lesividad y culpabilidad que esta afirmación comportaría. No obstante, concluye que “solventadas o no las dificultades teóricas de compaginar el castigo de estos hechos con las exigencias del principio de culpabilidad, habrá que reconocer que éste no es sino otro de los aspectos del art. 318 bis que, a modo igualmente de efectos cumulativos, se suma a las

---

<sup>2428</sup> García Arán, M., *et.al.* en Córdoba Roda, J., /García Arán, M., *Comentarios al Código Penal. Parte Especial*. Tomo 1, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2004, pág. 1327. Se manifiestan en el mismo sentido, Pérez Alonso, E., *Tráfico de personas...*, op.cit., pág. 353; Lorenzo Copello, P., “*La protección penal de los derechos de los ciudadanos extranjeros*”, op.cit, págs. 71 ss. Sin embargo, luego de la incorporación por la reforma de la inmigración clandestina, la autora encuentra mayores dificultades para sostener que el bien jurídico protegido por la norma sea la dignidad moral de los extranjeros; véase el cambio de postura en “*Últimas reformas en el Derecho Penal de extranjeros: un nuevo paso en la política de exclusión.*”, op.cit.

<sup>2429</sup> Martínez Escamilla, M., *La inmigración...*, op.cit., pág. 61 ss., donde continúa señalando que “la inmigración es un fenómeno más amplio en el que estas realidades no tienen por qué ocurrir”, con ulteriores referencias en nota 74, *ibidem*.

<sup>2430</sup> *Ibidem*, pág. 122

<sup>2431</sup> *Ibidem*, pág. 123.

<sup>2432</sup> En el mismo sentido, pero desde una metodología diferente, por entender que se trata de la protección de dos bienes jurídicos distinguibles, Pérez Alonso, E., *Tráfico de personas...*, op.cit., pág. 355.

peculiaridades...arrojando serias dudas acerca de la legitimidad no ya de la protección de un determinado bien jurídico, sino también acerca de cómo dicha protección se ha llevado a efecto.”<sup>2433</sup> Si interpretamos como válido que el bien jurídico protegido legítimamente se trata de la protección del interés estatal en el control de sus fronteras y, por lo tanto, de su sistema socioeconómico, que se vería lesionado por la sucesión de conductas lesivas, deberíamos interpretar que la redacción típica sanciona un delito de peligro abstracto que, por el sólo hecho de favorecer, facilitar y promover directa o indirectamente el tráfico de seres humanos, se verá lesionado. No obstante, como señala Méndez Rodríguez, “determinar la lesión de un bien jurídico colectivo requiere un procedimiento de difícil ejecución; esto es debido a la creación de bienes jurídicos demasiado amplios que se definen frecuentemente para dar cuerpo y homogeneidad normativa a la regulación de determinados sectores económicos, haciendo prevalecer así la función sistemática del bien jurídico sobre la función crítica del mismo.”<sup>2434</sup>

Estas afirmaciones son extensibles a Pérez Alonso que, partiendo de la distinción conceptual entre inmigración clandestina y tráfico ilegal de personas, estima *de lege lata* que, como no son términos equivalentes, cada uno de ellos protege realidades diferentes. Así las cosas, para el caso de la inmigración clandestina el bien jurídico es el interés estatal en regular los flujos migratorios y preservar el orden socioeconómico español en el marco de la política común de la UE.<sup>2435</sup> Para el supuesto del tráfico de personas, el bien jurídico protegido es de carácter personal, “en cuanto va referido exclusivamente a los Derechos individuales de los extranjeros. Ello viene a coincidir con la propia rúbrica del Título XV bis en el que se encuentra enmarcado, aunque no con su ubicación sistemática, que debería estar entre los delitos contra los bienes jurídicos personalísimos y no en los que afectan al orden socioeconómico. En particular, debería ubicarse en el Título VII, o en un título nuevo muy próximo a éste, relativo a las torturas y otros delitos contra la integridad moral. Ocurre ahora justo lo contrario en la modalidad delictiva de la inmigración clandestina del art. 318 bis, que está correctamente ubicada desde el punto de vista sistemático, pero bajo una nomenclatura del título que es totalmente ajena al bien jurídico protegido en dicha conducta delictiva.”<sup>2436</sup>

---

<sup>2433</sup> Martínez Escamilla, M., *La inmigración...*, op.cit., pág. 125.

<sup>2434</sup> Méndez Rodríguez, C., *Los delitos de peligro abstracto...*, op.cit., pág. 43.

<sup>2435</sup> Pérez Alonso, E., *Tráfico de personas e inmigración...*, op.cit., págs. 356 ss. El autor entiende de *lege ferenda* que, al tratarse de una opción político criminal de carácter discutible, habrá de despenalizarse la inmigración clandestina y llevarla a su lugar originario, es decir, al Derecho Administrativo.

<sup>2436</sup> Pérez Alonso, E., *Tráfico de personas e inmigración...*, op.cit., págs. 368-369.

Otros autores, si bien consideran el delito como uno de carácter pluriofensivo<sup>2437</sup> en virtud de que la tutela se despliega hacia dos intereses, se trata de intereses distintos a los de la propuesta anteriormente analizada. En este sentido, consideran que, por un lado, el delito protege el orden socioeconómico del Estado en el control de los flujos migratorios y, por otro, los derechos individuales de los extranjeros que aparecen en los tipos agravados.<sup>2438</sup> Con esta perspectiva, García España y Rodríguez Candela entienden que “también en el tipo básico se pretende salvaguardar de forma abstracta, además del control de las fronteras españolas afectado por el fomento del traslado ilegal de personas, los derechos individuales de éstas, agravándose las penas en los siguientes parágrafos si se pone en peligro concreto los Derechos individuales nombrados en ellos.”<sup>2439</sup>

Por su parte, Palomo del Arco sostiene que debe efectuarse una distinción entre el primer apartado del artículo y los que agravan la conducta, debido a que si bien en aquél el interés protegido son los flujos migratorios, incluso en el supuesto de presentarse el ánimo de lucro, en las demás conductas contempladas existe una especial atención a la dignidad del ser humano, tendente a evitar su explotación, especialmente por parte de grupos organizados.<sup>2440</sup>

En esta misma línea se expresa el Tribunal Supremo, en recientes sentencias,<sup>2441</sup> entre las que cabe destacar la STS 545/2006, de 23 de mayo, que considera que el bien jurídico protegido por el artículo en análisis está “integrado por dos tipos de interés de controlar los flujos migratorios, evitando que tales

---

<sup>2437</sup> García España, E., /Rodríguez Candela, J., “*Delitos contra los Derechos de los ciudadanos extranjeros*”, en *Actualidad Penal*, Nº 29, 2002, pág. 725.

<sup>2438</sup> La primera en sostener el carácter pluriofensivo del delito ha sido Barber Burusco, S., “*Delitos contra los Derechos de los ciudadanos extranjeros*”, en Luzón Peña, D.M., (dir), *Enciclopedia penal básica*, Comares, Granada, 2002, pág. 450, estimando que lo protegido es un interés general de que los movimientos migratorios no sean incentivados o aprovechados por personas o grupos interesados en obtener particulares beneficios, aunque ello no pueda considerarse posiblemente como un bien jurídico a proteger. Y, por otro lado, entiende que también se protege la libertad, la seguridad y la dignidad de los inmigrantes. En el mismo sentido, Granados Pérez, C., “*Inmigración ilegal y Derecho penal*”, Publicaciones del Ministerio Fiscal. Cej, Ministerio de Justicia, 2005, pág. 6; asimismo Duro Ventura, D., “*Los extranjeros y el Derecho penal*”, en Palomar Olmeda, A., (coord.), *Tratado de extranjería. Aspectos civiles, penales, administrativos y sociales*, Thompson-Aranzadi, Pamplona, 2004, pág. 501; López Cévilla, J.M., “*El extranjero como víctima del delito. Análisis de los tipos penales (Artículos 318 bis, 313.1 y 312.2 del Código Penal)*”, Centro de Estudios Jurídicos, Ministerio de Justicia, 2004, disponible en [www.cej.justicia.es](http://www.cej.justicia.es); por su parte Martínez Escamilla, M., *La inmigración...*, op.cit., nota 77, pág. 63, señala que “es evidente, y nadie lo niega, que el plus de desvalor de la mayoría de las circunstancias cualificantes, aunque no todas ellas, deviene de la puesta en peligro o lesión de los Derechos individuales y ello es lo que justificaría la mayor penalidad.”

<sup>2439</sup> García España, E., /Rodríguez Candela, J., “*Delitos contra los Derechos...*”, op.cit., pág. 733.

<sup>2440</sup> Palomo del Arco, A., “*Criminalidad organizada y la inmigración ilegal*”, op.cit., pág. 176.

<sup>2441</sup> En el mismo sentido, SSTS 1304/2005, de 19 de octubre de 2005; 479/2006, de 28 de abril; 545/2006, de 23 de mayo; 1087/2006, de 10 de noviembre; 526/2007, de 6 de junio; 561/2007, de 15 de junio; 582/2007, de 21 de junio.

movimientos sean aprovechados por grupos mafiosos de criminalidad organizada y el interés mediato de proteger la libertad, la seguridad, la dignidad y los derechos laborales de los inmigrantes.”

Por su parte, la STS 1465/2005, de 22 de noviembre sitúa el bien jurídico en la integridad moral de los extranjeros, señalando que la introducción del artículo 318 bis CP “ha llevado a ciertos sectores doctrinales a interpretar que el bien jurídico protegido por el legislador lo constituyen sin más los flujos migratorios, atrayendo al Derecho interno las previsiones normativas europeas sobre tales extremos. Ahora bien, *de lege data* ha de irse más allá de tal interpretación –que supondría elevar a la categoría de ilícito penal la simple infracción de normas administrativas-, dado que, vistos los acuerdos internacionales sobre la materia, parece desprenderse una “*mens legis*” orientada hacia un plano supranacional de protección a modo de interés difuso articulado no sólo para el mantenimiento del orden socioeconómico, sino especialmente dirigido al ciudadano y al respeto de los Derechos de los extranjeros y de su dignidad en tanto seres humanos, evitando a través del delito de peligro abstracto que sean tratados como objetos, clandestina o lucrativamente, con clara lesión de su integridad moral.”<sup>2442</sup>

Asimismo, entiende que coexisten varios bienes jurídicos la Circular 2/2006 de la Fiscalía General del Estado, sobre aspectos relativos al régimen de los extranjeros en España, en estos términos: “un análisis en profundidad de los tipos del art. 318 bis CP permite llegar a la conclusión de que coexisten varios bienes jurídicos: los derechos que el ciudadano extranjero podría llegar a disfrutar en caso de que su entrada o tránsito por el Estado español se hubiese realizado en condiciones de legalidad, los Derechos que se ponen en peligro por los riesgos inherentes al proceso de entrada, tránsito y establecimiento ilegal y por último pero no menos presente, el interés estatal por reforzar la efectividad de las prohibiciones de entrada establecidas en la Legislación de extranjería y, en definitiva, el interés estatal en el control de los flujos migratorios.” Considera asimismo, a partir del reconocimiento del carácter pluriofensivo de los tipos de la norma en comentario, que “puede detectarse un bien jurídico supraindividual identificable con el orden socioeconómico en sentido amplio, entendido como el entramado de condiciones e instituciones básicas para el mantenimiento del

---

<sup>2442</sup> Por su parte, el Consejo del Poder Judicial, en su Informe al Proyecto de reforma del Código Penal introducida por la LO 11/2003, también afirmó la pluralidad de bienes jurídicos protegidos. De este modo, como consencuencia de la introducción de la agravante del tipo básico referida a la explotación sexual, considera que “el artículo 318 bis tutela el mantenimiento controlado del flujo migratorio y el respeto por los derechos de los inmigrantes, sin distinción entre ellos e incorporando la protección de la libertad y la indemnidad sexual. En efecto, el artículo 318 bis, tanto en la redacción anterior como con la propuesta, tutela distintos bienes jurídicos. Por una parte, el tipo básico defiende el interés del Estado de proteger la actividad migratoria, reforzando así el control administrativo. Por otro lado, en las demás conductas castigadas, se atiende a la dignidad del ser humano tratando de evitar su explotación” (pags. 38 y 39) disponible en [www.icam.es/docs/ficheros/200606120004\\_6\\_10.pdf](http://www.icam.es/docs/ficheros/200606120004_6_10.pdf).

sistema de relaciones económicas y sociales.”<sup>2443</sup> Bajo estos postulados se deduce que, al contrario de la opinión de Pérez Alonso, la ubicación sistemática del precepto estaría perfectamente realizada.

En este sentido, las últimas posturas pretenden, aun cuando admiten que el tipo básico protege el interés estatal de custodia de las fronteras, hacer viable la existencia de un diferente ámbito de aplicación del precepto respecto al artículo 54.1 b) LOEx.<sup>2444</sup> En este sentido, aun partiendo de una concepción pluriofensiva, García España y Rodríguez Candela debido a que el artículo 318 bis CP protege tanto el Derecho a controlar los flujos migratorios, como los Derechos individuales de los inmigrantes, en sus propias palabras “está haciendo referencia a la soberanía del Estado español para establecer barreras de contención a la presión migratoria que sufren sus fronteras terrestre, marítima y aérea.”<sup>2445</sup> Asimismo, ponen de relieve que no debe entenderse que se trata de un delito de mera desobediencia, sino que nos encontramos frente a una ofensa al interés general; ya que *la existencia de flujos migratorios desordenados puede conllevar el desencadenamiento de conflictos sociales y económicos y cuyos efectos pueden perjudicar la convivencia pacífica de los españoles y los extranjeros; así las cosas, la conducta sería punible aún cuando el propio inmigrante participe del tráfico ilegal, no pudiendo ser considerado como víctima.*<sup>2446</sup>

No obstante, consideran estos autores que el tipo penal protege de forma simultánea otros bienes, es decir aquellos comprendidos por los tipos agravados, como la vida, la salud o la integridad física y/o moral de las personas, así como la libertad. Especifican que los derechos individuales protegidos no son los que se verían afectados una vez que el inmigrante se encuentre en situación de irregularidad en territorio español, sino los puestos en peligro durante el traslado de forma ilegal. Con estas premisas llegan a la conclusión de que la legislación administrativa está destinada a proteger el interés del Estado en ordenar las migraciones, mientras que en el ámbito penal el objeto de tutela son aquellos bienes jurídicos de carácter individual puestos en peligro en la travesía.<sup>2447</sup>

No obstante, no podría entenderse que en el caso del párrafo primero del artículo 318 bis CP se trate de un adelantamiento de las barreras de

---

<sup>2443</sup> Circular 2/2006 de 27 de julio, disponible en [www.bosch-online.net/Novedades/Jurisprudencia/fiscalia/circulares.html](http://www.bosch-online.net/Novedades/Jurisprudencia/fiscalia/circulares.html) - 5.; García España, E., /Rodríguez Candela, J., L., “*Delitos contra los derechos...*”, op.cit., pág. 734, si bien como vimos mantienen una postura que afirma el carácter pluriofensivo del delito, difieren de la Circular en comentario, respecto de los derechos de que gozaría el extranjero en tanto su entrada tuviere carácter regular.

<sup>2444</sup> En este sentido expresan la distinción las SSTs 1059/2005, de 28 de septiembre; 994/2005, de 30 de mayo; 651/2006, de 5 de junio; 1595/2005, de 30 de noviembre; 1381/2005, de 20 de enero; 152/2008, de 8 de abril de 2008; SAP Las Palmas 170/2008, de 15 de diciembre.

<sup>2445</sup> García España, E., /Rodríguez Candela, J.L., “*Delitos contra los Derechos...*”, op.cit., pág. 732-733.

<sup>2446</sup> *Ibidem*.

<sup>2447</sup> *Ibidem*, págs. 726 ss.

protección respecto de la efectiva puesta en peligro de la vida o la salud. La protección de éstos se contempla en el inciso 3.<sup>2448</sup>

Considera la interpretación doctrinal que estamos analizando que el bien jurídico que pretende ser tutelado en el tipo básico del artículo 318 bis CP no tiene carácter colectivo en sentido propio, sino que serían bienes jurídicos individuales a los que se ha otorgado un marco de protección complementario al que contienen los tradicionales delitos contra las personas. Esta postura, en principio, evita la construcciones artificiosas, como aquella que distingue en los delitos dos objetos de tutela: uno inmediato (bien jurídico colectivo), vinculado a los medios aptos para garantizar la seguridad de los bienes jurídicos individuales, el cual resultaría ya lesionado con la mera realización de la conducta típica; y otro mediato (bien jurídico individual), que estaría en la línea de los fines de protección de la norma y respecto al cual sólo se genera un peligro.<sup>2449</sup>

Sin embargo, consideramos que esta propuesta puede devenir en un concepto formal de lesión, por cuanto la seguridad personal no deja de ser un bien jurídico intermedio, falto de sustantividad en sí mismo, con el que se pretende preservar un área de inmunidad para bienes jurídicos individuales. Para ello no parece necesario un nuevo objeto de tutela, sino más bien una adecuada estructura típica. Esto implica necesariamente que la redacción típica contenga la idoneidad lesiva de la conducta para afectar, en el caso concreto, los bienes jurídicos protegidos en último extremo.

Si bien esta interpretación pretende el acotamiento del despliegue del adelantamiento de la protección penal, entendemos que surge con carácter ineludible su improcedencia, debido a que en el primer apartado del artículo 318 bis CP están ausentes las condiciones que llevarían a poder afirmar que se están protegiendo los derechos humanos de los migrantes.<sup>2450</sup>

Hemos tenido oportunidad de resaltar la crisis del Estado, de la tendencia a la rearticulación de la soberanía y de los discursos que solventaban sus instituciones, los flexibilización de las formas productivas y las subjetividades emergentes; allí focalizamos el devenir arbitrario y autoritario del Derecho penal en la globalización, el recurso a la ley penal como la primera medida ante fenómenos que, como el de la inmigración, presentan una incertidumbre estructural, y como tal requieren de un análisis profundo para su regulación política, y no de la artificiosa construcción de bienes jurídicos cuyo núcleo reside

---

<sup>2448</sup> En el mismo sentido, Martínez Escamilla, M., *La inmigración como...*, op.cit., pág. 64.

<sup>2449</sup> En esta línea, Rodríguez Montañés, T., "*Ley de extranjería...*", op.cit., pág. 178; Corcoy Bidasolo, M., *Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales*, op.cit., págs. 144-146, 247 ss.; asimismo Mata y Martín, R.M., "*Bienes jurídicos intermedios y delitos de peligro Aproximación a los presupuestos de la técnica de peligro para los delitos que protegen bienes jurídicos intermedios (tutela penal del medio ambiente, delitos económicos, seguridad del tráfico)*", Comares, Granada, 2004, págs. 71 ss.

<sup>2450</sup> Martínez Escamilla, M., *La inmigración como delito*, op.cit., pág. 60.



en la protección de la confianza en el buen funcionamiento del sistema. Porque cuando decimos política criminal no decimos política punitiva, sino la política de un Estado democrático que tenga como fundamento el respeto a los derechos humanos,<sup>2451</sup> y no la protección que pretende ser otorgada por el art. 318 bis CP.

Esto implica que deberán ser practicadas con la misma intensidad y rapidez las otras recomendaciones de la normativa europea que disponen la colaboración económica con los países implicados en el movimiento migratorio, sin que éstas estén subordinadas al cumplimiento de demandas de externalización de los controles migratorios. Una política que tienda a la supresión de las inhumanas diferencias entre el centro y la periferia es la única que podrá ser realmente efectiva a la hora de abordar el fenómeno de la inmigración global.

Desde una perspectiva político-criminal, nos enfrentamos a una norma carente de legitimidad si admitimos que el bien jurídico del tipo básico del 318 bis CP puede anclarse en la protección de la potestad del Estado de seguir seleccionando, a partir de la exaltación de su ámbito económico e institucional, quiénes son personas con derechos y quiénes no.<sup>2452</sup>

Sin embargo, la redacción del tipo básico tipifica “la promoción, el favorecimiento y la facilitación, de forma directa o indirecta, del tráfico ilegal de personas o la inmigración clandestina.” *Ninguno de los elementos enunciados permite inferir la necesaria concurrencia de la lesión o puesta en peligro de los derechos de quienes son objeto del tráfico.*<sup>2453</sup>

---

<sup>2451</sup> Véase *supra* 5.9.

<sup>2452</sup> Entre quienes entienden que el tipo base tutela el interés sobre el control de los flujos migratorios pueden citarse: Álvarez Álvarez, G., “La protección contra la discriminación del extranjero en el Derecho penal”, op.cit., pág. 355; Arroyo Zapatero, L., “Propuesta de eurodelito de trata de seres humanos”; op.cit.; Cancio Meliá, M./Maraver Gómez, “El Derecho penal ante...”, op.cit., pág. 375; García Sánchez, B., “La pretendida protección jurídico penal de los inmigrantes en el artículo 318 bis del Código Penal” en Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, núm. LVIII-3, septiembre 2005, págs. 837-886; Guardiola García, J.M., “Tráfico ilegal o inmigración clandestina de personas”, op.cit., pág. 16; Palomo del Arco, A., “Criminalidad organizada...”, op.cit., pág. 177.

<sup>2453</sup> Martínez Escamilla, M., *La inmigración como delito...*, op.cit., 65, pone de manifiesto que “es más, dicha exigencia, y por ende, dicha interpretación, no se enfrenta sólo al tenor literal del artículo, sino también a la coexistencia en el mismo precepto, del tipo básico con tipos cualificados cuyo plus de injusto trae causa en muchos casos, precisamente, en la lesión o puesta en peligro de aquellos bienes jurídicos que se buscaban en el tipo básico y no se lograban encontrar”. Insistimos, mediante la crítica que efectúa Daunis Rodríguez, A., *Sistema sancionador e inmigración. Especial consideración al delito de tráfico ilegal de personas*, tesis doctoral, Universidad de Salamanca, 2008, ejemplar mecanografiado, págs. 480 ss., cuando recuerda que en el tipo básico del artículo 318 bis CP no se recoge Derecho alguno de los ciudadanos extranjeros, al consistir la conducta en *promover, favorecer o facilitar el tráfico ilegal o la inmigración clandestina de personas, desde, en tránsito o con destino a España*. Por el contrario, el precepto que protege los Derechos de los inmigrantes es el tercero, que al agravar la pena cuando se realicen las conductas del tipo básico empleando *violencia, intimidación, engaño, o abusando de una situación de superioridad o especial vulnerabilidad de la víctima, o siendo la víctima menor de edad o incapaz o poniendo en peligro la vida, la salud o la integridad de las personas*.

Lo que se está castigando es la inmigración ilegal, sin más exigencias, lo cual adquiere mayor evidencia cuando la LO 11/2003 incorpora “la inmigración clandestina” al precepto, debido a que la modificación operada sería producto de “una reforma puesta al servicio de una severa política migratoria que busca en el Derecho penal una herramienta efectiva y pragmática para el control y reducción de la presencia de extranjeros indocumentados en territorio español.”<sup>2454</sup>

Con este objetivo, la ley penal operará como el mecanismo de control de la excedencia postfordista, es decir, el ámbito de la ley penal se irá expandiendo tanto para el control de los flujos migratorios, como para la gestión de la inmigración representada como un grupo de riesgo que atenta contra los valores económicos, sociales y culturales de Europa, no obstante será utilizada para la subsistencia de su economía informal. La ubicación sistemática del precepto después de los delitos contra el ámbito socioeconómico no deja lugar a dudas respecto de la finalidad que pretendía el legislador al momento de la incorporación de este precepto en el Código Penal.

De este modo, la inmigración deberá observarse como corolario del abandono por parte del neoliberalismo del carácter libre del trabajo asalariado y, en este sentido, asume relevancia crucial el control de la movilidad “para convertirse en una conjugación específica del concepto más amplio, éste sí esencial al modo de producción capitalista, del *trabajo dependiente*, que admite en su interior formas semi-libres y no libres.”<sup>2455</sup>

Desde los orígenes de la formación del “mercado libre de trabajo” en Europa se observa el papel crucial representado por los poderes públicos en el gobierno del mecanismo económico, en particular sobre la movilidad del trabajo. De esta manera se explica “la permanente tentación autoritaria”<sup>2456</sup> que acompaña la regulación de las relaciones laborales y económicas desde el inicio del capitalismo hasta nuestros días.

En efecto, si bien son elogiados los esfuerzos realizados por la doctrina por deducir otros bienes jurídicos que doten a la norma en comentario de un contenido material que logre sustrerla de convertirse en un puro ilícito formal, entendemos que no es posible desde una interpretación de *lege lata*.<sup>2457</sup>

Lo que está protegiendo el inciso primero del art. 318bis CP es la funcionalidad de los dispositivos de control que el Estado postmoderno utiliza para administrar y gestionar el fenómeno migratorio, lo cual ha sido reconocido

---

<sup>2454</sup> Lorenzo Copello, P., “Últimas reformas...”, op.cit., pág. 32.

<sup>2455</sup> Mezzadra, S., *Derecho de fuga...*, op.cit., pág. 89.

<sup>2456</sup> *Ibidem*. Véase Moulrier Boutang, Y., *De la esclavitud al trabajo asalariado. Economía histórica del trabajo asalariado embriado*, Akal, Madrid, 2006.

<sup>2457</sup> Cfr. Cancio Meliá, M., Maraver Gómez, M., “El Derecho penal ante...”, op.cit., pág. 375; Olaizola Nogales, I., *Delitos contra...*, op.cit., pág. 181; Ortubay Fuentes, M., “El impreciso concepto de tráfico ilícito de personas o la mentalidad de fortaleza sitiada”, op.cit., pág. 427.

por la jurisprudencia,<sup>2458</sup> al juzgar conductas que se verían comprendidas por el tipo básico del artículo 318 bis CP, no obstante no haber habido lesión de los derechos de los migrantes,<sup>2459</sup> y tener que haber recurrido a la circunstancia de atenuación de pena prevista por el apartado 6 del artículo en estudio.

La incorporación de los Protocolos de Naciones Unidas, y la vigencia de los instrumentos internacionales de derechos humanos en el ámbito de la UE y del Estado español, pierden relevancia en tanto sean leídos bajo la falacia determinista. En efecto, la conversión de los efectos en causas impide acometer un tratamiento profundo, de conformidad con los derechos humanos, que desista de responder a la funcionalidad y mantenimiento del sistema y de a las expectativas del mercado de trabajo de la economía sumergida.

En este sentido, y como concreción en la realidad del enfoque trafiquista que guía la confección de los tipos penales, la aplicación por parte de los Tribunales del tipo básico del artículo 318 bis CP demuestra, una vez más, la selectividad que ostenta la potencia punitiva en su tarea de custodia del dominio privado. Así las cosas, aquellos que por solidaridad ayuden a un migrante serán condenados -en virtud de este precepto- por poner en cuestión las políticas locales de gestión del fenómeno migratorio.<sup>2460</sup> Lo que se castiga es conservar, aún hoy, rasgos de solidaridad, de responsabilidad con el otro; valores incompatibles con el mercado neoliberal.<sup>2461</sup>

---

<sup>2458</sup> De acuerdo con la tipificación de la conducta de tráfico por parte del inciso primero del artículo 318 bis CP, los Tribunales juzgan así los hechos: entre otras, la SAP Málaga 523/2005, de 23 de junio, condenó a tres años de prisión a quien intentó ingresar a territorio español a un migrante marroquí, sin que constara ánimo de lucro ni ninguna otra circunstancia atentatoria de los Derechos del mismo; en otra sentencia de SAP Málaga 9/2004, 26 de febrero, se condenó a dos años de prisión, en virtud del apartado 6 del artículo 318 bis CP, a una pareja que intentó ayudar a un migrante marroquí que encontraron en el camino. En el mismo sentido, SAP Málaga 10/2003, de 12 de febrero, así como, una sentencia de 30 de marzo de 2004. El Tribunal Supremo, en Sentencia 147/2005, de 15 de febrero de 2005, casa la resolución de la SAP Cádiz, Ceuta, sección 6ª, que impuso la pena de prisión de tres años e inhabilitación a un funcionario que intentó atravesar la frontera junto con un migrante marroquí, hermano de la mujer con quien iba a casarse. En esta instancia, Martín Pallín como ponente casó la sentencia y dispuso la absolución. Son muchos los casos de condenados como autores del delito en cuestión por la acción de transportar en sus coches a inmigrantes, sin mediar precio, lo que permite suponer la concurrencia de fines humanitarios, altruistas y solidarios. (SSAP Cádiz 136/2002, de 14 de noviembre; de 16 de junio de 2003; 120/2003, de 27 de octubre).

<sup>2459</sup> Martínez Escamilla, M., *La inmigración como...*, op.cit., pág. 54.

<sup>2460</sup> Cfr. López Cervilla, J.M., "Tráfico de personas con fines altruistas", Revista de Actualidad Jurídica Aranzadi, núm. 723, marzo 2007. Véase *supra* capítulo 3.

<sup>2461</sup> Cfr. Portilla Contreras, G., "Disposiciones...", op.cit., pág. 1008.

### 6.5.c. La construcción artificial de la antijuridicidad material

Por lo expuesto, consideramos que los esfuerzos realizados por la doctrina a fin de definir un bien jurídico que dote al precepto de contenido material no son plausibles.<sup>2462</sup> Ello debido a que nunca “la clandestinidad” puede dar lugar a la construcción artificial de la antijuridicidad material. La distinción efectuada por la Convención de Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional respecto del tráfico y de la trata de seres humanos que perfecciona los Protocolos adicionales; impide cualquier posibilidad de exorcizar, mediante la introducción de peligros abstractos o bienes jurídicos colectivos, la decisión política de custodiar la desregularización propuesta por el paradigma neoliberal a través del art. 318 bis.

A riesgo de ser insistentes, advertimos una vez más que el Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente de mujeres y niños, define la trata como el tráfico de personas, realizado mediante coacción, engaño o abuso de una situación de vulnerabilidad y con fines de explotación sexual o laboral (art. 3.a); el segundo instrumento, el Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire, entiende por tal la facilitación de la entrada ilegal de una persona en un Estado del que no sea nacional, cuando dicha conducta se realice con ánimo de lucro.

También la UE recoge este esquema en la exposición de motivos (apartado 2) de la Decisión Marco del Consejo relativa a la lucha contra la trata de seres humanos. El Consejo considera “que la adopción por parte de las Naciones Unidas de dos protocolos distintos, respectivamente, sobre la trata de personas y sobre el tráfico ilícito de inmigrantes, pone de relieve la complejidad de las distintas formas de desplazamientos ilícitos de personas que realizan las organizaciones delictivas internacionales. Mientras que el tráfico ilícito de inmigrantes podría considerarse *un crimen contra el Estado* y con frecuencia supone un interés compartido entre el traficante y el inmigrante, la trata de seres humanos constituye un *crimen contra la persona*, cuya explotación tiene por objeto”.<sup>2463</sup>

De los instrumentos tomados en consideración deriva la siguiente consecuencia: que el tráfico ilegal se caracteriza por un acuerdo entre el inmigrante y el traficante, lo cual lo distingue del delito de trata, ya que en este último el elemento individualizador está formado por la violencia, intimidación, engaño y demás ardides coactivos contra su libertad; el tráfico no presupone una

---

<sup>2462</sup> En el mismo sentido, Olaizola Nogales, I., “*Delitos contra...*”, op.cit., pág. 181; Cancio Meliá, M., /Maraver Gómez, M., “*El Derecho penal ante...*”, op.cit., pág. 372.

<sup>2463</sup> Recogen estos documentos en el mismo sentido, Olaizola Nogales, I., “*Delitos contra...*”, op.cit., pág. 181; Ortubay Fuentes, M., ., “*El impreciso concepto de tráfico ilícito...*”, op.cit., pág. 427; en sentido coincidente, Cancio Meliá, /M., Maraver Gómez, M., “*El Derecho Penal frente...*”, op.cit., *pássim*.

violación a la libertad del migrante, aún cuando tengamos en cuenta las condiciones en las cuales el migrante es trasladado.<sup>2464</sup>

La inconsistencia legislativa aumenta cuando contemplamos como agravante de la pena del tipo básico los modos comisivos con violencia, engaño o abusando de una situación de especial vulnerabilidad de la víctima, esto es, cuando se incorporan los elementos que definen el delito de trata.<sup>2465</sup>

Por otro lado, la UE configura el delito de tráfico de personas como un crimen contra el Estado, sin que concurra ninguna mención respecto de los derechos de los migrantes, a diferencia del delito de trata, en el cual sí es el elemento definitorio. Si se hubieran querido proteger los derechos de los migrantes se habría tipificado directamente su puesta en peligro, lo cual *de lege ferenda* consideramos necesario en vistas a la protección de los Derechos de todas las personas.<sup>2466</sup>

Así las cosas, nosotros entendemos que la redacción típica del apartado 1 del art. 318 bis CP “tutela el control de los flujos migratorios” y constituye una muestra clara y cierta de la legislación penal del enemigo, producto de un poder político que se vuelve autorreferencial y, arbitraria y antidemocráticamente, convierte en el núcleo de la norma penal la tutela del buen funcionamiento del sistema.<sup>2467</sup> Su objeto se “legitima” en función de colmar las expectativas de un mercado de trabajo desregulado y flexible. Por lo expuesto no cabe lugar a dudas que el inciso primero del artículo 318 bis CP lo que intenta reforzar es la función de control sobre la “ilegalidad construida.” Arribados a este punto, la pregunta es: ¿puede aquello ser considerado un interés digno de tutela?

La funcionalización de los bienes jurídicos “no hace más que proteger al sistema de las perturbaciones sociales que afectan sólo a la estabilidad de los contextos económicos,”<sup>2468</sup> y eso no puede ser considerado el núcleo de la antijuridicidad material.<sup>2469</sup>

---

<sup>2464</sup> Portilla Contreras, G., “Disposiciones...”, op.cit., pág. 1009.

<sup>2465</sup> Ortubay Fuentes, M., “El impreciso concepto de tráfico ilícito...”, op.cit., pág. 449.

<sup>2466</sup> Considera también esta propuesta como algo necesario y positivo Rodríguez Mesa, M.J., *Delitos contra...*, op.cit., pág. 59; Olaizola Nogales, I., “Delitos contra...”, op.cit., pág. 184; Daunis Rodríguez, A., *Sistema sancionador e inmigración...*, op.cit., págs. 789 ss.

<sup>2467</sup> Moreno Hernández, M., “Ontologismo o normativismo como base de la dogmática penal y de la política criminal” en AA.VV., *Modernas tendencias en la ciencia del Derecho penal y en la Criminología*, op. cit., pags. 579-617, afirma que “la vuelta al normativismo, que en cierta medida no implica sino una vuelta al positivismo jurídico-o un reforzamiento del mismo, y por tanto, una vuelta a la idea de que “el legislador responsable ordena lo justo” y que la ciencia del Derecho tiene que aceptar sin más cualquier orden jurídico sin importar su contenido –entre otras vueltas-, ha incrementado dicha crisis, que nos obliga mayormente a replantear la necesidad de volver a los criterios que le puedan fijar al legislador los límites precisos a su libertad creadora, así como al juzgador los límites de su libertad decisoria”, proponiendo al principio de libertad humana como racionalizador de la política criminal y del sistema penal, *ibidem*, págs. 611-612.

<sup>2468</sup> Navarro Cardoso, F., “El Derecho penal del riesgo y la idea de seguridad”, en Pérez Alvarez , F., (ed.), *Serta. In memoriam Alexandri Baratta*, Ediciones Universidad de Salamanca, 2004, pág. 1332; del mismo “El código penal de la seguridad e inmigración (Consideraciones criminológicas y político-

Sin embargo, afirmar que lo protegido por la norma penal de referencia son los intereses en la funcionalidad del sistema es objeto de severas críticas. En primer lugar, como señala Conde-Pumpido Tourón, admitir que lo que se está protegiendo son las normas que regulan la extranjería, frente a la rúbrica “Delitos contra los ciudadanos extranjeros”, supondría aceptar que se trata en este caso de un precepto que encubre la finalidad de puro control social.<sup>2470</sup>

Hipotéticamente aceptemos que la protección de los derechos de los ciudadanos extranjeros sería viable a partir del apartado primero del artículo 318 bis CP. Para ello no sería necesaria la creación de un bien jurídico colectivo o la apelación a un “interés en la protección de los flujos migratorios” para una consecutiva protección de los derechos individuales de los migrantes, sino una redacción adecuada de la conducta típica, ello puesto que no es función del bien jurídico determinar la modalidad de ataque, sino tan sólo aprehender qué realidad valiosa justifica la intervención penal.<sup>2471</sup>

En este sentido, otro de los argumentos que estructuran la crítica contra la postura aquí defendida, es que no puede ser admitido un precepto cuyo fin sea el de la custodia de las normas que regulan los flujos migratorios, debido a que el sujeto que incumple esas normas es justamente el que el artículo considera víctima: el inmigrante,<sup>2472</sup> y la ley ha decidido dejar impune esta conducta a diferencia de otros estados de la Unión.<sup>2473</sup> Sin embargo, ello no es óbice para considerar que lo que pretende ser erigido como bien jurídico en el precepto se

---

*criminales*), en Rodríguez Mesa, /M.J., Ruiz Rodríguez, L., *Inmigración y sistema penal...*, op.cit., págs. 245 ss.

<sup>2469</sup> Consideran que aquél no puede ser erigido en interés protegido, entre otros, Rodríguez Mesa, M.J., *Delitos...*, op.cit., pág. 56; Navarro Cardoso, F., “*Observaciones sobre los delitos contra los Derechos de los ciudadanos extranjeros*”, en *Revista Penal*, núm. 10, 2002, pág. 44.

<sup>2470</sup> Conde-Pumpido Tourón, C., “*Delitos contra los Derechos extranjeros...*”, op.cit., pág. 294; en el mismo sentido, Álvarez Álvarez, G., “*La protección penal contra la discriminación...*”, op.cit., pág. 355.

<sup>2471</sup> Díez Ripollés, J.L., *La categoría de antijuridicidad en Derecho Penal*, Señal Editora, Medellín, 1996, pág. 69, para quien son referentes de la delimitación del injusto penal específico “en primer lugar el bien jurídico protegido, pero asimismo los modos y formas objetivos y subjetivos de realización del comportamiento lesivo o peligroso, y las reflexiones político-criminales específicas que se superponen a los elementos anteriores”.

<sup>2472</sup> Cfr. Sáinz-Cantero Caparrós, J.E., *Los delitos contra los Derechos de los ciudadanos extranjeros...*, op.cit., pags. 57-58; Pérez Cepeda, A.I., *Globalización...*, op.cit., pág. 159; García Arán, M., “*Esclavitud y tráfico de seres humanos*”, op.cit., pág. 370.

<sup>2473</sup> Portilla Contreras, G., “*Disposiciones...*”, op.cit., págs. 1007-1008, sostiene, abonando nuestra posición, que “se entiende que no es punible el comportamiento de la persona que se desplaza(...) Respecto al bien jurídico, al igual que ocurre en algunos delitos relativos a la prostitución o a los relacionados con el tráfico de drogas, no se protege la libertad individual de elección ya que en el caso de los adultos, éstos deasean realizar el desplazamiento –aun conociendo los riesgos del mismo- (...) Por el contrario, puede plantearse que se está defendiendo el modelo estatal de entradas y salidas del país, aunque si ese fuera realmente el valor tutelado habría que sancionar también al particular que entra o sale ilegalmente.”

refiere a la funcionalidad del Estado; ello es una decisión político criminal<sup>2474</sup> y, como tal, susceptible de confrontación con los principios que configuran los mimbres por los cuales deberá tejerse y programarse.

A partir de determinar la ilegitimidad de la consideración de la protección de la política de inmigración del Estado español como un bien jurídico susceptible de ser protegido por la norma penal,<sup>2475</sup> sostenemos la inexistencia de un interés de tutela digno de ser denominado como bien jurídico. Todo ello resulta en la quiebra de una importante serie de apotegmas que nuestra ciencia establece para la interpretación. Así las cosas, abona nuestra postura el hecho de que se esté castigando una participación en el hecho ajeno, como una muestra más de la incapacidad que tiene este precepto de ser exonerado por parte de la doctrina de vicios insalvables frente a los principios del Estado de Derecho.<sup>2476</sup>

Por ello, en virtud de los principios de exclusiva protección de bienes jurídicos, *última ratio* y fragmentariedad, lesividad, y proporcionalidad – en sentido amplio<sup>2477</sup> y estricto-, de la redacción típica del apartado primero del artículo 318 bis CP cuando establece como bien jurídico “la protección de los derechos de los ciudadanos extranjeros”, se deduce que el objeto material del delito es el quebrantamiento de la normativa administrativa sobre extranjería.

Entendemos que no puede ser legitimada la intervención penal para la “tutela” del buen funcionamiento del sistema, y esto aún más enfáticamente cuando se produce una yuxtaposición, inadmisibles para un Estado de Derecho, con la normativa administrativa.<sup>2478</sup> Ello porque las interpretaciones que sí encuentran bienes jurídicos más o menos abstractos recaen sin solución de continuidad en aporías insalvables,<sup>2479</sup> porque “este sería uno de esos casos en que la dogmática debería rendirse ante la efectiva política criminal, pues el precepto no permite sacarle más jugo a la interpretación teleológica sin herir el principio de legalidad y deslegitimar dicho instrumento hermeneúutico.”<sup>2480</sup>

### 6.5. c.1. Técnica legislativa

En lo que sigue procederemos al análisis del apartado primero del artículo 318 bis CP, tal y como el legislador lo ha sancionado, como parte de la crítica a la política punitiva que despliega el Estado postmoderno, que se plasma en normas

---

<sup>2474</sup> Cfr. Martínez Escamilla, M., *La inmigración como delito...*, op.cit., pág. 77.

<sup>2475</sup> En el mismo sentido, Rodríguez Mesa, M.J., *Delitos...*, op.cit., pág. 56; Navarro Cardoso, F., “*Observaciones sobre los delitos contra los Derechos...*”, op.cit., pág. 44; Olaizola Nogales, I., “*Delitos contra...*”, op.cit., pág. 185.

<sup>2476</sup> García Arán, M., /Jiménez Vallejo, C., /Morón Lerma, E., “*Los tipos...*”, op.cit., págs. 209 ss.

<sup>2477</sup> Véase *supra* 3.6.

<sup>2478</sup> Véase *infra* 6.6.c.

<sup>2479</sup> Cfr. Martínez Escamilla, M., *La inmigración como delito...*, op.cit., pág. 66.

<sup>2480</sup> Cancio Meliá, /M., Maraver Gómez, M., “*El Derecho penal español ante...*”, op.cit., págs. 375-376.

que cumplen con las características propias del “derecho penal del enemigo” como producto del eficientismo penal.<sup>2481</sup>

En este sentido, como ha sido puesto de manifiesto en el epígrafe anterior, la protección de la política migratoria y el control de las fronteras no puede erigirse ni aceptarse como bien jurídico protegido por el tipo básico del artículo 318 bis CP, pero tampoco, por más pretensiones reduccionistas de la potencia punitiva que detenten, podemos admitir los bienes jurídicos propuestos por la doctrina. La LOEx considera al inmigrante como sujeto activo de las infracciones administrativas relativas a los flujos migratorios (art. 53.a LOEx) mientras que, por su parte, la norma penal denomina a ese mismo inmigrante como una víctima, mediante el castigo de las conductas de quienes promueven, favorecen el cruce ilegal de las fronteras. Como afirma García Arán, “la norma penal que trata al inmigrante ilegal como víctima del favorecimiento del tráfico, no puede estar protegiendo la política migratoria porque ése es el interés de las normas administrativas que el inmigrante infringe.”<sup>2482</sup>

Los verbos que describen la conducta típica son los que se emplean normalmente para definir conductas de participación, es decir, la estructura típica de este delito parece responder a la incriminación expresa de actos de participación en el tráfico ilegal y en la inmigración clandestina.<sup>2483</sup> Nos encontramos frente a un tipo tendencialmente indeterminable, ya que no queda establecida ninguna modalidad específica de conducta, lo que contribuye a la equiparación de conductas de participación y de autoría.

Han sido ingentes los esfuerzos tanto de la doctrina como de la jurisprudencia por restringir la aplicación del artículo en estos supuestos.<sup>2484</sup> Simultáneamente, se profundizan las dificultades habidas en la interpretación del precepto, sobre todo teniendo en cuenta el título en el cual se inserta que, según reza, *protege los Derechos de los ciudadanos extranjeros*.

El tipo básico del artículo 318.1 bis CP, de acuerdo con la mayoría de la doctrina,<sup>2485</sup> se encuentra configurado como un delito de peligro abstracto. En consecuencia, si bien esta técnica de tipificación acarrea muchas dificultades en cuanto a las garantías y principios del Derecho penal, las propuestas doctrinales se inclinan por efectuar el análisis a partir de esta categoría por considerar que

---

<sup>2481</sup> Véase *supra* 4.2; 4.3.

<sup>2482</sup> García Arán, M., /Jiménez Vallejo, C., /Morón Lerma, E., “*Los tipos acogedores...*”, op.cit., pág. 207.

<sup>2483</sup> *Ibidem*; Villacampa Estiarte, C., *Comentarios...*, op.cit., pág. 1328; Portilla Contreras, G., “*Disposiciones...*”, op.cit., pág. 1007.

<sup>2484</sup> Véase epígrafe anterior.

<sup>2485</sup> García Arán, M., “*Esclavitud...*”, op.cit., pág. 375 ss.; Serrano Piedecabras, J.R., “*Los delitos...*”, op.cit., pág. 336; Rodríguez Mesa, M.J., *Delitos contra...*, op.cit., pág. 76.



los derechos de los inmigrantes constituyen un bien jurídico con suficiente entidad como para ser susceptible de protección anticipada.<sup>2486</sup>

Sin embargo, esta interpretación se despliega a partir de establecer ciertas matizaciones. En este sentido, las posturas restrictivas que han ido surgiendo a la luz de estos preceptos en vistas de la protección de los derechos humanos de los migrantes que impone la rúbrica del precepto, obligan a exigir la puesta en peligro de los mismos, aunque ello suponga en la práctica “una reducidísima aplicación del tipo básico a aquellos supuestos en que, sin ánimo de lucro ni especiales propósitos, medios violentos o abusivos, etc., se genere una situación de especial vulnerabilidad para el posterior ejercicio de derechos por parte del inmigrante.”<sup>2487</sup> Estos autores sólo admiten los tipos de peligro abstracto en la medida en que se entiendan como delitos de peligro hipotético.

Con todo, desde nuestro punto de vista, estas propuestas doctrinales de acotar la potencia punitiva no son viables, en tanto que el intento por dotar de contenido material al inexistente bien jurídico no logra salvar todos los escollos dogmáticos que conlleva una redacción típica como la del artículo de referencia.<sup>2488</sup>

Por lo expuesto, compartimos la opinión de Quintero Olivares cuando afirma que el legislador recurre a los tipos de peligro abstracto debido a que éstos están “muchos más *aliviados* de problemas probatorios”, donde no será fácil la delimitación entre la razón de la intervención del Derecho penal en lugar del Derecho administrativo, agregando que “la retórica invocación al peligro abstracto para un bien jurídico no pasará de ser una justificación formal del Derecho penal.”<sup>2489</sup>

Los delitos de peligro abstracto, según la definición de Horn,<sup>2490</sup> “tan sólo indican algo negativo: que el legislador no ha establecido como elemento del tipo ni la lesión ni la puesta en peligro concreto del bien jurídico protegido por la norma.”

En la doctrina española Cerezo Mir considera que “en los delitos de peligro abstracto, el peligro es únicamente la *ratio legis*, esto es, el motivo que indujo al legislador a crear la figura legislativa. Se castigan ciertas conductas porque generalmente conllevan el peligro de lesión de un bien jurídico. El peligro

---

<sup>2486</sup> Cfr. Rodríguez Mesa, M.J, *Delitos contra...*, pág. 62; Serrano Piedecabras, J.R., “*Los delitos...*”, op.cit., pág. 336; De León Villalba, F.J., *Tráfico...*, op.cit., pág. 254; Sánchez Lázaro, F., “*El nuevo delito de tráfico ilegal de personas*”, en Lorenzo Copello, P., (dir), *Inmigración y Derecho penal*, op.cit., pág. 293, entre otros. En este sentido, las SSTs 1059/2005, de 28 de noviembre; 284/2006, de 6 de marzo; 545/2006, de 23 de mayo.

<sup>2487</sup> García Arán, M., /Jiménez Vallejo, C., /Morón Lerma, E., “*Los tipos acogedores...*”, op.cit., pág. 208; con igual criterio se expresa Pérez Alonso, E., *Tráfico de personas...*, op.cit., pág. 189.

<sup>2488</sup> Cfr. Ortubay Fuentes, M., “*El impreciso concepto de tráfico ilícito...*”, op.cit., pág. 451; en igual sentido Cancio Melía, M., Maraver Gómez, M., “*El Derecho Penal frente...*”, op.cit., pág. 372.

<sup>2489</sup> Quintero Olivares, G., “*Los delitos de peligro...*”, op.cit., pág. 245.

<sup>2490</sup> En *Konkrete Gefährdungsdelikte*, Dr. Otto Schmidt KG, Köln, 1973, citado por Aguado Correa, T., *El principio de proporcionalidad en Derecho penal*, op.cit., pág. 331.

no integra un elemento del tipo, y el delito se consume aunque en el caso concreto no se hay producido un peligro del bien jurídico protegido.”<sup>2491</sup> De este modo, el resultado de peligro es presumido por el tipo, porque el peligro no integra el resultado, sino que el peligro “no es más que el motivo que impulsa al legislador a la construcción del tipo penal, sin que, una vez configurado éste, desarrolle ningún tipo de función”<sup>2492</sup> en violación de los principios de proporcionalidad, *última ratio*, protección de bienes jurídicos y fragmentariedad, y ofensividad.<sup>2493</sup>

Cierta parte de la doctrina entiende que el artículo 318.1 bis CP es un delito de medios determinados, es decir aquel que prevé ciertos modos de comisión; esto implica que para resultar típica la conducta será necesario que el tráfico sea ilícito o la inmigración sea clandestina, esto es, que el inmigrante no cumpla con los requisitos legales exigidos por la LOEx. Ello en virtud de acotar la *potentia puniendi* que se pretende desplegar en la redacción de las conductas, que hacen del precepto un delito de peligro abstracto, con dudas respecto de su constitucionalidad.<sup>2494</sup>

Con ese propósito, Pérez Cepeda, a partir de considerar que se trata de un bien jurídico de carácter colectivo referido a la dignidad humana del grupo de extranjeros, entiende que es necesario que la conducta cosifique a la persona, y así se produzca la puesta en peligro o la lesión de la dignidad humana.<sup>2495</sup> Lo califica así de delito de resultado, donde es preciso, que el comportamiento del sujeto activo tenga incidencia en el hecho del desplazamiento de los sujetos pasivos, lo que conlleva la necesidad de relacionar la acción con el resultado, utilizando los criterios de la imputación objetiva.<sup>2496</sup>

Como consecuencia de lo anterior, admite la *tentativa*, careciendo de relevancia la verificación de que el sujeto pasivo del tráfico haya salido, entrado o transitado efectivamente por territorio español.<sup>2497</sup> En la tarea de la delimitación del ámbito punitivo, Pérez Cepeda entiende que la concurrencia de acuerdo entre los sujetos para efectuar el tráfico ilegal de personas debe considerarse como acto preparatorio y, por lo tanto, conductas tales como la provocación, proposición o conspiración para cometer el tráfico ilegal no pueden ser consideradas como

---

<sup>2491</sup> En Cerezo Mir, J., *Curso de Derecho penal español. Parte general*, tomo 2, *Teoría jurídica del delito*, 4ª ed., Tecnos, Madrid, 1998, pág. 352.

<sup>2492</sup> Méndez Rodríguez, C., *Los delitos de peligro y su técnica de tipificación*, op.cit., pág. 134.

<sup>2493</sup> Martínez Escamilla, M., *La inmigración como delito...*, op.cit., pág. 79.

<sup>2494</sup> Véase para un tratamiento de los delitos de peligro abstracto Méndez Rodríguez, C., *Los delitos de peligro y sus técnicas de tipificación*, op.cit., *pássim*.

<sup>2495</sup> Esta autora entiende que se trata de un delito de peligro hipotético, todo ello en aras de superar los inconvenientes que se presentan con los delitos de peligro abstracto, véase de la autora *Globalización, tráfico internacional...*, op.cit., págs. 243-244.

<sup>2496</sup> *Ibidem*, pág. 246.

<sup>2497</sup> En sentido coincidente se pronuncia Rodríguez Mesa, M.J., *Delitos contra los Derechos de los ciudadanos extranjeros*, op.cit., pág. 63.

típicas;<sup>2498</sup> lo anterior de conformidad con los arts. 17.3 y 18.2 CP que establecen que los actos preparatorios sólo se sancionarán en los casos expresamente previstos y ello no sucede en el art. 318 bis CP.

Esto implica que, con el objetivo de restringir el ámbito punitivo del artículo que analizamos, parte de la doctrina sostiene que habrá que limitar su aplicación a los supuestos en que se realice el *cruce de las fronteras*, ya que es allí cuando efectivamente el tráfico deviene ilegal y la inmigración, clandestina; en caso contrario se estarían castigando meros actos preparatorios.<sup>2499</sup> Asimismo García Arán, Jiménez Vallejo y Morón Lerma ponen de manifiesto que “es imaginable la tentativa en aquellos casos en que realizadas las conductas de promoción o favorecimiento, el traslado no llegue a iniciarse. Ello es posible por tratarse de comportamientos de participación elevados a la categoría de autoría que, por ello, permiten la punición de la participación intentada.”<sup>2500</sup> Un problema derivado de lo anterior, es que si no se cruza la frontera, la detención de los responsables sólo sería viable en altamar y, precisamente para ello ha sido reformado el principio de justicia universal, para incluir también estos delitos en la persecución extraterritorial.

Por su parte, Daunis Rodríguez, al momento de analizar el *iter criminis*, señala que en virtud de la amplitud de los verbos típicos, la apreciación de la tentativa se torna cuestionable, en tanto que la fórmula del artículo 318.1 bis CP está configurada como una conducta consumada porque se trata de un delito de peligro abstracto-concreto, dando lugar a la anticipación de la consumación. El autor destaca que, para que dicha consumación sea punible, es “preciso que se produzcan determinados actos encaminados al cruce ilegal de la frontera,” afirmando que “es necesario que el desplazamiento *desde, en tránsito o hacia España se haya puesto en marcha.*”<sup>2501/2502</sup>

En este sentido, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Girona, Sección 3º, de 12 de julio de 2000 expresa que “*Luego, si fuera posible la tentativa de delito de*

---

<sup>2498</sup> Pérez Cepeda, A.I. *Globalización, tráfico...*, op.cit., pág. 256.

<sup>2499</sup> Daunis Rodríguez, A., “*Regulación penal...*”, op.cit., pág. 121; Rodríguez Montañés, T., “*Ley de extranjería y Derecho penal...*”, op.cit., pág.1740.

<sup>2500</sup> García Arán, M., /Jiménez Vallejo, C., /Morón Lerma, E., “*Los tipos acogedores...*”, op.cit., pág. 227; en el mismo sentido Martínez Escamilla, M., *La inmigración como delito...*, op.cit., pág. 129.

<sup>2501</sup> Daunis Rodríguez, A., “*Regulación penal...*”, op.cit., pág. 132; Rodríguez Mesa, M.J., *Los delitos...*, op.cit., pág. 86-87.

<sup>2502</sup> Otra opinión expresa Pérez Cepeda, A.I., *Globalización, tráfico internacional...*, op.cit., pág. 248, cuando concibe como un supuesto de tentativa el que se haya concertado el viaje pero, en el caso de las inmigraciones que se producen en pateras o cayucos, las condiciones climáticas lo impidan; Daunis Rodríguez, “*Regulación penal...*”, op.cit., pág. 134 nota 60, expresa, en contraposición con Rodríguez Mesa, que no puede considerarse punible la existencia de una tentativa inacabada en los casos en que el sujeto, con la intención de promover el tráfico ilegal a España, publica un anuncio en la prensa que ofrece la tramitación de la documentación necesaria y del viaje, opinión que compartimos en virtud que no puede estimarse comprendida dentro del tipo. En este sentido, véase la configuración conglobada del tipo penal de Zaffaroni, E.R./ Alagia A., /Slokar, A., *Derecho penal...*, op.cit., págs. 485 ss.

*peligro que como se ha dicho se consuma con la realización del riesgo para el bien jurídico, habría que concluir al mismo tiempo que es posible una ampliación del ámbito de la punibilidad o dicho de otra forma, una puesta en peligro de una puesta en peligro, lo que sin duda, como se ha dicho, violaría el principio de legalidad penal.”* Coincidimos con la posición de Cancio y Maraver cuando afirman que “no es necesario que llegue a producirse efectivamente la entrada o residencia ilegal del inmigrante. Desde el momento en que se promueve, favorece o facilita el tráfico o la inmigración ilegal, el delito queda consumado. Este delito no implica, por tanto, la producción de un determinado hecho o de una determinada situación, y, en este sentido, es complicado que llegue a realizarse en grado de tentativa. Hay que tener en cuenta además que el verbo “promover” implica iniciar un proceso, de modo que lo normal es que todo lo que no sea meramente un acto preparatorio suponga la plena realización del delito.”<sup>2503</sup>

Sin embargo, el tipo básico del artículo 318 bis CP no sanciona a quien trafica, sino a quien promueve, facilita o favorece el tráfico ilegal de personas o la inmigración clandestina. Antes de que la reforma (LO 11/2003) introdujera la inmigración clandestina, el tráfico era considerado como el traspaso de la frontera sin cumplir con los requisitos dispuestos al efecto para que se produjera de manera conforme a las normas administrativas. En este sentido, cabría plantearse si con anterioridad a dicha incorporación era posible interpretar el tráfico ilegal como un hecho que conllevara la privación o limitación, o la puesta en peligro de derechos del inmigrante.<sup>2504</sup> ¿Hasta dónde habría que forzar los conceptos para que éstos permitan la inclusión de todas las situaciones posibles de violación de los derechos del inmigrante, ello teniendo en cuenta las circunstancias agravantes, que son, a la postre, integrantes del concepto de trata de personas?

Por lo demás, la incorporación de la inmigración clandestina al tipo básico del art. 318 bis CP acota aún más las posibilidades -ya de por sí nimias- de interpretación, teniendo en cuenta que los actos de inmigración clandestina son impunes. Con todo, se estarían sancionando conductas de participación en el tráfico de personas, tal como éste se define en los instrumentos internacionales que el legislador utiliza como fundamento para aquella incorporación. A la

---

<sup>2503</sup> Cancio Meliá, M., /Maraver Gómez, M., “*El Derecho penal español...*”, op.cit., pág. 359. En el mismo sentido, la STS 1059/2005, de 28 de septiembre, afirma que “se trata de un delito de mera actividad que se consuma con la realización de las actividades de captación, transporte, intermediación o cualquier otra que suponga promoción o favorecimiento de la inmigración clandestina o el tráfico ilegal, *con independencia del resultado conseguido* de acuerdo con la STS 1042/2007, de 7 de diciembre, que excluye la posibilidad de la tentativa y la del 25 de abril de 2004 que afirma que el “artículo 318.1 bis define un delito de mera actividad que se consuma con la ejecución de los verbos que lo vertebran: promover, favorecer o facilitar el tráfico ilegal con la inmigración clandestina. Se trata de un delito en el que las barreras de protección están anticipadas lo que no es exclusivo de este tipo penal sino que existen otros.” En estos términos también se expresa la STS 152/2008, de 8 de abril de 2008.

<sup>2504</sup> Cfr. Rodríguez Mesa, M.J., *Delitos contra...*, op.cit., pág. 63.

postre, la situación que se presenta es la incriminación expresa de actos propios de participación criminal en actos impunes elevados a la categoría de autoría, es decir, actos que por su propia naturaleza, de no acudirse a esta técnica legislativa, quedarían impunes<sup>2505</sup> por carecer de relevancia jurídico-penal en el hecho principal en el cual se interviene.<sup>2506</sup> En este sentido, “sea cual sea el sentido de la expresión promover, favorecer o facilitar, parece evidente que debe ser el mismo tanto para el tráfico ilegal como para la inmigración clandestina. E interpretar que se sancionan aquí actos de tráfico recayentes sobre el inmigrante, obligaría a interpretar que se sancionan también actos de inmigración, lo que no tiene sentido, porque la inmigración clandestina es impune.”

Como vimos en el capítulo que dedicamos al análisis del “derecho penal del enemigo”, éste tiene como premisa fundamental que el delito consiste en la contrariedad a la vigencia de la norma. Consecuentemente, se pretende deducir la indiferencia cualitativa entre las acciones de los distintos intervinientes, en una aplicación de un concepto extensivo de autor, pues se sostiene que autor es todo aquel que influye en el delito, es decir, es autor todo aquel que objetivamente contribuye a causar la realización del hecho típico. De tal suerte, cualquier partícipe infringe por igual la vigencia de una norma “mediante un acto que proclama universalmente la permisión de la conducta.”<sup>2507</sup>

En efecto, surgen inconvenientes insalvables, ya que el acto de tráfico no se encuentra definido en la norma, y referirlo al concepto de tráfico contenido en los instrumentos internacionales conduce a todas las dificultades que hemos visto con anterioridad. En este sentido, para restringir la esfera de imputación no alcanza, desde nuestro punto de vista, ni la apelación a la distinción entre los conceptos de tráfico de personas y de inmigración clandestina, como tampoco la interpretación teleológica del bien jurídico que ha de ser protegido.<sup>2508</sup> En este

---

<sup>2505</sup> Conde- Pumpido Tourón, C., “*Los delitos contra los Derechos...*”, op.cit., pág. 301; García Arán, M., *Comentarios...*, op.cit., pág. 1328. Por su parte, Terradillos Basoco, J., “*Migraciones ilegales*”, op.cit., pág. 193, al analizar la SAP 407/98 de Girona de 15 de octubre, pone de relieve que por mor de la amplitud del tipo penal la realización de cualquier acto preparatorio (no sólo la conspiración, la provocación y la proposición para delinquir) comporta ya la consumación del delito y por lo tanto, se imputa la responsabilidad en calidad de autor de cualquiera de los que participan en la comisión. Por ello sostiene Terradillos que las reglas respecto las formas imperfectas de ejecución y de participación no son aplicables: “basta que el sujeto realice cualquier acto externo que sea una manifestación de su intención de traer mano de obra a España, para que puedan intervenir los Tribunales Españoles. En ese momento el delito se consuma y cualquier partícipe puede ser castigado como autor.” En contra de esta postura, Pérez Alonso, E., *El delito de tráfico...*, op.cit., pág. 393.

<sup>2506</sup> A la misma conclusión llegan García Arán, M., y otros, “*Los tipos acogedores...*”, op.cit., pág. 210; y Martínez Escamilla, M., *La inmigración como delito...*, op.cit., pág. 126.

<sup>2507</sup> Sancinetti, M., *Ilícito personal y participación*, Ad-hoc, Buenos Aires, 1997, págs. 74 ss.

<sup>2508</sup> Véanse las SSTS 1465/2005, de 22 de noviembre; 545/2006 de 23 de mayo 2006; 17/2009, de 21 de enero; asimismo, véanse Granados Pérez, C., “*Inmigración ilegal y Derecho Penal*”, Publicaciones del Ministerio Fiscal, CEJ, Ministerio de Justicia, 2005, pág. 6; Duro Ventura, D., “*Los extranjeros y*

sentido, la circunstancia de la incriminación de actos de participación que se ensamblan en la categoría de autoría, reafirma la consideración antes realizada de que el bien jurídico protegido es la política migratoria –la normativa de extranjería-, que ha sido puesta en cuestión mediante un acto de desobediencia cuya criminalización carece de un fundamento legítimo para la intervención penal en un Estado democrático.

En este sentido, de *lege ferenda* García Arán, Jiménez Vallejo y Morón Lerma proponen que el ámbito de lo punible debe acoger la realización de actos de tráfico, entendido éste como actividad lucrativa y abusiva que tiene como sujeto pasivo al inmigrante, y con ello aconsejan una definición legal del tráfico de personas.<sup>2509</sup>

Aunque confiemos en lo positivo de las interpretaciones restrictivas que ha hecho la doctrina y la jurisprudencia, creemos que estos actores del sistema penal tienen encomendada la tarea de hacer un ejercicio crítico del ejercicio del poder punitivo y no, a pesar de los esfuerzos en muchos casos loables por criticar y así pretender una reducción de la violencia punitiva, terminar “encontrando un bien jurídico” que finalmente aparente permitir una interpretación conforme los postulados del Estado de Derecho.<sup>2510</sup> Porque cuando los intereses identificados residen en el correcto funcionamiento del sistema “se burla la misma idea de bien jurídico y se imposibilita la labor de limitación y la posibilidad de verificar la lesión o la puesta en peligro.”<sup>2511</sup>

De conformidad con haber identificado el bien jurídico con la protección de la legislación de extranjería, en relación con los grados de ejecución, los verbos típicos permiten calificar el delito de tráfico de personas como uno de mera desobediencia. El tipo básico del artículo 318 bis CP, ante la indeterminación y desmaterialización del bien jurídico “derechos de los ciudadanos extranjeros” que se propone como interpretación sistematizadora, queda dogmáticamente comprendido como un delito de peligro abstracto para la conminación de las conductas que, “promoviendo, facilitando o favoreciendo” la violación de la normativa administrativa, atenten contra los Derechos de los ciudadanos extranjeros, produciéndose una espiral de técnica legislativa negativa en la medida en que se interpretan como delitos de peligro, no susceptibles de lesión.<sup>2512</sup>

---

*el Derecho Penal*”, op.cit., pág. 501; López Cervilla, J.M., “*El extranjero como víctima del delito. Análisis de los tipos penales (Artículos 318 bis, 313.1 y 312.2.2º del Código Penal)*”, op.cit.

<sup>2509</sup> García Arán, M., y otros “*Los tipos acogedores...*”, op.cit., pág. 213.

<sup>2510</sup> Cfr. Zaffaroni, E.R./Alagia, A., /Slokar, A., *Derecho penal. Parte General*, op.cit., págs. 135 ss., 485 ss.

<sup>2511</sup> Méndez Rodríguez, C., *Los delitos de peligro...*, op.cit., pag. 42.

<sup>2512</sup> No obstante, la jurisprudencia entiende, desde la STS 1059/2005, de 28 de septiembre, que “cualquier acción realizada al inicio o durante el desarrollo del ciclo migratorio o emigratorio que auxilie a su producción en condiciones de ilegalidad estará incluida en la conducta típica”; en este sentido la STS 17/2009, de 21 de enero; en contra se expresa la STS 152/2008, de 8 de abril. Evidentemente esta consideración dependerá de cuál sea el bien jurídico protegido.

Empero, si se pretende la “tutela” de bienes jurídicos funcionalizados que en esencia carecen de la capacidad de ser afectados, se admite que tampoco es posible su puesta en peligro; cuando esto ocurra, se habrá construido un bien jurídico artificial,<sup>2513</sup> esto es, el bien jurídico representaría la tutela del *status quo* que requiere la funcionalidad del sistema.

La norma de referencia al “tutelar” la frontera legislativa que produce la declaración de clandestinidad plantea una estructura típica de simple actividad.<sup>2514</sup> Es un delito de mera desobediencia, con una “ofensividad” que se agota en el desvalor de acción, porque el *bien jurídico* es la normativa sancionada para la adecuada gestión de los flujos migratorios. Más allá del estudio de las posturas doctrinales que intentan acercar legitimidad por medio de la interpretación, no creemos que en un caso como el presente deba acudir a disquisiciones artificiosas, sino que por el contrario habrá que denunciar la ilegitimidad de la norma, que se configura sin atender a los postulados y principios de un Estado social y democrático de Derecho.

La protección de la funcionalidad que provee la declaración de ilegalidad<sup>2515</sup> no puede interpretarse, y proponemos la eliminación del precepto. Porque la afección al sustrato material del bien jurídico configura el desvalor de resultado como elemento fundante del injusto. Esto por cuanto que “el resultado se constituye en un límite al *ius puniendi* del Estado, en una garantía del ciudadano frente a intervenciones estatales en su ámbito de autonomía, en una garantía de carácter material.”<sup>2516</sup> Esto implica que el desvalor de resultado, es un elemento esencial del injusto, porque sólo se podrá considerar legítima la intervención del Derecho penal en tanto que la conducta tipificada importe una afección (peligro o lesión) al bien jurídico, cuando falte tal desvalor de resultado no habrá delito, en virtud del principio *nullum crimen sine inuria*.<sup>2517</sup>

---

<sup>2513</sup>Méndez Rodríguez, op.ult.cit., pág. 40.

<sup>2514</sup> En el mismo sentido, Sáinz-Cantero Caparrós, J.E., *Los delitos contra.....*, op.cit., pág. 101; García Alvarez, P./Del Carpio Delgado, J., “*Los delitos relativos al régimen de extranjería*”, op.cit., pág. 394; Cancio Meliá, M./ Maraver Gómez, M., “*El Derecho penal...*”, op.cit., pág. 359; Mayordomo Rodrigo, V., *El delito de tráfico ilegal...*, op.cit., pág. 101; SSTS 1465/2005, de 22 de noviembre; 1087/2006, de 10 de noviembre; 569/2006, de 19 de mayo; 153/2007, de 28 de febrero; 484/2007, de 29 de mayo y 823/2007, de 15 de octubre.

<sup>2515</sup> En contra, por considerarlo un delito de resultado material, Pérez Alonso, E., *Tráfico de personas...*, op.cit. pág., 383; Rodríguez Mesa, *Delitos contra.....*, op.cit. págs. 61, 86; Maqueda Abreu, M.L., *El tráfico sexual...*, op.cit., págs. 51 y 52; Pérez Cepeda, A.I., *Globalización...*, op.cit., pág. 197 y 247; Martínez Escamilla, M., *La inmigración como delito.....*, op.cit., págs. 125 ss.

<sup>2516</sup> Acale Sánchez, M., *El tipo de injusto en los delitos de mera actividad*, Comares, Granada, 2000, págs. 78 ss.; Hormazábal M., H., “*Consecuencias político criminales y dogmáticas...*”, op.cit., pág. 1086; Méndez Rodríguez, C., *Los delitos de peligro..* op.cit., págs. 39 ss.

<sup>2517</sup> En este sentido, Hormazábal Malarée, H., “*Imputación objetiva y principio de lesividad*”, en Cerezo Mir, J., et.al., *El nuevo Código Penal: presupuestos y Fundamentos. Libro Homenaje al Prof. Dr. Don Angel Torio López*, Comares, Granada, 1999, pág. 415: “el tipo penal describe vinculaciones entre sujetos que constituyen un desvalor en la medida que suponen la creación de un riesgo para el bien protegido por la norma. Este riesgo para el bien jurídico es el resultado de un pronóstico ex

En este sentido, Zaffaroni entiende que la tipicidad cumple su función reductora verificando que exista un conflicto, lo que implica una lesividad objetivamente imputable a un agente. La función conglobante implica el establecimiento del conflicto, que para ser tal requiere la comprobación de la lesividad. Ésta a su vez se demuestra constatando la afectación, ya sea por lesión o peligro de lesión del bien jurídico en forma significativa. En esta teoría, la conglobación, opera como operación determinante de la lesividad, es una función claramente normativa, lo cual lleva a los autores a afirmar que “un pragma es típico no sólo cuando reúne los caracteres particulares exigidos por el tipo sistemático, sino también cuando es antinormativo, esto es cuando viola la norma que se deduce del tipo, y con ello se produce la afección del bien jurídico.”<sup>2518</sup>

Por lo tanto, no se trata de bienes jurídicos colectivos, ni de la técnica de tipificación del delito de peligro abstracto, éstos son alternativas dogmáticas que, si bien en principio, intentan la reducción de la potencia punitiva, encubren una decisión político criminal inadmisibles, cual es la de erigir en bien jurídico la protección de funciones de control. Mediante la normativa de extranjería lo que se pretende es una rearticulación del contenido de los derechos de los ciudadanos –de todos los ciudadanos-, con la finalidad de que este estatus recortado coincida con la flexibilización de los derechos sociales del mercado postfordista.

## **6.6. Los problemas derivados de la inexistencia de bien jurídico penal. Política punitiva del enemigo**

Como hemos apuntado con anterioridad, no hay posibilidad de establecer con claridad delimitación alguna entre las formas de autoría y participación no sólo debido a la amplitud de los verbos típicos sino también en virtud del modo de comisión típica prevista –directa o indirectamente-.<sup>2519</sup> El legislador ha estipulado un concepto unitario de autor.<sup>2520</sup> Asimismo, el *concepto extensivo de autoría*, constituye un rasgo típico de aquellas conductas que pretenden tipificar

---

*ante* lo que implica que el intérprete, el que ha de determinar la tipicidad de un hecho concreto, se ha de colocar en la situación de los sujetos en el momento del establecimiento de la vinculación y pronosticar si en ese momento se ha creado el riesgo que el legislador ha querido evitar con la creación del tipo penal”. De esta forma “desvalor de acto fundado en el peligro para el bien jurídico y desvalor de resultado fundado en la afección efectiva del bien jurídico, son los que dan fundamento material al injusto y el bien jurídico, en definitiva el que está en la base de la teoría del delito”, *ibídem*, pag. 417.

<sup>2518</sup> Zaffaroni, E.R., /Alagia, A., /Slokar, A., *Derecho penal...*, op.cit., págs. 488 ss.

<sup>2519</sup> La STS 968/2005, de 13 de julio, se expresa en este sentido: “con los términos «directa o indirectamente» se trata de dar la amplitud necesaria para integrar en este tipo de delito también los comportamientos que, dirigidos a esa misma finalidad, no tuvieran relación inmediata con el hecho favorecedor del tráfico ilegal o la inmigración clandestina.”

<sup>2520</sup> En contra, encuentran posibilidades de distinción entre autoría y participación, Rodríguez Montañés, T., “*Ley de extranjería...*”, op.cit., pág. 1740; Conde-Pumpido Tourón, C., “*Delitos contra los Derechos de los extranjeros*”, op.cit., pág. 283.



las actividades realizadas por una organización criminal.<sup>2521</sup> En consecuencia, las formas de participación quedan subsumidas en el ámbito de la autoría, provocando así serios inconvenientes en lo atinente al principio de proporcionalidad.<sup>2522</sup>

En este sentido, algunos autores califican el precepto como uno de resultado material, el cual requiere la verificación de que la acción del sujeto tenga una incidencia positiva en el tráfico; v.gr. que el desplazamiento ya haya sido puesto en marcha.<sup>2523</sup> En esta línea, Martínez Escamilla considera que la exigencia de que la inmigración ilegal se haya producido, entendida como resultado, constituye una de las pocas posibilidades de interpretación restrictiva del precepto.<sup>2524</sup>

Con la finalidad de castigar sólo las conductas que por su entidad fueran idóneas para afectar la política migratoria, Guardiola García propone la atipicidad en el caso de que se trate de un único inmigrante.<sup>2525</sup> No obstante, el

---

<sup>2521</sup> Algunos autores realizan una interpretación teleológica, a fin de limitar la extensión típica, “de manera que cualquier aportación que suponga un *apoyo relevante* para la entrada, tránsito o salida ilegal o clandestina conlleva la responsabilidad a título de autor”, Cfr. Pérez Cepeda, A.I., *Globalización, tráfico internacional...*, op.cit., pág. 256; también Rodríguez Mesa, M.J., *Delitos contra...*, op.cit., págs. 70 ss. Por su parte Lorenzo Copello, P., “*La protección penal de los Derechos de los ciudadanos extranjeros*”, op.cit., pág. 78, afirma que esta técnica legislativa, utilizada también en otras figuras del Código Penal, permite la incriminación de sujetos que, sin intervenir directamente en el tráfico ilegal, son los verdaderos organizadores de las actividades criminales. Por su parte, Pérez Alonso, E., *Tráfico de personas...*, op.cit., págs. 432 y 433, propone, a partir de la distinción efectuada entre los delitos de inmigración clandestina y de tráfico ilegal, los criterios de la imputación objetiva exigiendo la existencia de una relación causal y de riesgo jurídicamente relevante entre la contribución prestada y la efectiva lesión del bien jurídico protegido, de modo que “dicha conducta tenga capacidad objetiva para facilitar, intensificar o asegurar la realización del hecho por parte del autor y, con ello atacar directamente al bien jurídico. De lo contrario, habría que abogar por la impunidad de la conducta”. Así las cosas, para el caso de la inmigración clandestina “sería necesario que el sujeto actúe con conocimiento del plan y con ánimo de lucro para tener la consideración de autor. De no ser así, respondería como inductor, cooperador necesario o cómplice”. Lo mismo sería predicable del delito de tráfico (identificado con el de trata, según nuestra opinión) que exige la presencia de una finalidad de explotación personal de la víctima para la concurrencia del delito, “exigencia que habrá que imputar al que responda como autor, no a los demás intervinientes, que tendrán la consideración de partícipes.”

<sup>2522</sup> Daunis Rodríguez, A., “*Regulación penal...*”, op.cit., pág. 132; Pérez Cepeda, A.I., *Globalización, tráfico internacional...*, op.cit., pág. 256; Lorenzo Copello, P., “*La protección penal...*”, op.cit., pág. 78.

<sup>2523</sup> En este sentido se expresa, Rodríguez Mesa, M.J., *Delitos contra los Derechos...*, op.cit., págs. 86 ss.

<sup>2524</sup> Martínez Escamilla, M., *La inmigración como delito...*, op.cit., pág. 127, considera que aunque la interpretación efectuada es cuestionable, resulta acorde con las reglas establecidas por el Código penal para el caso de participación delictiva, condicionada al inicio de la ejecución del hecho principal.

<sup>2525</sup> Guardiola García, J., “*Tráfico ilegal o inmigración clandestina de personas: comentario a la reciente reforma del art. 318 bis CP (RCL 1995, 3170 y RCL 1996, 777)*”, *Revista de Derecho y Proceso Penal*, núm. 13, 2005, pág. 19. Este criterio siguió el Tribunal Supremo en sucesivas sentencias, entre ellas, la STS 491/2005, de 18 de abril, se expresa en los siguientes términos: “la doctrina considera

intento de reducir el ámbito de aplicación del tipo a los casos en que se trate de varios inmigrantes presenta la dificultad de que en estos supuestos, tomando en cuenta que la puesta en peligro o la lesión de los Derechos de los inmigrantes configura una agravante, sólo serían objeto de punición cuando la conducta afecte a varias personas.

Por su parte, Rodríguez Mesa<sup>2526</sup> requiere la construcción de un tipo básico en el cual el ánimo de lucro aparezca como un elemento subjetivo del tipo, con el fin de excluir las conductas de promoción, favorecimiento o promoción del tráfico que se lleven a cabo por razones humanitarias.<sup>2527</sup>

Descartada la posibilidad de que la regulación de los flujos migratorios se erija como el bien jurídico, es lógico concluir que la infracción a la ley de extranjería producida sería objeto de sanción del ámbito administrativo y no penal, porque *“el sujeto que promueve, facilita o favorece la inmigración clandestina de personas no obstaculiza el ejercicio de Derechos a los extranjeros que acceden de forma irregular, sino que es la propia Administración quien niega la posibilidad del ejercicio de los mismos, al exigir que el sujeto satisfaga una serie de requisitos para ejercitar esos Derechos.”*<sup>2528</sup> De modo que, a la hora de probar la relación de causalidad entre las acciones típicas y el desvalor de resultado de no poder ejercer ciertos derechos o no conseguir una adecuada integración social, se plantean cuestiones irresolubles.<sup>2529</sup>

Desde nuestro punto de vista el intento doctrinal por dotar de contenido material al bien jurídico “abstracto” pretendidamente tutelado de los “Derechos de los extranjeros” pone de relieve, en primer lugar, la incapacidad que tiene el

---

que aunque en el tipo se alude a personas en su acepción plural, no parece necesario que la actividad afecte a más de una persona para ser típica”. Véanse también en esta línea jurisprudencial las SSTS 1059/2005, de 28 de septiembre; 52/2006, de 19 de enero ; 284/2006, de 6 de marzo; 1270/2006, de 13 de noviembre; SAP Cádiz 32/2006, de 27 de enero; SAP Las Palmas 36/2008, de 19 de marzo.

<sup>2526</sup> Rodríguez Mesa, M.J., *Los delitos contra los ciudadanos...*, op.cit., pág. 97.

<sup>2527</sup> A pesar que la propuesta de Rodríguez Mesa cuando menos constituiría un elemento de restricción del tipo interesante, esta postura no es compartida, ya que lo que determina la puesta en peligro de los bienes jurídicos de los inmigrantes no es la concurrencia del ánimo de lucro, sino las condiciones precarias en las cuales se lleva a cabo el traslado, agregándose que la facilitación de la inmigración irregular con fines económicos constituye una infracción de la ley de extranjería que, por lo expuesto a lo largo del capítulo, no puede erigirse en objeto de protección penal. En el mismo sentido, Martínez Escamilla, M., *La inmigración...*, op.cit., pág. 139. Así se expresa el Tribunal Supremo en varias oportunidades: SSTS 1304/2005, de 19 de octubre; 10 de noviembre de 2005. Sienta precedente en contrario la STS 1270/2006, de 13 de noviembre; véase Muñoz Cuesta, F.J., *“Aplicación del subtipo atenuado de inmigración ilegal”*, Repertorio de jurisprudencia 24/2007, Aranzadi, Pamplona, 2007, disponible <http://www.westlaw.es/wles/app/document?docguid=11952e0b09eea11dc809601000000000&srguid=ia744800e000001215898149193a4d473>

<sup>2528</sup> Daunis Rodríguez, A., *“Regulación penal...”*, op.cit., pág. 113.

<sup>2529</sup> *Ibidem*.

Estado postmoderno de *traducir* en un bien jurídico un conflicto social;<sup>2530</sup> en segundo lugar, de la mano de la falacia determinista que convierte los efectos en causas, permite arrojar los efectos de un sistema deshumanizador al ámbito del estado natural y, con ello, los equipara a un peligro que, a su vez, habilita la rearticulación de las (des)regulaciones. En efecto, aquello faculta al concepto de riesgo para que continúe adaptándose en aras de deshenebrar el oxímoron “orden natural” en el desorden postmoderno.

La producción del “extranjero” aparentemente podría aparecer como el resultado de un discurso de doble faz, sin embargo, esto es más aparente que real, ya que cualquiera de las dos vertientes termina convergiendo en la amenaza de expulsión.<sup>2531</sup> El migrante como víctima del tráfico no todas las veces es una víctima. El enfoque trafiquista que produce el binomio traficante-víctima busca sólo una reafirmación simbólica del Derecho. En este sentido, en cuanto el contrato social habilita la inclusión de otros sujetos de Derecho, hasta entonces excluidos, vrg. el caso de las mujeres, los negros, los niños...etc., lo hace bajo el parámetro universal que funda la aporía moderna: el hombre, blanco, burgués. Sin embargo, esta inclusión en su “espacio” se realiza sobre la base de una inclusión subordinada: como víctima.<sup>2532</sup>

Por lo expuesto, la pretendida lucha contra el tráfico de personas se desmiente en cuanto pensamos en la declaración de ilegalidad como la flexibilización de los derechos humanos fundamentales. El Estado tiene que regular su propia desregulación y, en este sentido, el caos producido como consecuencia de la declaración de “ilegalidad”, pretenderá ser exorcizado por el control de los ilegalismos producidos por la declaración de clandestinidad.<sup>2533</sup> Por ello, el “nuevo” estatuto de la ley penal no puede más que custodiar la protección de las funciones de control.

En efecto, la única relación de causalidad que se derivaría de admitir que el bien jurídico protegido es “la capacidad del Estado de regular los flujos”, es la violación de la ley administrativa, donde el objeto sobre el que recae el resultado típico es la LOEx,<sup>2534</sup> cuestión a las claras inadmisibles.

---

<sup>2530</sup> Cfr. Zaffaroni, E.R., /Alagia, A., /Slokar, A., *Derecho Penal...*, op.cit., págs. 136-137, que construyen como principio de limitación de la potencia punitiva de carácter material el de “proscripción de la burda inidoneidad del poder punitivo”.

<sup>2531</sup> Véase *supra* 3.3.

<sup>2532</sup> Lorenzo Copello, P., “El modelo de protección de los inmigrantes: de víctimas a excluidos”, en Cancio Meliá, M., /Pozuelo Pérez, L., /Rodríguez Mourullo, G., (dirs.), *Política criminal en vanguardia*, op.cit., *pássim*.

<sup>2533</sup> Foucault, M., *La vida de los hombres infames...*, op.cit., pág. 13, afirma que “todo lo que se considera extraño recibe, en virtud de esta conciencia, el estatuto de la exclusión cuando se trata de juzgar y de la inclusión cuando se trata de explicar. El conjunto de las dicotomías fundamentales que, en nuestra cultura, distribuyen a ambos lados del límite las conformidades y las desviaciones, encuentra así una justificación y la apariencia de un fundamento”.

<sup>2534</sup> En caso de aceptar hipotéticamente que el bien jurídico protegido por la norma fuera el control de flujos migratorios, se trataría de un delito de mera actividad. Véase Acale Sánchez, M.,

En la estructura típica del art. 318.1 bis CP, el desvalor de acción pretende autónomamente la configuración del injusto, desplazando al desvalor de resultado que, en virtud del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos y de ofensividad, toda norma penal debe contener para ser considerada legítima.<sup>2535</sup> En virtud del principio *nullum crimen sine inuria*, la determinación del carácter contrario a la norma de un comportamiento típico no se reduce a la comprobación de tal antinomia, sino que es *conditio sine qua non* la verificación de que el comportamiento tiene el “significado social desvalorativo que sólo puede darle el bien jurídico, que le da contenido material a la norma.”<sup>2536</sup>

Por ello se plantean problemas con relación a la ofensividad de los bienes jurídicos cuya indeterminación y amplitud impide la configuración de la afectación. De allí el recurso por parte del legislador a los verbos “promover, facilitar, favorecer” de contenido tendencialmente inacotable, en violación expresa de la prohibición de exceso y del principio de legalidad; cuando el legislador tipifica una conducta establece las formas concretas de ataque al específico bien jurídico, para que ésta pueda desarrollar su función de límite a la potencia punitiva. Estos comportamientos adquieren significación, en tanto y en cuanto haya un bien jurídico, porque es él el que le da contenido al injusto y a la tipicidad.<sup>2537</sup>

Se advierte otro escollo derivado de la técnica legislativa, referido al elemento geográfico “desde, en tránsito o con destino a España, o con destino a otro país de la Unión Europea.” Éste hace referencia al carácter transnacional de los desplazamientos, por lo tanto abarca la recluta o captación de personas en el país de origen, y el transporte o el traslado de las mismas, hasta llegar a destino mediante su acogida o recepción. Sin embargo, la expresión *desde* va referida a la salida, por lo tanto, esta situación no es aplicable a la inmigración clandestina o al

---

*El tipo de injusto en los delitos de mera actividad*, op.cit., págs. 184 ss. Por su parte, Quintero Olivares, G., “Los delitos de peligro en la política criminal de nuestro tiempo”, Arroyo Zapatero, L., /Neumann, U., /Nieto Martín, A., (coords.), *Crítica y justificación del Derecho penal en el cambio de siglo. El análisis crítico de la Escuela de Frankfurt*. Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2003, pág. 244, asimila los delitos de peligro a los delitos imprudentes, porque en ambos se realizan acciones que con arreglo al fin de la norma destinada a proteger el bien jurídico “entrañan un riesgo antinormativo para ese bien, y son acciones cuya realización el legislador quiere castigar por sí mismas prescindiendo de que ulteriormente se produzca un resultado.”

<sup>2535</sup> Hormazábal Malarée, H., “Consecuencias político criminales y dogmáticas del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos”, op.cit., pág. 1086, donde afirma que “el principio del bien jurídico deslegitima los delitos de peligro abstracto, esto es, aquellos delitos en los que simplemente se castiga una situación provocada por el autor que se presume peligrosa. Con la presunción de la peligrosidad se excluye que el peligro sea un elemento típico, y por tanto, que la acusación tenga que acreditar la peligrosidad ex ante de la acción para el bien jurídico protegido”.

<sup>2536</sup> Hormazábal Malarée, H., “Imputación objetiva y principio de lesividad”, op. cit., pág. 413.

<sup>2537</sup> Bustos Ramírez, J., /Hormazábal Malarée, H., “Significación social y tipicidad” en AA.VV., *Estudios Penales: Libro homenaje al Prof. J. Antón Oneca*, Ediciones de la Universidad de Salamanca, Salamanca, 1982, págs. 121-138.

tráfico ilegal, puesto que supone tomar como punto de partida del *iter* migratorio al Estado español, justamente lo contrario a la definición de *inmigración*.<sup>2538</sup>

Frente a tal equivocación, habría que interpretar que las salidas *desde España*, aunque fueran ilegales (art. 28 LOEx), no pueden ser nunca imputadas al delito del artículo 318 bis. 1 CP, sino que deberían de ser referidas, en su caso, al delito de trata de personas.<sup>2539</sup> Respecto de la expresión *en tránsito*, está haciendo referencia a la entrada en España de personas procedentes de otro país con la intención de atravesar el territorio cuyo destino final sería un tercer país, lo cual implica la presencia de tres Estados, el de origen, el de destino y aquél que sirve de conexión entre ambos.<sup>2540</sup>

Es dable aquí hacer especial referencia a los supuestos de traslados desde Ceuta o Melilla a la península. En su mayoría la jurisprudencia los ha considerado como conductas típicas del artículo 318 bis CP. El 27 de diciembre de 2006, el Tribunal Supremo en la STS 1294/2006, aprecia que los ciudadanos marroquíes, una vez introducidos en España, eran trasladados al puerto o aeropuerto para acceder al territorio peninsular y determina que “luego, el acceso a España aparece recogido en los hechos probados como consecuencia de la conducta de los acusados. Pero es que además, el tipo penal sanciona la inmigración clandestina de personas en tránsito o con destino a España y es patente que en el hecho probado se refiere la conducta típica respecto a personas que se encontraban en tránsito respecto a la península a la que se disponía el traslado. Esta Sala ha declarado la tipicidad de la conducta de quien hurtando los controles provinciales, especialmente dispuestos para vigilar el control en materia de migraciones clandestinas, realiza el tipo penal promoviendo o facilitando el tráfico ilegal de personas, en los términos probados, desde las ciudades de Melilla al territorio peninsular.”<sup>2541</sup>

---

<sup>2538</sup> López Cervilla, J.M., “*El extranjero como víctima...*”, op.cit., pág. 2666, ha señalado que el legislador ha incurrido en un error gramatical (o conceptual?) en la redacción del precepto. En el mismo sentido, se expresan García Arán, M., y otros, “*Los tipos acogedores...*”, op.cit., pág. 225, cuando afirman que “produce un contrasentido denominar inmigración a un hecho que se inicia en España con destino al extranjero.”

<sup>2539</sup> Véase *infra* 6.7.

<sup>2540</sup> El Tribunal Supremo, en STS 968/2005, de 13 de julio, afirma que con las expresiones finales «desde, en tránsito o con destino a España» se quieren abarcar tres modos de comisión diferentes: a) movimiento de personas desde el extranjero hacia España, que es el modo más frecuente de comisión; b) salida de alguien de España al extranjero; c) tránsito dentro de España, de un punto a otro, relacionado con ese tráfico ilegal o esa inmigración clandestina, que es la conducta observada en los hechos aquí examinados, como exponemos a continuación.

<sup>2541</sup> Por parte de la doctrina se alega la existencia de un régimen especial para el caso de estas dos ciudades del norte africano. En este sentido, expresa Rodríguez Mesa, M.J., *Los delitos...*, op.cit., pág. 69, que “aunque el sujeto activo no haya intervenido en la entrada de los ciudadanos extranjeros hasta estas ciudades, si su comportamiento colabora a que los inmigrantes consigan traspasar los controles de personas que existen entre estas ciudades y el resto del territorio nacional, encajará en el tipo del artículo 318 bis del CP”, todo ello teniendo en cuenta que la reforma prescrita por la LO 14/2003 de la ley de extranjería extiende las sanciones a los

Sin embargo, la jurisprudencia no sigue una dirección clara respecto de la inclusión en el supuesto del art. 318 bis CP de los casos de tráfico interno, que no tienen idoneidad de afectar el “control de los flujos”; esta situación presenta graves deficiencias en cuanto a la protección de los derechos individuales de personas víctimas del delito de trata de personas. Todo ello conduce a una laguna de punibilidad muy importante, dejando desprotegidos los Derechos humanos fundamentales de los migrantes en el caso en que sus condiciones vitales esenciales sean lesionadas.<sup>2542</sup>

En último término la expresión *con destino* no plantea inconvenientes, y su supuesto de hecho se presenta cuando España resulta el destino del movimiento migratorio.

Asimismo, los inconvenientes que la redacción típica presenta, traducidos en la imposibilidad de determinar con claridad los actos configurativos del *iter criminis*, o las conductas comprendidas en los verbos típicos genera, al momento

---

transportistas en los supuestos de que el transporte se efectúe desde Ceuta o Melilla hasta cualquier otro punto del territorio español. De la misma opinión, Pérez Cepeda, A.I., *Globalización, tráfico internacional...*, op.cit., pág. 248; García Arán, M., *Comentarios.....*, op.cit., pág. 1334; García Arán, M., /Jiménez Vallejo, C., /Morón Lerma, E., “*Los tipos acogedores.....*,” op.cit., pág. 226. En contra, Pérez Alonso, E., *Tráfico de personas.....*, op.cit., pág. 424; García España, E./Rodríguez Candela, J.L., “*Delitos contra los Derechos.....*,” op.cit., pág. 741.

<sup>2542</sup> Tanto los Tribunales inferiores como el Tribunal Supremo han considerado como típicos los traslados de inmigrantes en situación irregular entre dos puntos geográficos del territorio español peninsular, por lo cual es frecuente encontrar condenas a taxistas u otros conductores que transportan inmigrantes irregulares de un lugar a otro. Véanse Sentencias Audiencia Provincial de SSAP Cádiz 78/2002, de 27 de mayo 2002; 6/2003, de 21 de enero de 2003; 19 de febrero de 2003; 16 de junio de 2003; SAP Cádiz 120/2003, de 27 de octubre de 2003; 5 de julio de 2004, finalmente casada por la STS de 19 de octubre de 2005; Por su parte, la Audiencia Provincial de Almería sostiene que no es típico el simple traslado, como frecuentemente ocurre, desde la provincia de Cádiz (lugar de llegada) a Almería (lugar de trabajo o estancia), así lo dispone la SAP Almería 107/2004, de 24 de mayo, que no condenó por el artículo 318 bis CP por el traslado de inmigrantes irregulares desde el lugar de arribo (Tarifa), hasta el lugar de trabajo (El Ejido. No obstante, el recurso presentado por la Fiscalía ante el Tribunal Supremo, la STS 344/2005, de 13 de mayo de 2005, afirma que “hubo una acción de favorecimiento de la inmigración clandestina en relación al menos con dos personas a las que se facilitó el tránsito desde un punto a otro de la península ...la acción de recoger en Tarifa a quienes se hallaban ocultas en el campo sin saber dónde ir para trasladarlas hasta un pueblo de Almería, cuando aún no tenían un lugar donde asentarse, ha de considerarse favorecimiento de estas pretensiones de quienes ilegalmente habían llegado a nuestras costas para quedarse en nuestro país”. Esta sentencia recoge la doctrina del Tribunal Supremo respecto del ámbito aplicativo del concepto de tránsito, cuando señala que “con las expresiones desde, en tránsito o con destino a España, se quieren abarcar tres modos de comisión diferentes; a) el movimiento de personas desde el extranjero hacia España, que es el modo más frecuente de comisión; b) salida de alguien de España al extranjero; c) tránsito dentro de España, de un punto a otro, relacionado con ese tráfico ilegal o inmigración clandestina”. A través de estos argumentos el Tribunal Supremo ha aplicado el artículo 318 bis CP a los desplazamientos internos de inmigrantes en situación irregular. Véanse las SSTS 968/2005, 13 de julio de 2005; 284/2006, de 6 de marzo; 651/2007, de 5 de junio; 302/2007, de 3 de abril.

de la imposición de la pena, la ruptura de la relación de proporcionalidad entre aquella y la afectación al bien jurídico.<sup>2543</sup>

La pena de prisión de cuatro a ocho años establecida por el inciso 1 se prevé para los casos en que el autor no actúa con ánimo de lucro, no pertenece a una organización criminal, no pone en peligro la vida o la integridad del inmigrante, e incluso, cuenta con su consentimiento. La pena excede con creces lo establecido por la normativa europea. De este modo, conductas como ayudar al inmigrante de cualquier forma podrán ser castigadas con una sanción que tiene un mínimo de escala penal de cuatro años de prisión (o de dos años en caso de aplicarse el apartado 6).

La amplitud de la descripción típica habilita que las conductas realizadas con fines humanitarios sean punibles. En este sentido, la falta de una eximente específica ha motivado que en numerosas ocasiones las Audiencias Provinciales hayan condenado a quien favorece la inmigración ilegal de un familiar tan directo como su hermano, bien es cierto que, en la mayoría de los casos, apreciando el subtipo atenuado (art. 318 bis.6) y en otras ocasiones la atenuante prevista en el art. 23 CP.<sup>2544</sup>

---

<sup>2543</sup> Pérez Cepeda, A.I., *Globalización, tráfico internacional...*, op.cit., pág. 256. Entendemos que, si bien cabe la posibilidad de reducir la pena, en virtud de la redacción típica son punibles los supuestos en que alguien con fines humanitarios realice el transporte o ayude a un inmigrante a cruzar las fronteras, sin más intención que esa. El legislador no contempla como posibilidad lo dispuesto por la normativa europea, que estima que los ordenamientos podrán dejar impunes aquellos supuestos.

<sup>2544</sup> Entre otras las SSAP Málaga 55/2004, de 29 de septiembre; Cádiz 56/2005, de 8 de febrero; Málaga 72/2005, de 27 de septiembre; Cádiz 320/2005 de 16 de noviembre; Cádiz 359/2005, de 19 de diciembre. En este sentido, para quebrar la rigidez del precepto, Bermejo Romero de Terreros, J.A., *"Inmigración ilegal y trata de seres humanos"*, Boletín de Información del Ministerio de Justicia, núm. 2015, 15 de junio de 2006, proponía añadir un inciso al número 6 del art. 318 bis que permita reducir la pena en dos grados cuando si el objetivo de la conducta desplegada sea prestar ayuda humanitaria Véase López Cervilla, J.M., *"Tráfico de personas con fines altruistas"*, op.cit. Recientemente el Tribunal Supremo, flexibilizando la rigidez del tipo penal, ha estimado la inexistencia de antijuridicidad de determinadas conductas que, aún subsumibles en el tipo del Art. 318 bis, son inocuas desde el punto de vista del bien jurídico protegido. Así, respecto a la conducta de quien en el control fronterizo transporta al inmigrante ilegal sin ocultación, ha declarado que «el nivel de antijuridicidad formal exigido por el tipo penal aplicado, no alcanza a supuestos como el que estamos examinando (STS 147/2005, de 15 de febrero, (ponente Martín Pallín); la STS 1304/2005 de 19 de octubre (ponente Martín Pallín) afirma que no existe lesión alguna para el bien jurídico por quien simplemente aloja al los inmigrantes ilegales una vez han entrado en nuestro país; o los casos en que carece de relevancia jurídico penal la conducta de quien, una vez detenido el inmigrante ilegal en el control fronterizo, se acerca a los policías y les manifiesta que aquél es amigo suyo y goza del derecho a entrar en España como dispuso la STS 569/2006, de 19 de mayo (ponente Colmenero Menéndez de Lúcar). El Tribunal Supremo, SSTS 545/2006, de 23 de mayo; 479/2006, de 28 de abril, ha superado la aparente rigidez de la descripción típica del Art. 318 bis y, utilizando el criterio del bien jurídico, excluye aquellas interpretaciones que desembocan en la sanción de conductas que no lo lesionan, acercándose a la construcción de una causa de justificación suprallegal en los casos en los que el hecho siendo formalmente típico no amenace el bien jurídico.

Por lo expuesto, coincidimos con Díaz y García Conlledo *et.al.*, cuando afirman que hubiera sido más pertinente excluir muchas de estas conductas del tipo penal, en vez de dejar abierta la posibilidad de que el juez rebaje la pena. En primer lugar porque la norma deja al Juez la decisión de la aplicación de la atenuación, sin establecer para ello criterios claros, violando el principio de igualdad.<sup>2545</sup> Desde otra perspectiva, muchas de las conductas no son merecedoras de sanción penal, y este inciso no permite eximir de pena al autor, sino sólo atenuarla. La redacción típica del último inciso del art. 318 bis CP contiene incriminaciones extremadamente duras que no tienen en consideración ni los móviles que llevan al autor a cometer la conducta ni los medios utilizados, para después introducir una cláusula atenuatoria general.<sup>2546</sup>

### **6.6. a. En los subtipos agravados del art. 318 bis CP**

Los incisos 2 a 5 del art. 318 bis CP prevén una serie de subtipos agravados mientras que el número 6, que ya analizamos anteriormente, prevé la posibilidad de atenuar la pena.<sup>2547</sup>

#### **6.6.a.1. Con fines de explotación sexual.**

La LO 11/2003 dispuso la incorporación del delito de tráfico con fines de explotación sexual, desvinculándolo del artículo 188.2 CP.<sup>2548</sup> Esta modificación

---

<sup>2545</sup> Díaz y García Conlledo, M., *et.al.*, *Protección y expulsión...*, op.cit., págs. 254 ss.

<sup>2546</sup> Cfr. Pérez Cepeda, A.I., *Globalización, tráfico internacional...*, op.cit., pág. 279.

<sup>2547</sup> En este apartado sólo haremos referencia a algunas cuestiones puntuales, ya que sobre el particular se han expresado acertada y abundantemente los autores que se han dedicado al tema. Véanse Maqueda Abreu, M.L., *El tráfico sexual de personas*, op.cit., *pássim*; Rodríguez Mesa, M.J., *Delitos contra...*, op. cit., págs. 92 ss.; Sánchez Lázaro, F., “*El nuevo delito de tráfico ilegal de personas...*”, op.cit., pág. 293; Serrano Piedecabras, J.R., “*Los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros*”, op.cit., págs. 338 ss.; Pérez Cepeda, A.I., *Globalización, tráfico internacional...*, op.cit., págs. 258 ss.

<sup>2548</sup> La LO 11/1999, de 30 de abril, produjo la modificación del Título VIII del Libro II del Código Penal, relativo a los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales, y el Capítulo V de delitos relativos a la prostitución y corrupción de menores. El art. 188.2 CP castigaba con las *penas de prisión de dos a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses al que directa o indirectamente favorezca la entrada, estancia o salida del territorio nacional de personas con el propósito de su explotación sexual, empleando violencia, intimidación o engaño, o abusando de una situación de superioridad o de necesidad o vulnerabilidad de la víctima.*

La Fiscalía General del Estado considera en su Circular 2/2006 que la inclusión del tráfico ilegal con la finalidad de la explotación sexual ha sido acertada, en tanto que se resuelven cuestiones concursales. En efecto, la tipificación vigente hasta el momento de la reforma del art. 188.2 CP fue tratada confusamente por la jurisprudencia, sobre todo respecto del delito de prostitución coactiva tipificado en el art. 188.1 CP. Este delito, supone el agotamiento del art. 318.1 bis en cuanto que propicia la obtención del efectivo que colma el ánimo de lucro que guiaba aquella actividad. Se trata de dos delitos que se enmarcan dentro del mismo concierto, y que concurren entre sí en relación de concurso real, tal y como ha tenido ocasión de reiterar el Tribunal



implica que la actual redacción típica del artículo 188 CP castiga con pena de prisión de dos a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses *al que determine, empleando violencia, intimidación y engaño, o abusando de una situación de superioridad o de necesidad o vulnerabilidad de la víctima, a persona mayor de edad para ejercer la prostitución o para mantenerse en ella.*<sup>2549</sup> Con la misma pena se castiga al que lucre con la prostitución de otra persona, aun con su consentimiento.

Pese a que en la exposición de motivos se expresó que esta reforma era fruto de “una necesaria adaptación técnica”, el traslado que produjo el legislador en la reforma LO 11/2003 de alguno de los presupuestos del art. 188.2 CP para convertirlo en una forma agravada del delito de tráfico e inmigración clandestina del art. 318 bis CP, revela ciertos inconvenientes no sólo en lo atinente a su interpretación, sino también en las lagunas de punibilidad que se presentan respecto del delito de trata de personas.<sup>2550</sup>

En este sentido, la redacción típica del art. 318.2 bis CP conduce a que se imponga una pena menor al sujeto que determina efectivamente a otro a ejercer la prostitución, incluso, mediante violencia, engaño o intimidación (2 a 4 años de prisión), que al que trafique ilegalmente con personas con el fin de explotarlas sexualmente. Aun cuando no se recurra a ningún medio coercitivo para hacerlo

---

Supremo, a partir del Pleno de 26 de febrero de 2008. Este pronunciamiento fija una doctrina que resuelve las cuestiones concursales entre el art. 318.2 bis CP y el art. 188.1 afirmando que habrá un concurso real, si bien, habiéndose de evitar efectuar una doble consideración de “la intención de explotación sexual”. Y ello porque en el art. 318.2 bis CP está presente tal intención a realizar en un futuro, y en el art. 188.1 viene a materializarse de forma efectiva la misma intención. Por ello la solución ha de consistir, no en aplicar el art. 188.1 CP junto con el art. 318.2 CP sino en aplicar el art. 188.1 CP junto con la figura básica, no agravada, del art. 318 bis 1, en la que se prescinde de tomar en consideración cualquier intención referente a una explotación sexual futura. Esta decisión es seguida por la SAP Madrid, 139/2008, de 13 de octubre. Al momento de analizar el Proyecto de reforma del Código Penal, *infra* 6.7, efectuaremos una breve consideración respecto de qué debe ser entendido por explotación sexual.

<sup>2549</sup> La descripción típica coincide en gran medida con la dada por la Acción Común (97/154/JAI) de 24 de febrero de 1997, adoptada por el Consejo con base en el art. K3 del Tratado de la Unión Europea, relativa a la lucha contra la trata de seres humanos y la explotación sexual de niños. Sin embargo, la Decisión Marco 2002/696/JAI, de 19 de julio de 2002, deroga la aplicación de la Acción Común 97/154/JAI en lo relativo a la trata de personas.

Asimismo, en España se encuentra vigente el *Segundo Plan de Acción contra la explotación sexual de la infancia y la adolescencia* (2006-2009), del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, disponible en [http://www.mepsyd.es/observatoriodeinfancia/documentos/IIPlan\\_contra\\_ESI.pdf](http://www.mepsyd.es/observatoriodeinfancia/documentos/IIPlan_contra_ESI.pdf). Véanse Villacampa Estiarte, C., *Comentarios...*, op.cit., pág. 1677; López Cervilla, J.M., “*El extranjero como víctima...*”, op.cit., quienes afirman que tras la introducción del art. 318 CP en el año 2000, el art. 188.2 CP fue calificado como innecesario, particularmente porque supuso grandes escollos en materia concursal.

<sup>2550</sup> Guardiola García, J.M., “*Tráfico ilegal...*”, op.cit., pág. 24; Olaizola Nogales, I., “*Delitos contra los derechos...*”, op.cit., pág. 201; Díaz y García Conlledo, M., *et.al*, *Extranjería y Derecho penal...*, op.cit., pág. 101; Maqueda Abreu, M.L., “*¿Es la estrategia penal una solución a la violencia contra las mujeres? Algunas respuestas desde un feminismo crítico,*” *Indret*, núm. 4, Barcelona, 2007, págs. 10, 15, disponible en [www.indret.com](http://www.indret.com)

posible, se verificará la tipicidad debido a que el tipo no exige para su consumación que se produzca efectivamente dicha explotación sexual, con una pena privativa de libertad de 5 a 10 años.

El artículo 188.2 CP no requería del cruce ilegal de fronteras, ya que servía para abarcar los supuestos más frecuentes en los que los culpables proporcionan a las víctimas los elementos para que su entrada no sea irregular.<sup>2551</sup>

En la actual redacción del apartado 2 del artículo 318 bis CP se prescribe que la conducta debe estar comprendida dentro del tráfico o la inmigración clandestina, por lo que debe valorarse si quedarán fuera estos supuestos. Esto constituye uno más de los problemas que implica la confusión entre el tráfico de personas y la trata. En este segundo supuesto debe ser irrelevante el que la entrada se produzca de forma irregular.<sup>2552</sup>

Derivada de la subordinación al carácter clandestino de la inmigración prevista en este apartado, se produce la exclusión de los españoles y los extranjeros comunitarios como posibles sujetos pasivos de esta figura,<sup>2553</sup> ya que se recoge como agravante del tipo base de tráfico ilegal y de inmigración clandestina, a quienes será aplicable el art. 188.1 CP de conformidad con la sentencia del Tribunal Supremo 484/2007, de 29 de mayo de 2007, que expresa que teniendo en cuenta que lo que se sanciona aquí es la finalidad de explotación sexual resulta problemático mantener el mismo concepto con anterioridad a la reforma, de no ser así “una vez más, prostitución y trata participan del mismo concepto pero, esta vez, en aras de la exclusión de una inmigración sexual indeseada, no de la protección de sus Derechos.”<sup>2554</sup> En este sentido, afirma Cugat Mauri que “la posible afectación a la libertad del ciudadano extranjero, como en el caso de la determinación coactiva a la prostitución, haría de aplicación el art. 188 del CP, sin que, en este caso exista diferenciación según el sujeto pasivo sea nacional rumano, ciudadano de la Unión o extracomunitario. Pero en lo que afecta al delito de inmigración clandestina, en los términos en que ha sido abordado por la jurisprudencia de la Sala, la situación del nacional, rumano o búlgaro, no es distinta de cualquier ciudadano de la Unión, por la protección a la persona en el ámbito territorial de la Unión que resulta del Anexo II del Tratado de la Unión y no hay riesgo potencial de los derechos personales y a la libertad derivado del ciudadano de la Unión, supuesto que sí puede concurrir con relación a ciudadanos no comunitarios.”<sup>2555</sup> Este caso sienta un precedente

---

<sup>2551</sup> Estas conductas aparecen descritas en múltiples sentencias; SAP Navarra 11/2001, de 24 de enero; SAP Jaén 5/2001, de 15 de febrero; SAP Burgos de 28 de junio de 2002.

<sup>2552</sup> En el mismo sentido, Olaizola Nogales, I., op.cit., pág. 205; Ortubay Fuentes, M., “El impreciso...”, op.cit., págs. 444 ss.

<sup>2553</sup> Cugat Mauri, M., “Las repercusiones...”, op.cit., pág. 4.

<sup>2554</sup> Maqueda Abreu, M.L., “Hacia una nueva interpretación de los delitos relacionados con la explotación sexual”, en Zugaldía Espinar, J.M., (dir.), Pérez Alonso, E., (coord.), *El Derecho penal frente al fenómeno de la inmigración*, op.cit., págs. 257 -258.

<sup>2555</sup> Cugat Mauri, M., “Las repercusiones...”, op.cit., pág. 3.

jurisprudencial que descarta la aplicación del art. 318 bis CP para el caso de ciudadanos de la UE, por considerarse que hay una falta de lesividad al bien jurídico protegido, ya que este último, exige una verificación de la afectación real o potencial de los derechos del ciudadano extranjero de acuerdo al título en el que se incerta la norma en comentario, y los ciudadanos europeos ya gozan de otros instrumentos de protección.

Decantados por la aplicación del artículo 188 CP a estos supuestos, e intentando evadir la confusión entre los delitos de prostitución y de trata de seres humanos, la mayoría de la doctrina propone una interpretación restrictiva del concepto de explotación sexual, ya que de no hacerlo conllevaría una involución respecto del tratamiento de la prostitución establecido por el Código en su versión original. De este modo, el concepto interpretado restrictivamente, limitado a situaciones de abuso económico, es útil a fin de mantener la coherencia de la regulación vigente con “las directrices político-criminales liberalizadoras instauradas en 1995.”<sup>2556</sup>

El art. 188.2 CP introducido por la LO 11/1999, en principio, tipificaba las conductas de trata de personas con fines de explotación sexual. En este sentido, la doctrina consideraba que se trataba de conductas que afectaban a la libertad sexual, y aparecía considerado como un delito de emprendimiento, ya que en realidad se trataba de una tentativa de delito de práctica forzada o no consentida de la prostitución entre adultos del art. 188.1, pero tipificada como delito autónomo.<sup>2557</sup>

Aún y con las dificultades señaladas, éstas aumentan en tanto que la figura agravada que recoge el art. 318.2 bis CP se aplicará, obviamente, sobre el delito base. Si bien los instrumentos internacionales señalan que la explotación sexual configura uno de los intereses predominantes en la trata de seres humanos, y esto aparentemente conduciría a dar un fundamento sólido a la conducta agravada, en la redacción típica queda subordinada a la calidad de la entrada, que debe ser de carácter irregular. De este modo, ya no se puede hablar de un delito de trata, sino de situaciones en las cuales, partiendo de la comisión de una entrada de carácter clandestino y/o ilegal, ésta tenga por finalidad la explotación sexual; asimismo la violencia, intimidación, engaño o abuso de una situación de superioridad, necesidad o vulnerabilidad de la víctima dejan de formar parte de

---

<sup>2556</sup> Maqueda Abreu, M.L., “Hacia una nueva.....”, op.cit., págs. 257 ss.; Díaz y García Conlledo, M., *et.al.*, *Extranjería y Derecho penal.*, op.cit., pág. 102; Quintero Olivares, G./Pérez Cepeda, A.I., “Las normas penales españolas: cuestiones generales”, en García Arán, M., (coord.), *Trata de personas y explotación sexual...*, op.cit., págs. 157 ss.

<sup>2557</sup> En este sentido, Polaino-Orts, E., “Los delitos sexuales a la luz del Código Penal de 1995. (Especial referencia a la LO 11/1999, de 30 de abril)”, en Cuadernos de Política Criminal, núm. 67, 1999, pág. 201; Maqueda Abreu, M.L., “El tráfico de personas con fines de explotación sexual”, en Jueces para la Democracia, núm. 38, 2000, pág. 23; de la misma, “Hacia una nueva interpretación de los delitos relacionados con la explotación sexual”, op.cit.; Baucells Lladós, J., “El derecho penal ante el fenómeno migratorio”, *Revista de Derecho y Proceso Penal*, núm. 13, 2005-I, págs. 185.

los requisitos típicos. Tampoco se explica la exclusión tanto de los españoles como de otros ciudadanos comunitarios de la calidad de sujetos pasivos del delito.<sup>2558</sup>

### 6.6.a.2. Ánimo de lucro o el empleo de determinados medios

De conformidad con el apartado 3 del artículo 318 bis CPla *pena de prisión de cuatro a ocho años se debe imponer en su mitad superior si la conducta es realizada con ánimo de lucro, o se emplea violencia, intimidación o engaño o abuso de la situación de vulnerabilidad de la víctima, o ésta se encuentra en situación de minoría de edad o se pone en peligro su vida o su integridad*. Estas circunstancias implican la condena a una pena mínima de seis años de prisión.

En primer lugar, consideramos que la exigencia de ánimo de lucro debería haberse contemplado en el tipo básico, para evitar las inconsistencias que devienen de no atender a las definiciones de los tratados internacionales, para lograr una delimitación con el ámbito administrativo, para excluir de éste las conductas con fines humanitarios, etc. Por otro lado, se incorporan al tipo básico (delito de tráfico) elementos coactivos propios del delito de trata.<sup>2559</sup>

Como vimos, el Protocolo contra el tráfico de migrantes por tierra, mar y aire, incluye en la definición del delito de tráfico el ánimo de lucro, ya que sería difícil imaginar una actividad de tráfico que no tuviera la finalidad de obtener éste u otro tipo de beneficio material.

---

<sup>2558</sup> Villacampa Estiarte, C., *Comentarios..*, op.cit., pág. 1678; Sánchez García de Paz, I., *“Inmigración ilegal y tráfico de seres humanos para su explotación laboral o sexual”*, en Diego Díaz-Santos, M.R., Fabián Caparrós, E., (coords.), *El sistema penal frente a los retos de la nueva sociedad*, Colex, Madrid, 2003; López Cervilla, J.M., *“El extranjero como víctima.....”*, op.cit., pág. 272; Cugat Mauri, M., *“Sujetos protegidos por el delito de tráfico de personas del art. 318 bis CP”*, en Rodríguez Mesa, M.J., Ruiz Rodríguez, L., (coords.), *Inmigración y sistema penal...*, op.cit., págs. 219 ss.

<sup>2559</sup> Véase García Arán, M., y otros, *“Los tipos acogedores...”*, op.cit., págs. 233 ss. Asimismo coincidimos con las afirmaciones efectuadas por Sáinz-Cantero Caparrós, J.E., *Los delitos contra los derechos...*, op.cit., pág. 104; del mismo *“Sobre la actual configuración de los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros”*, en Carbonell Mateu, J.C.,/Del Rosal Blasco, B., /Morillas Cuevas, L., /Orts Berenguer, E., /Quintanar Díez, M., *Estudios penales en Homenaje al Profesor Manuel Cobo del Rosal*, Dykinson, Madrid, 2005, págs. 795 ss.; Cancio Meliá, M., /Maraver Gómez, M., *“El derecho penal frente....”*, op.cit., pág. 378; Villacampa Estiarte, C., *“Delitos contra los derechos...”*, op.cit., pág. 1130; Mayordomo Rodrigo, V., *El delito de tráfico ilegal...*, op.cit., pág. 157, cuando afirman que es impugnabile el desorden sistemático que se produce entre los subtipos agravados, ya que tras las sucesivas reformas se unifican cuestiones que tienen diversa naturaleza, lo que conduce a la indistinción de la concurrencia de una o varias de éstas, salvo en el momento de la individualización judicial de la pena. Por su parte, la Circular 2/2006 de la Fiscalía General del Estado dispone que cuando respecto de un mismo hecho concurren dos o más agravaciones previstas en el art. 318.3 bis CP, el tipo cualificado se integrará con cualquiera de las concurrentes, pudiéndose dar operatividad a las restantes a la hora de la determinación concreta de la pena dentro de los márgenes legales.

Por su parte, la jurisprudencia, al momento de evaluar la concurrencia de esta agravante, plantea que puede recurrirse a la prueba indiciaria. En este sentido la STS 1039/2005, de 22 de septiembre, afirma que se puede inferir, sin riesgo de incurrir en error, que la actividad de los denominados “motores humanos” es siempre retribuida.<sup>2560</sup>

La nueva redacción de este inciso, equipara a efectos de pena varios supuestos que en el anterior 318 bis. 3 CP tenían distinto tratamiento. En este sentido, el anterior art. 318 bis.2 CP establecía una penal de 2 a 4 años de prisión y multa de 12 a 14 meses al que realizara las conductas descritas en el tipo básico con ánimo de lucro, o empleando violencia, intimidación o engaño o abusando de una situación de necesidad de la víctima; mientras que en el inciso número 3 se imponían las penas correspondientes en su mitad superior a las previstas en los apartados anteriores cuando la comisión de los hechos hubiera puesto en peligro la vida, la salud o la integridad de las personas o para los casos en que la víctima fuera menor de edad. Con la reforma incorpora a los incapaces, el abuso de una relación de superioridad y la especial vulnerabilidad de la víctima.<sup>2561</sup>

De acuerdo con la redacción típica el legislador equipara conductas que ostentan muy diversa gravedad, en este sentido, no parece plausible la equiparación de aquellas conductas que se llevan a cabo con la finalidad de obtener un beneficio de orden material con aquellas que ponen en peligro la vida, la integridad, la salud de los migrantes.<sup>2562</sup>

Asimismo este inciso incorpora elementos limitadores de la libertad individual que son típicos del delito de trata de personas. Ello evidencia, una vez más la confusión que ha precedido la redacción y da lugar a una figura de difícil aplicación, puesto que el tráfico supone en la mayor parte de los casos, un

---

<sup>2560</sup> Asimismo, las SSTS1451/2005, de 14 de diciembre; 1140/2004, de 8 de octubre; 484/2007, de 29 de mayo.

<sup>2561</sup> Por un lado, se suprime la laguna denunciada por la doctrina consistente en que el anterior art. 318 bis.3 CP no recogía a los incapaces, y por otro lado, se sustituye la anterior agravación consistente en abusar de una situación de necesidad por la abusar de una situación de superioridad o de una especial situación de vulnerabilidad. En este sentido, expresa Pérez Cepeda, A.I., “*Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros (art. 318 bis. Reformado por LO 11/2004)*”, en Rodríguez Mesa, M.J., Ruiz Rodríguez, L., (coords.), *Inmigración y sistema penal...*, op.cit., pág. 146, que resulta acertado que la reforma haya suprimido la referencia a la situación de necesidad de la víctima, ya que podría decirse que se trata de una característica inherente a la conducta. Por su parte, Díaz y García Conlledo, M., *et.al.*, *Protección y expulsión...*, op.cit., pág. 248, expresan que el cambio no resulta especialmente relevante ya que “*la situación de especial vulnerabilidad o la situación de superioridad van a estar implícitas en la mayoría de las ocasiones, pero lo importante será, igual que respecto a la anterior situación de necesidad, que el autor abuse de las situaciones*”, el subrayado nos pertenece.

<sup>2562</sup> Por todos, Díaz y García Conlledo, M., *et.al.*, *Protección y expulsión...*, op.cit., pág. 245.

acuerdo de voluntados entre el migrante y quien lo ayuda a realizar el evento migratorio.<sup>2563</sup>

### **6.6.a.3. Por la condición de autoridad o funcionario público del autor**

El apartado 4 del art. 318 bis CP dispone la imposición de la pena de los apartados anteriores *con la pena de inhabilitación absoluta de seis a doce años, en el caso que las conductas se realicen prevaleciéndose de una condición de autoridad, agente de ésta o funcionario público.*<sup>2564</sup>

En este inciso no es suficiente con el carácter público del sujeto, además se precisa que éste recurra a las ventajas que esta situación le proporciona. Asimismo, la función no tiene que estar necesariamente relacionada con cargos relativos al tránsito y control de extranjeros que sería un requisito propio del abuso del cargo.<sup>2565</sup>

### **6.6.a.4. Pertenencia a una organización o asociación.**

En el siguiente inciso (art. 318 bis.5 CP) se establece una pena superior en grado a la prevista por los apartados anteriores, según los casos, e inhabilitación especial para profesión, oficio, industria o comercio por el tiempo de la condena, cuando el sujeto perteneciere a una organización o asociación, incluso de carácter transitorio, que se dedique a la realización de tales actividades. En estos supuestos la pena aplicable será la superior en grado (10 años y un día a 15 años prisión), y en el caso de encontrarnos frente al jefe de la organización, la pena que se impondrá, bien en su mitad superior (12 años y 6 meses a 15 años de prisión) o incluso podrá elevarse a la superior en grado, lo cual resulta en una pena de 15 años y 1 día a 22 años y 6 meses de prisión.

Este subtipo agravado encuentra justificación no sólo en las sumas de dinero que se mueven en torno del tráfico ilegal que han acrecentado la proliferación de organizaciones criminales que facilitan transporte, asistencia, documentación falsa, alojamiento, etc., sino en la mayor capacidad que tiene la organización para lesionar bienes jurídicos, puesto que su estructura habilitará la comisión de delitos con mayor facilidad y en mayor número de casos.<sup>2566</sup>

Con todo, la LO 4/2000 introdujo por un lado el art. 318.5 bis CP que se corresponde con el primer párrafo del actual, sin embargo añadió un párrafo sexto al art. 515 CP *“son punibles las asociaciones ilícitas, teniendo tal consideración:*

---

<sup>2563</sup> Ortubay Fuentes, M., *“El impreciso concepto...”*, op.cit., pág. 449; Díaz y García Conlledo, M., et.al., *Protección y expulsión...*, op.cit., pág. 247; Daunis Rodríguez, A., *“Reflexiones en torno...”*, op.cit., pág. 689.

<sup>2564</sup> En estos casos deberá tomarse en consideración lo dispuesto por el art. 24 CP.

<sup>2565</sup> En este sentido, véase la STS 727/2004, de 10 de junio.

<sup>2566</sup> Serrano Piedecabras, J.R., *“Los delitos contra los derechos...”*, op.cit., pág. 342; Díaz y García Conlledo, M., et.al., *Protección y expulsión...*, op.cit., pág. 249.

6º. *Las que promuevan el tráfico ilegal de personas*". A ese momento existía una duplicidad punitiva de la misma conducta, pero con una diferencia en cuanto a la pena prevista de gran embergadura.<sup>2567</sup>

El art. 515.6 CP fue derogado por la LO 15/2003 con base en dos razones. En primer lugar, por aplicación del principio de especialidad, y en segundo lugar porque en aquellos casos en lo que no sería viable al aplicación del art. 318 bis.5 CP se podría apreciar el art. 515.1, que considera punibles las asociaciones ilícitas, es decir, *"las que tengan por objeto cometer algún delito, así como las que tengan por objeto cometer o promover la comisión de faltas de forma organizada, coordinada y reiterada"*.

Asimismo, la LO 11/2003 introdujo un tercer párrafo al subtipo que comentamos en el que se prevé la posibilidad de que en estos supuestos el juez decreta alguna o algunas de las medidas previstas en el art. 129 CP.<sup>2568</sup>

### **6.6. b. Problemas derivados de las situaciones concursales**

En este apartado se analizará concretamente las dificultosas relaciones concursales que derivan del art. 313.1 CP en virtud de su similitud con la conducta típica, dejando para el próximo epígrafe el tratamiento de la relación del art. 318 bis con la normativa administrativa, que no está exenta de dificultades.

#### **6.6.b.1. Con el Artículo 313.1 CP**

El Código Penal de 1995 tipificaba la conducta de inmigración clandestina de trabajadores en el artículo 313.1 CP. Este precepto era el único que se ocupaba en la versión original del CP 1995 de conductas relativas a la inmigración. A diferencia de su predecesor, el artículo 499.3 bis CP 1973, sancionaba con pena a quien *traficara ilegalmente con mano de obra o interviniese en migraciones laborales fraudulentas*. Las diferencias -que cristalizan el cambio en la política criminal- radican en que lo definitorio del artículo del Código de 1973 era el carácter ilícito

---

<sup>2567</sup> La pena establecida por el art. 515.6 CP era, de conformidad con el art. 517 CP, de prisión de 2 a 4 años, multa de 12 a 24 meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de 6 a 12 años para los fundadores, directores o presidentes y de 1 a 3 años y multa de 12 a 24 meses para los miembros activos de las asociaciones. Véase Arán, M., y otros, *"Los tipos...."*, op.cit., págs. 236 y 237.

<sup>2568</sup> La remisión efectuada por el subtipo al art. 129 que dispone la aplicación de consecuencias accesorias dispuestas para empresas, sociedades, asociaciones y fundaciones, podría verse afectada en el futuro si prospera el Proyecto de modificación del Código Penal presentado en el Consejo de Ministros el 14 de julio de 2006 ya que éste propone la regualción de la responsabilidad de las personas jurídicas, incluyendo un catálogo de penas específico para estas entidades. Asimismo, se propone la modificación actualmente vigente del art. 129 CP, por medio de la incorporación de restricciones de derechos que serán aplicables a las entidades sin personalidad jurídica.

de la conducta favorecedora de la entrada o salida del trabajador; en cambio, en el artículo 313.1 CP actual lo determinante es el carácter fraudulento o ilícito de la situación del migrante trabajador.<sup>2569</sup>

En esta materia, se presentan serias dificultades al momento de deslindar las conductas tipificadas por los artículos 318 bis y 313.1 CP, en virtud de que la única diferencia que ostentan se refiere al sujeto pasivo.<sup>2570</sup> En función de ello, el presente epígrafe, de conformidad con lo analizado hasta el momento respecto de las conductas comprendidas por el tipo básico del artículo 318 bis CP, tiene por objeto la precisión de las conductas que, en principio, estarían comprendidas en el artículo 313.1 CP.

Con anterioridad a las reformas operadas,<sup>2571</sup> en la doctrina y la jurisprudencia<sup>2572</sup> las disquisiciones versaban sobre el bien jurídico protegido, la incidencia del ánimo de lucro en la configuración de la conducta típica y la consideración implícita de que todo migrante es un posible futuro trabajador.<sup>2573</sup>

La aprobación de la LO 4/2000, incrementó una pena privativa de libertad de 6 meses a tres años, a otra con una escala de 2 a 5 años y multa de seis a doce meses, a “el que promoviere o favoreciere por cualquier medio la inmigración clandestina de trabajadores a España, o a otro país de la Unión Europea”.<sup>2574</sup> Como pusimos de manifiesto, esta ley asimismo incorpora también el artículo 318 bis CP, cuya penalidad en su forma típica básica se extendía de 6 meses a tres años de prisión. La incorporación del título XV bis CP condujo al solapamiento de las conductas típicas abarcadas por ambos preceptos, lo que determinó la interpretación en virtud de la cual nos encontrábamos frente a un concurso de leyes que debía resolverse por el criterio de especialidad previsto por el artículo 8.1 CP, de modo que sería de aplicación el artículo 313.1.<sup>2575</sup> No obstante, con la

---

<sup>2569</sup> Maraver Gómez, M., “Tráfico ilegal de...”, op.cit., pág. 614.

<sup>2570</sup> Desde la incorporación del artículo 313 CP se han ido sucediendo las interpretaciones respecto de las conductas comprendidas en su ámbito típico, en tres etapas: la primera con la sanción del código penal de 1995, y las siguientes dos, con la aprobación y sucesiva modificación del artículo 318 bis CP, respectivamente.

<sup>2571</sup> De conformidad, afirman García Arán, M., y otros, “Los tipos penales acogedores...”, op.cit., pág. 201, la inicial previsión del artículo 313 CP no suscitó dudas respecto a su ámbito de aplicación, ya que tanto la doctrina como la jurisprudencia interpretaron de forma unívoca que las conductas abarcadas por la norma cubrían todos los supuestos de tráfico de personas. De allí que se haya interpretado de modo extensivo el término trabajador al que hacía referencia el precepto.

<sup>2572</sup> En este sentido, la jurisprudencia ha ido otorgando distintas posibilidades de aplicación al concepto amplio de trabajador: hace referencia a la explotación sexual la STS 143/1998, de 5 de febrero, y al traslado en pateras para arribar a España la STS 112/1998, de 3 de febrero, y la SAP Cádiz de 22 de septiembre de 1997.

<sup>2573</sup> Pérez Cepeda, A.I., *Globalización, tráfico internacional...*, op.cit., pág. 284 ss.; Ortubay Fuentes, M., “El impreciso concepto...”, op.cit., págs. 432 ss.

<sup>2574</sup> Lo subrayado coincide con la última reforma: LO 13/2007, de 19 de noviembre, para la persecución extraterritorial del tráfico ilegal e inmigración clandestina de personas.

<sup>2575</sup> Por todos, Terradillos Basoco, J., “Los delitos de tráfico ilegal de mano de obra y abuso de mano de obra extranjera”, en Lorenzo Copello, P., (coord.) *Inmigración y Derecho penal*, op.cit., pág. 393 ss.



reforma operada esto no está exento de dificultades, debido a que tal interpretación no consigue explicar el por qué de un tratamiento diferenciado de la inmigración ilegal de trabajadores respecto de cualquier otra circunstancia migratoria.<sup>2576</sup> La especialidad que resuelve la aplicación del artículo 313.1 CP arrojaba la incongruencia de que en este caso la pena prevista es de dos a cinco años de prisión.

Antes de la reforma operada por la LO 11/2003 no había problema en afirmar que se trataba de una relación de especialidad respecto del tráfico ilegal contemplado por el artículo 318.1 bis; sin embargo, al momento de evaluar las conductas comprendidas en alguno de los tipos cualificados, parte de la doctrina se inclinaba por castigar por el art. 313.1 CP en virtud del criterio de alternatividad dispuesto por el artículo 8.4 CP.<sup>2577</sup>

Luego de aquella reforma, las penas aplicables a las conductas típicas del artículo 318 bis CP son superiores a las previstas para el art. 313.1 CP.<sup>2578</sup> En estos casos se propuso la aplicación del principio de alternatividad aunque también se acudió al concurso real.<sup>2579</sup>

Con la actual redacción no sólo subsisten los problemas que había, sino que se incrementan. En este sentido, las superposiciones son insalvables. Cuando se incorporan al art. 318 bis CP las conductas de promover, favorecer o facilitar la inmigración clandestina de personas, la única diferencia relevante con el art. 313.1 CP radica en el carácter de trabajador del sujeto pasivo. Todo ello significa que la aplicación de este último artículo será plausible sólo en aquellos supuestos en que la inmigración clandestina sea de personas con la finalidad de trabajar, lo cual no sustenta la mayor pena imponible al caso en que se trate de trabajadores. Con todo, frente a este disloque, cierta doctrina propone que en virtud de diferenciar ambos delitos incluir en el art. 313.1 CP que se trate de trabajadores

---

<sup>2576</sup> Maraver Gómez, M., "Tráfico ilegal...", op.cit., pág. 632.

<sup>2577</sup> En el sentido de entenderlo como una relación de especialidad: Portilla Contreras, G., *Disposiciones...*, op.cit., pág. 1009; Rodríguez Mesa, M.J., *Delitos contra los ciudadanos...*, op.cit., pág. 93; Terradillos Basoco, J., "Los delitos de tráfico ilegal de mano de obra y abuso de mano de obra extranjera", op.cit., pág. 393; De León Villalba, F.J., *Tráfico de personas...*, op.cit., pág. 309. Quienes argumentaban que entre las normas regía el principio de alternatividad: Aránguez Sánchez, C., "Reformas introducidas en el Código penal por la LO 8/2000", en Moya Escudero, M. (coord.), *Comentario sistemático a la Ley de extranjería*, Granada, Comares, 2001, pág. 929; García España, E., /Rodríguez Candela, J.L., "Delitos contra los Derechos de los extranjeros (artículo 318 bis del Código Penal)", pág. 748; López Cervilla, J.M., "El extranjero como víctima...", op.cit., pág. 2694.

<sup>2578</sup> La exposición de motivos de la reforma expresa que el nuevo texto contiene un importante aumento de la penalidad con independencia de la calidad de trabajadores.

<sup>2579</sup> Véase para la aplicación del principio, Sequeros Sazatornil, F., "El marco penal de la inmigración", *Actualidad Penal*, núm., 39, 2000, pág. 855; Lorenzo Copello, P. "La protección penal...", op.cit., pág. 88; Sánchez García de Paz, I., "La protección penal de los derechos de los ciudadanos extranjeros", en *Revista La Ley*, núm. 6254, 2005, pág. 1626. Se decidían por entenderlo como concurso: Rodríguez Montañés, T., "Ley de extranjería...", op.cit., pág. 1740; Palomo del Arco, S., "Criminalidad organizada...", op.cit., pág. 188; Pérez Cepeda, A.I., *Globalización, tráfico internacional...*, op.cit., pág. 212.

reales, es decir, no potenciales que quedarían incluidos en el art. 318 bis. Sin embargo, los casos de aplicación del art. 313.1 CP serían escasísimos, entre otras razones, porque si hay una oferta firme de trabajo, no podríamos hablar de inmigración clandestina o irregular.<sup>2580</sup>

Por otro lado, la interpretación de la inmigración clandestina en estos términos del artículo 313.1 CP podría conducir a afirmar la ampliación del ámbito típico de aquel hasta invadir el ámbito de la infracción administrativa; sin embargo, se vería restringido en virtud del carácter de trabajador del sujeto pasivo. Para Villacampa Estiarte, la relación entre los dos preceptos no sería “lógica de inclusión, lo que acontecería si se considerara que la inmigración clandestina del artículo 318 bis no significa mera ayuda a la entrada o permanencia ilegal, sino también el aprovechamiento de la situación de necesidad genérica padecida por el inmigrante –exigencia derivada de la protección de la dignidad humana en este precepto-, que no se requeriría en la inmigración clandestina del artículo 313.1 CP.”<sup>2581</sup>

Sin embargo, este criterio es puesto en cuestión por Martínez Escamilla, cuando afirma que “para llegar a esta solución, y dado que la regla de alternatividad sólo se aplica en defecto del resto de las reglas contenidas en el artículo 8 CP, habrá previamente que justificar que entre ambos preceptos no existe una regla de especialidad, de subsidiariedad o de consunción”.<sup>2582</sup> De acuerdo a cómo está actualmente configurada la pena del artículo 318 bis.1 CP, el aplicar el principio de alternatividad tendría por efecto la inutilidad del artículo 313.1 CP lo que supone una vulneración del principio de unidad sistemática en materia de interpretación. Lo mismo acontece si resolvemos por la aplicación del inciso 3 del 8 CP, que dispone una relación de consunción entre ambos preceptos.<sup>2583</sup>

Por su parte, otros autores estructuran la interpretación hermenéutica de ambos preceptos a partir de la distinción entre inmigración clandestina y tráfico de personas; en este sentido, en “el artículo 318 bis CP la conducta típica debería abrazar únicamente aquellos supuestos en los que el tráfico de extranjeros se lleve a cabo con afección a la dignidad, con independencia de la condición o no

---

<sup>2580</sup> Díaz y García Conlledo, M., *et.al.*, *Protección y expulsión...*, op.cit., pág. 266.

<sup>2581</sup> Villacampa Estiarte, C., “El “nuevo” delito...”, op.cit., pág. 1885; de la misma, “*Normativa europea y regulación del tráfico...*”, op.cit., pág. 105.

<sup>2582</sup> Martínez Escamilla, M., *La inmigración...*, op.cit., pág. 145. Por su parte, García Arán, M., y otros, “*Los tipos acogedores...*”, op.cit., pág. 202, ponen de relieve que “la escueta descripción de la conducta típica llevada a cabo por el art. 313 impedía tomar en cuenta circunstancias que, de concurrir, en relación a la modalidad básica tipificada por el art. 318 bis, podría dar lugar a la aplicación de una pena, incluso superior a la conminada por el art. 313 CP... Cuando el tráfico tenía por objeto a menores que no estaban en edad laboral, con independencia de las condiciones del tráfico, resultaba de aplicación lo dispuesto en el art. 318 bis”.

<sup>2583</sup> Sugiere la aplicación de este principio Martínez Escamilla, M., *La inmigración...*, op.cit., pág. 146.

de trabajadores de los sujetos víctimas del mismo,”<sup>2584</sup> de este modo, se considera que sería posible evitar la equiparación de conductas que ostentan una gravedad distinta.

Respecto del art. 313.1 CP es preciso establecer límites que señalarán su ámbito de aplicación sólo a los supuestos de inmigración clandestina, siempre y cuando éstas no fueran constitutivas de tráfico, es decir, sin afectación a la dignidad de los migrantes y con la intención de explotarlos laboralmente. No obstante, nosotros entendemos que la dignidad en caso de explotación laboral se encuentra siempre seriamente afectada, desmoronándose esta interpretación.

Asimismo la jurisprudencia ha interpretado que la relación subyacente a los dos preceptos objeto de comentario ostenta una relación de género-especie. El Tribunal Supremo ha argüido que “en el segundo (313.1 CP) se protegen los Derechos laborales del colectivo de trabajadores, nacionales o extranjeros, que sean objeto de tráfico ilegal o inmigración clandestina, como fase previa a su posible contratación abusiva o precaria, mientras que el primero (318 bis CP) ampararía de forma residual cualquier otro comportamiento incardinable en el concepto de tráfico ilegal o inmigración clandestina no vinculado a una relación laboral.”<sup>2585</sup>

No podemos concordar con los términos expuestos por esta interpretación del Tribunal Supremo, ya que de este modo se estaría penando con una intensidad menor en caso de inmigración clandestina con fines de explotación laboral, lo cual lo convertiría, en todo caso en una afeción a la dignidad, acercándolo al delito de trata.<sup>2586</sup>

Por su parte, la STS de 2 de noviembre de 2006, señala que “es evidente la preocupación de los Estados por el control de los flujos migratorios. Sin embargo, no se explicaría una penalidad diferente para la inmigración clandestina en función de que el sujeto pasivo sea o no un trabajador. La justificación de ambos preceptos debe hallarse en la protección penal de los Derechos de las personas que, por sus características, pueden verse vulnerados, o dicho de otra forma, son sometidos a riesgos serios de deterioro, cuando se convierten en sujetos pasivos de conductas que constituyen inmigración clandestina, en cuanto que implican una situación de ilegalidad que constituye la base para que las condiciones en que se ejecuta repercutan negativamente en las posibilidades de ejercicio de los Derechos básicos o fundamentales de las víctimas (...)”

---

<sup>2584</sup> García Arán, M., y otros, “Los tipos acogedores del...”, op.cit., pág. 205, quienes proponen de *lege ferenda* la derogación del artículo 313.1 CP.

<sup>2585</sup> Véase la STS 1465/2005, de 22 de noviembre de 2005.

<sup>2586</sup> Pérez Cepeda, A.I., *Globalización...*, op.cit., pág. 290, considera preferible, de *lege ferenda*, proceder al incremento de la pena del artículo 313.1 CP, de modo que pueda ser considerado un supuesto agravado del tráfico de personas. Es decir, la explotación laboral formaría parte de un tipo agravado del artículo 318 bis CP.

Carecería de sentido apreciar entre estos dos tipos penales un concurso de leyes,<sup>2587</sup> puesto que de ser aplicable el artículo 313.1 CP, esto es, una escala penal menor en caso de tratarse de un trabajador;<sup>2588</sup> en cambio, si se castigara por el artículo 318 bis CP, el 313.1 CP perdería margen de aplicación, por lo cual podría hablarse de una derogación tácita, contraria al principio de unidad sistemática.<sup>2589</sup>

Un intento de esclarecimiento sobre las relaciones concursales de estos dos tipos penales reside en establecer un concurso de delitos entre ellos, por tanto habría concurso real cuando la promoción o el favorecimiento de la inmigración clandestina tengan como víctimas a trabajadores y se produzca *a España*. Otra solución podría radicar en observar un concurso de normas entre el art. 313.1 CP y el art. 318 bis CP tomando en consideración que la diferencia entre los bienes jurídicos de ambos preceptos no es lo suficientemente relevante para establecer un concurso real. En este caso sería aplicable el principio de consunción del art. 8.3.a. CP, si entendemos que el desvalor del art. 313.1 CP es consumido por el art. 318 bis CP. Sin embargo, si partimos de la consideración de que se tratan de dos bienes jurídicos distintos y por tanto no es aplicable el principio de consunción, podría verse la posibilidad de la aplicación del principio de alternatividad del art. 8.4.a. CP y castigar por la infracción más grave, es decir, aplicar el art. 318 bis.<sup>2590</sup>

Con todo, ninguna de las soluciones anteriores nos parece aceptable ya que nos encontramos frente a uno más de los escollos insalvables, como consecuencia de un legislador penal más decidido que atento.<sup>2591</sup> Por lo expuesto, de *lege ferenda* no procede más que la derogación del art. 313.1. CP.<sup>2592</sup>

### **6.6. c. Las relaciones entre el artículo 54.b de la LOEx y el artículo 318 bis CP: poder comunicativo y poder administrativo**

El deslinde entre el ámbito del tipo penal del apartado primero del artículo 318 bis CP y las conductas que son objeto del art. 54.b LOEx se ve seriamente dificultado en virtud de que el legislador ha resuelto que la normativa

---

<sup>2587</sup> Daunis Rodríguez, A., *“Problemas de aplicación...”*, op.cit., pág. 708.

<sup>2588</sup> Pomares Cintas, E., *“Las incongruencias del Derecho penal de la inmigración ilegal. Especial referencia al delito de promoción o favorecimiento de la inmigración clandestina de trabajadores a España (art. 313.1 CP)”*, en Zugaldía Espinar, J.M., Pérez Alonso, E., (coord.), *El Derecho penal ante el fenómeno...*, op.cit., pág. 305. Cancio Meliá, M., /Maraver Gómez, M., *“El derecho penal ante...”*, op.cit., pág. 365, tras descartar la posibilidad del concurso de leyes, proponen que el delito tipificado en el art. 313.1 CP se regule como un tipo agravado del art. 318 bis CP.

<sup>2589</sup> Martínez Escamilla, M., *La inmigración....*, op.cit., pág. 145. En contra, véanse las propuestas de Díaz y García Conlledo, M., *et.al.*, *Protección y expulsión....*, op.cit., págs. 267 y 268.

<sup>2590</sup> En el mismo sentido, Díaz y García Conlledo, M., *et.al.*, *Protección y expulsión....*, op.cit., pág. 268; López Cervilla, J.M., *“Tráfico ilícito de personas. La reforma del art. 318 bis del CP (I)”*, en Ministerio de Justicia, Boletín de Información 1977, 2004, pág. 3888.

<sup>2591</sup> Martínez Escamilla, M., *La inmigración....*, op.cit., pág. 146.

<sup>2592</sup> En el mismo sentido se expresa la propuesta del Proyecto de Reforma del Código Penal. Véase 6.8.

administrativa será aplicable *subsidiariamente cuando la conducta no sea constitutiva de delito*,<sup>2593</sup> al mismo momento en que el tipo penal ha sido configurado con un contenido de injusto menor que su correlativo en el ámbito administrativo que concibe como infracción grave: “inducir, promover o facilitar *con ánimo de lucro, individualmente o formando parte de una organización*, la inmigración clandestina de personas en tránsito o con destino al territorio español...”.

Asimismo, la exigencia típica de la norma administrativa, es decir, el ánimo de lucro y la pertenencia a una organización, son figuras agravadas del artículo 318 bis CP, en sus incisos 2 y 5 respectivamente. Este solapamiento habilitaría que cuando se realice la conducta del primer apartado del art. 318 bis con fines humanitarios no se cometiese una infracción administrativa, pero sí el delito de tráfico ilegal o inmigración clandestina; frente a lo cual la sanción administrativa pierde sentido además de producirse la violación de los principios de *última ratio*, subsidiariedad, intervención mínima o proporcionalidad.<sup>2594</sup>

La pretensión de aplicación residual de la ley administrativa, esto es “siempre que el hecho no constituya delito” carece de contenido material, debido a que en aquellas ocasiones en que sea de aplicación la infracción administrativa también estaremos en presencia de la comisión del delito de tráfico ilegal o inmigración clandestina. Asimismo, no son susceptibles de ser distinguidos, desde un punto de vista formal, los comportamientos previstos en ambas ramas del ordenamiento. Con el agravante de que se han conculcado todos los principios operativos en aras a la distinción entre los dos ámbitos.<sup>2595</sup>

Todas estas inconsecuencias normativas nos enfrentan con la necesidad de analizar si se han respetado los principios de subsidiariedad y fragmentariedad que deben informar al Derecho penal. El principio de intervención mínima y el carácter de *última ratio* exigen que los bienes merecedores de protección penal sean tutelados únicamente contra las modalidades de afectación más graves. El artículo 9.2 CE impone a los poderes públicos promover las condiciones necesarias para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas, así como le corresponde también remover los obstáculos que impidan o dificulten *su plenitud y facilitar la participación a todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social*, y éstas son las

---

<sup>2593</sup> Lo cual constituye una declaración meramente formal y no ostenta materialidad posible, en virtud de que cada vez que se produzca la infracción se habrá incurrido en la comisión de los tipos cualificados 2 y 5 del artículo 318 bis CP.

<sup>2594</sup> La infracción administrativa del art. 54.1.b y la primera redacción del art. 318 bis CP son introducidas por la LO 4/2000. Sin embargo, la reforma de la LO 11/2003 no soluciona los problemas mencionados. Véase Díaz y García Conlledo, M., *et.al.*, *Protección y expulsión...*, op.cit., pág. 211.

<sup>2595</sup> En el mismo sentido, Lorenzo Copello, P., “*La protección penal de los Derechos de los ciudadanos extranjeros*”, op.cit., pág. 81; Aranguez Sánchez, C., “*Reformas introducidas en el Código Penal por la LO 4/2000 (Disposiciones finales primera, segunda y tercera)*”, op.cit., pág. 928; Terradillos Basoco, J., “*Tráfico de inmigrantes...*”, op.cit., pág. 13; Maraver Gómez, M., “*Tráfico ilegal...*”, op.cit., pág. 634.

orientaciones que debe seguir cualquier programa político-criminal de un Estado social y democrático de Derecho.

La norma administrativa requiere un mayor desvalor que el del los artículos 318.1 bis o el 313.1 CP, presentándose un gran escollo a la hora de la determinación y delimitación entre el ámbito administrativo sancionador y el penal, ya que la norma administrativa tiene las mismas exigencias típicas con el tipo agravado del apartado tercero del art. 318 bis CP.<sup>2596</sup> En este sentido, como pone de manifiesto Zúñiga Rodríguez, “*si estamos ante un ius puniendi general que se expresa indistintamente en un Derecho administrativo sancionador o en el Derecho penal, habrá que establecer qué criterios racionales se pueden admitir para determinar qué infracciones sancionamos con el Derecho Administrativo sancionador y qué infracciones castigamos con el instrumento penal*”.<sup>2597</sup>

Cancio y Maraver proponen, junto a la doctrina mayoritaria, que en la interpretación y aplicación del art. 318.1 bis CP debe exigirse la lesión de derechos individuales y no en los meros traslados irregulares.<sup>2598</sup>

A mayor abundamiento, Olaizola Nogales señala otra inconsecuencia más. El artículo 318 bis. 1 CP establece como conductas típicas *promover, favorecer o facilitar* el tráfico ilegal o la inmigración clandestina, mientras que el artículo 54.1

---

<sup>2596</sup> Entienden que la única forma de salvar la yuxtaposición de los dos ámbitos de regulación sería interpretar que mientras que la norma administrativa protege la política migratoria, el artículo 318 bis CP protege los Derechos de los inmigrantes que se verían afectados. Cfr. Rodríguez Mesa, M.J., *Delitos contra...*, op.cit. págs. 42, 43; Pérez Cepeda, A.I., *Globalización...*, op.cit. pág. 190; García España, E., /Rodríguez Candela, J.L., “*Delitos contra...*”, pág. 729; Villacampa Estiarte, C., “*Delitos contra los Derechos de los ciudadanos extranjeros*”, op.cit., págs. 1104 ss.

<sup>2597</sup> Zúñiga Rodríguez, L., “*Relaciones entre Derecho penal y Derecho Administrativo sancionador...*”, op.cit., pág. 1424.

<sup>2598</sup> Cancio Meliá, M., /Maraver Gómez, M., “*El Derecho penal frente...*”, op.cit., pág. 366, con ulteriores referencias; Mayordomo Rodrigo, V., *El delito...*, op.cit., pág. 136. Asimismo este criterio es el que sigue la jurisprudencia mayoritaria, véase: SSTs 1465/2005, de 22 de noviembre; 1087/2006, de 10 de noviembre; 569/2006, de 19 de mayo; 153/2007, de 28 de febrero; 484/2007, de 29 de mayo; 823/2007, de 15 de octubre; la STS 152/2008, de 8 de abril, distingue entre la estancia legal sobrevenida ilegal que, en principio, sería pasible de una sanción administrativa, en tanto que, si se conoce el *status* ilegal del migrante podría ser de aplicación el ilícito penal. En este sentido, el Tribunal Supremo ha considerado que la ayuda ofrecida para que el migrante pueda permanecer en España es atípica desde la perspectiva del art. 318 bis CP, siempre y cuando no exista alguna conexión entre la ayuda a la permanencia y el traspaso de fronteras. Ahora bien, como señalan entre otros Díaz y García Conlledo, M., *et.al.*, *Protección y expulsión...*, op.cit., pág. 211 y Laurenzo Copello, P., “*Últimas reformas...*”, op.cit., pág. 32, con la incorporación del adverbio “indirectamente” no parece meramente estilístico a la hora de describir las conductas básicas, sino que parece que el legislador ha querido asegurar la punición de todos los actos que participan en la inmigración irregular. En este sentido puede leerse el criterio que sienta la STS 17/2009, de 21 de enero, cuando afirma que “cualquier acción realizada al inicio o durante el desarrollo del ciclo migratorio o emigratorio que auxilia a su producción en condiciones de ilegalidad estará incluida en la conducta típica, siguiendo el criterio establecido por la STS 1059/2005 de 28 de septiembre”.

LOEx –ambos preceptos incorporados por la misma Ley Orgánica 11/2003- contempla la conducta de *inducir*, que podría fácilmente ser incluida en los verbos típicos debido a su falta de concreción, y, en todo caso, la inducción implica siempre responsabilidad penal, al menos como partícipe, en virtud del artículo 28 CP.<sup>2599</sup>

¿Es preciso efectuar la distinción entre el artículo 54.1. b) y las conductas objeto de tipificación por el Código Penal? Al ser más específica la infracción administrativa<sup>2600</sup> que la penal, poca luz puede arrojar el enfocar el análisis en la redacción típica. Las inconsecuencias detectadas en el análisis precedente bajo los postulados de un Estado de Derecho democrático indican que nos enfrentamos a un caso de administrativización del Derecho penal.<sup>2601</sup> Refuerza, asimismo esta conclusión el hecho de que se trate de proteger por el artículo 318 bis. 1 CP “la protección del Estado y las fronteras contra los flujos migratorios” y que no se trata, como reza el título en el que se incarta el precepto de la protección de los derechos de los ciudadanos extranjeros.<sup>2602</sup>

Todo lo anterior demuestra que son “los instrumentos jurídicos los que configuran la ilegalidad, los que hacen posible el tráfico de personas y el negocio de las mafias”<sup>2603</sup>, en consecuencia, deviene ilegítima la protección de una función como la aludida, y en virtud del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos queda completamente injustificada la intervención del Derecho penal.

#### **6.6.d ¿Estado de la Seguridad? El carácter contingente de la *última ratio***

La seguridad, como bastión moderno del Estado nación soberano, queda abierta al debate multilateral, pero, y simultáneamente, se desarrolla un interés creciente respecto de las cuestiones micro-securitarias, dentro de un espacio local que reclama para sí el ámbito de lo asistencial, de la solución de problemas, de la

---

<sup>2599</sup> Olaizola Nogales, I., “*Delitos contra...*”, op.cit., pág. 187.

<sup>2600</sup> Villacampa Estiarte, C., “*Delitos contra los ciudadanos extranjeros*” pág. 1155 ss.; asimismo Olaizola Nogales, I., “*Delitos...*”, op.cit., pág. 188, cuando afirma: “aunque se admitiera que la inmigración implica que el propio extranjero asume su traslado y el tráfico implicara la presencia de terceras personas, no veo que ello suponga un mayor desvalor. Lo que dota de mayor desvalor a esta conducta es la falta de consentimiento por parte del migrante, y ello... no es lo habitual en el delito de tráfico de personas, sino en los delitos de trata de personas. En la nueva redacción del tipo penal se incluye, como ya se ha dicho, la inmigración clandestina, por lo que esta posible diferencia desaparece.”

<sup>2601</sup> Cfr. García España, E., /Rodríguez Candela, J.L., “*Delitos contra los Derechos de los extranjeros (artículo 318 bis del Código Penal)*”, op.cit., pág. 731; Díaz y García Conlledo, M., et.al., *Protección y expulsión...*, op.cit., pág. 213, quienes directamente proponen la derogación del tipo básico del art. 318 bis CP o reformarse en el sentido de exigir, al menos, ánimo de lucro.

<sup>2602</sup> Cfr. Rodríguez Mesa, M.J., *Delitos contra...*, op.cit. pág. 56; Navarro Cardoso, F., “*Observaciones sobre los delitos contra los Derechos de los ciudadanos extranjeros*”, en *Revista Penal*, núm. 10, 2003, pág. 45, quien considera acertadamente que un Derecho penal que así actuase “no estaría generando más que delitos formales.”

<sup>2603</sup> Pérez Cepeda, A.I., *Globalización, tráfico internacional...*, op.cit., pág. 189.

mediación, donde aparecen como causas de las inseguridades cotidianas la pequeña delincuencia de inmigrantes, jóvenes, los riesgos, los extraños, etc.<sup>2604</sup>

Los modelos de percepción y actuación de la sociedad del riesgo se trasladan a los “riesgos de civilización propios del Estado liberal”. Si en ese modelo de Estado son los principios de la producción industrial lo que se someten a nuevos planteamientos, aquí lo son los del Estado de Derecho liberal. En la transición entre dos modelos de Estado, el orden postmoderno traduce “lo extraño” como un factor de riesgo para la creación de “un espacio de libertad, seguridad y justicia”. El miedo al “otro” es construido discursivamente, donde la respuesta, del carácter que ésta sea, contará con la anuencia de la ciudadanía siempre que el poder prometa más seguridad, donde el bien común se construye en, y a partir de, la renuncia a la autonomía y a los derechos individuales.<sup>2605</sup>

De lo cual se infiere que el riesgo sea tomado como uno de los más relevantes, sino el más relevante de los instrumentos al momento de evaluar estrategias y políticas respecto de la seguridad.<sup>2606</sup> Pareciera ser que la demanda al Estado de mayor y más efectiva seguridad aumenta en relación directa con la medida de la incapacidad de poder asegurarla, esto es, con la imposibilidad de prever/prevenir. En este sentido el orden postmoderno se tensa en la paradoja de que el orden debe habilitar el desorden propio del postfordismo. La distinción

---

<sup>2604</sup> El Derecho a la seguridad, reconocido por el artículo 17 CE junto a la libertad, adopta un sesgo parcializado en la LO 1/1992, de 21 de febrero, de “protección de la seguridad ciudadana”, que considera que “la protección de la seguridad ciudadana y el ejercicio de las libertades públicas constituyen un binomio inseparable, y ambos conceptos son requisitos básicos de la convivencia en una sociedad democrática”; sin embargo, la protección de la seguridad no se agota en las actividades de las fuerzas policiales, como demuestran, entre otras, la Ley 16/1987, de 30 de julio, de ordenación de transportes terrestres; la Ley 21/1992, de 16 de julio, de industria que dedica su Título III a la seguridad y calidad industriales; la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de riesgos laborales, expresiva de una política orientada a la consecución de mayores cuotas de seguridad y salud; etc. Cfr. Rivero Ortega, R., *El Estado vigilante*, op. cit., pág. 54 ss. El autor denomina a las sociedades actuales como “sociedades de la vigilancia, donde el conocimiento es el verdadero poder, un Estado computerizado no puede funcionar sin datos, por lo que debe volverse indiscreto, vigilando a los ciudadanos y a las organizaciones. Ello encierra graves riesgos desde el punto de vista de un Estado de Derecho, por lo que resulta necesario reconducir la actividad informativa estatal a sus justos términos”, ibídem, pág. 27.

<sup>2605</sup> Ewald, F., *Der Versicherungsstaat*, Frankfurt a. Main: Suhrkamp, 1993, citado por Beck U., “De vecino...”, en Beck, U., *La democracia y sus enemigos*, op.cit., pág. 146.

<sup>2606</sup> En estas condiciones de incertidumbre, se comprende la consigna que circula profusamente en los medios: seguridad. En este anhelo tan fuertemente anclado en nuestras demandas, sin embargo, se hace también audible el agotamiento de la figura del semejante. Pues una demanda tan inespecífica como *la seguridad*, muestra cuán indeterminada es la amenaza dando lugar a lugares vacíos de sentido que pueden ser colmados discursivamente con cualquier contenido; actualmente la figura del enemigo terrorista, musulmán, etc. Véase Beck, U., “*Living in The World Risk Society*”, A Hobhouse Public Lecture, 2006, Londres, disponible en [www.libertysecurity.org/IMG/pdf\\_Beck-2006.pdf](http://www.libertysecurity.org/IMG/pdf_Beck-2006.pdf)



que todavía existía bajo la epistemología moderna entre el riesgo y el peligro<sup>2607</sup> terminará por ser allanada en la postmodernidad en virtud de la falacia determinista y por el gobierno biopolítico de la sociedad de control. Todo ello pone en evidencia la incapacidad otrora conferida a la ley, esto es, dadora de orden mediante la *regulación*, debido a que en la actualidad el estatuto de la ley penal se legitima en tanto sea capaz de gestionar la *desregulación*.

De hecho, en el discurso punitivo actual, el tema que ocupa la atención de políticos, medios de comunicación y público en general, es el de la *eficacia* del sistema jurídico, pero nunca o rara vez, se oye una voz que se atreva a cuestionar la eficiencia desde la óptica de la legitimidad.<sup>2608</sup> Es esta "*desvinculación del Derecho del problema de la legitimidad, lo que lleva a invertir el papel del bien jurídico, que de instrumento para controlar y reducir la represión pasa a ser utilizado como un medio de legitimación de la represión: basta que se invente un bien jurídico, incluso no concreto, sino en general y abstracto, como las "buenas costumbres", "la moral pública" o "la salud pública", para que automáticamente se justifique la represión.*"<sup>2609</sup>

Como pone de manifiesto Feijóo Sánchez, la "*administrativización del Derecho penal debe ser tratada como una patología que desnaturaliza las características esenciales del Derecho penal, implicando por tanto una utilización ilegítima de la pena y de las normas que tienen contemplada como consecuencia jurídica una pena.*"<sup>2610</sup>

En este ámbito, en el que se pretende la máxima "*seguridad*", la *última ratio* y la fragmentariedad, constitutivas de un Derecho penal constitucional, son instrumentalizadas para reprimir las más diversas conductas, en los más diversos campos del actuar humano. En virtud de ello, el tipo penal que originariamente cumplía un papel de acotamiento de la potencia punitiva del Estado, pasa a cumplir actualmente, sustentado en los postulados de la lógica actuarial, una función legitimadora de la *prevención*: ésta será legítima porque es ejercida en la forma del tipo penal, y frente a conductas que el Derecho ha considerado delictivas, aún cuando su número aumente constantemente.<sup>2611</sup>

---

<sup>2607</sup> Cfr. Luhmann, N., *Sociología del Rischio*, Mondadori Bruno, Milano, 1996, pág. 31, citado por Rivero Sánchez, J.M., *Episteme y Derecho...*, op.cit. pág. 120, quien señala que "la distinción presupone...que subsista incertidumbre en relación con los daños futuros. Caben entonces dos posibilidades: o el eventual daño viene visto como consecuencia de la decisión, es decir le es atribuido a ella, y entonces hablamos de riesgo, o más precisamente de riesgo de la decisión; o bien se piensa que el eventual daño sea debido a factores externos y viene entonces atribuido al entorno: hablamos entonces de peligro".

<sup>2608</sup> Véase García Arán, M., /Botella Corral, J., (dirs.), *Malas noticias. Medios de comunicación, política criminal y garantías penales en España*, op.cit., en especial García Arán, M., /Peres-Neto, L., "*Discursos mediáticos y reformas penales de 2003*", op.cit., págs. 154-189.

<sup>2609</sup> Rivero Sánchez, J.M., *Episteme y Derecho...*, op.cit., pág. 121.

<sup>2610</sup> Feijóo Sánchez, B., "*Sobre la "administrativización" del Derecho penal en la "sociedad del riesgo"*. *Apuntes sobre la política criminal a principios del siglo XXI*", en Díaz-Maroto y Villarejo, J., (ed.), *Derecho y justicia penal en el siglo XXI...*, op.cit., pág. 155, el subrayado nos pertenece.

<sup>2611</sup> Cfr. González Agudelo, G., *Aproximación al principio de reserva...*, op.cit., págs. 620 ss.

Sin embargo, el injusto penal debe ir más allá de la mera desobediencia administrativa e implicar un *plus que legitime* la pena. Por su parte, los fines del Derecho administrativo son estrictamente preventivo-instrumentales desde una perspectiva social, sin necesidad de justificar individualmente la lesividad de la conducta, cuestión que no es suficiente respecto de la exigencia de lesividad material en el ámbito penal; como vimos al estudiar los solapamientos entre las exigencias típicas de uno y otro ámbito para el caso de la inmigración clandestina y el tráfico de seres humanos. En efecto, la pérdida del carácter público de los intereses que operaban como reflejo de la materialidad del bien jurídico, en tanto instrumento de realización del principio de lesividad, produce el fenómeno de la flexibilización de la ley penal para la custodia de la funcionalidad – administrativización–.

En este sentido, el artículo 318.1 bis CP es una evidencia palmaria de las inconsecuencias que se producen cuando lo que se pretende es una legitimación del ejercicio del poder punitivo mediante la invocación de la función de *paideia*<sup>2612</sup> que tendría supuestamente la criminalización primaria.

En este sentido, Zaffaroni afirma que “los pretextos de la legislación penal simbólica son proteicos, mutantes, tanto como las emergencias e incluso como múltiples respuestas a campañas de comunicación masiva. Pasadas las campañas, la apertura de poder punitivo que facilitan esas leyes se proyecta a situaciones posteriores que nada tienen que ver con las originarias. Sus rasgos característicos suelen ser bienes jurídicos manifiestos poco definidos y colectivos (medio ambiente, economía, circulación de alimentos, sustancias peligrosas, seguridad pública, orden público, crimen organizado, etc.) y afectaciones por vía del llamado peligro abstracto.”<sup>2613</sup>

Siguiendo al autor, nos encontramos con dos intereses de tutela, uno es *manifiesto* y el otro es *latente o real*. En realidad, la llamada legislación penal simbólica no constituye solamente una erosión del principio de lesividad, sino que también pretende detener, disminuir o evitar una lesión a un bien jurídico estatal. En efecto, cumple o pretende cumplir una función diferente de la referida al objeto que menciona; si admite que su función es simbólica, el bien jurídico manifiesto es secundario, en tanto que el bien jurídico real es el *prestigio del Estado como proveedor de soluciones a conflictos*. Aquel mantiene oculta su incapacidad respecto del bien jurídico manifiesto, pero pretende que sigue siendo útil, porque su único objetivo es salvar la *imagen pública de la capacidad resolutive del Estado*. Lo más importante a este respecto no es preguntar por el bien jurídico manifiesto, pues se sabe que no está en juego; el interrogante correcto debe orientarse hacia *la tolerancia de que una falsa legitimidad del Estado pueda erigirse en bien jurídico*. “El Estado que no tiene capacidad para resolver conflictos debe ser sincero con el electorado y no puede incurrir en prácticas que prohíbe a las empresas en defensa

---

<sup>2612</sup> Zaffaroni, E.R., /Alagia, A., /Slokar, A., *Derecho penal. Parte General*, op. cit., pág. 490.

<sup>2613</sup> *Ibidem*.

de las reglas éticas del mercado. No existe ninguna disposición constitucional o internacional que otorgue al engaño jerarquía de bien tutelado, sino todo lo contrario.”<sup>2614</sup>

Para Díez Ripollés, si bien los efectos simbólicos cumplen un importante papel –hasta deseable– en la prevención de comportamientos dañosos, el Derecho penal simbólico abarca otras cuestiones; en efecto, entiende que en la medida en que los efectos socio-personales suscitados por la reacción penal sean innecesarios se exceden los límites utilitarios que fundamentan la pena. Lo anterior se expresa cuando los mencionados efectos satisfacen objetivos que no son necesarios para mantener el orden social básico, es decir, si centran su incidencia sobre objetos personales que no son determinantes para el establecimiento de la lesión o puesta en peligro de los bienes jurídicos, sobre todo cuando su contenido no guarde relación con las necesidades de control social a satisfacer con la reacción penal.<sup>2615</sup>

El autor compone tres grupos de supuestos de Derecho Penal simbólico: a) cuando el *objetivo satisfecho* con la intervención penal no atiende a la prevención de daños o riesgos graves a los bienes jurídicos fundamentales para la convivencia (así, vgr., las leyes *reactivas* en las que se pretende, ante todo, demostrar la rapidez de reflejos del legislador ante problemas nuevos); b) cuando las *personas primordialmente afectadas* por la intervención penal no son las decisivas en la lesión o puesta en peligro de los bienes jurídicos, por no tratarse de delincuentes reales ni potenciales próximos (así, vgr., las leyes *aparentes*, cuya formulación técnicamente defectuosa impide su aplicación a los infractores); c) cuando los *efectos sociales producidos* van más allá de la confirmación del orden social básico en ciudadanos con capacidad delictiva (así vgr., las leyes *activistas*, que producen el efecto de suscitar en la sociedad la confianza de que se está haciendo algo frente a problemas irresueltos, en este mismo nivel se encuentran las leyes *apaciguadoras*, cuyo efecto consiste en calmar las reacciones emocionales que ciertos sucesos provocan en la ciudadanía, y las leyes *autoritarias*, que producen el efecto de demostrar la capacidad coactiva en general de los poderes públicos); de este modo, no es legítima una intervención penal que desatiende las creencias básicas de la mayoría de los ciudadanos, actuando a contracorriente, o que imposibilita su evolución espontánea.<sup>2616</sup>

---

<sup>2614</sup> *Ibíd.*, pág. 491.

<sup>2615</sup> Díez Ripollés, J.L., “El Derecho penal simbólico y los efectos de la pena”, *op.cit.*, pág. 82. Silva Sánchez, J.M., *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, *op. cit.*, págs. 306 ss., estima que se produce el efecto negativo simbólico cuando las leyes penales tengan como fin calculado “la producción en la opinión pública de la impresión tranquilizadora de un legislador atento y decidido.” Véase asimismo Cancio Meliá, en Jakobs, G., /Cancio Meliá, M., *Conferencias sobre temas penales*, Universidad Nacional del Litoral, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, s.f., pág. 125 ss.

<sup>2616</sup> *Ibíd.*, págs. 86-88.

Con todo, la legitimación de los efectos promocionales no es sostenible desde la exigencia que representan los contenidos limitadores del Derecho penal, porque la función promocional supone una injerencia en la formación autónoma de una ética civil incompatible con los postulados de un Estado pluralista. Como señala Santana Vega, estas funciones “inviabiles” en el Derecho penal democrático, han sido y son sostenidas con olvido de la necesaria coherencia de las funciones con los principios fundadores del Derecho penal. Todas ellas influirán, al constituirse en orientaciones político criminales, en la selección de los bienes jurídicos y en el ámbito de configuración de los mismos.<sup>2617</sup>

Con la función promocional se llega a la confusión de dos ámbitos que necesariamente deberán estar en compartimentos separados, de un lado los que configuran los objetivos de la política criminal, y de otro los que persigue la política socio- económica del Estado.<sup>2618</sup>

Esta situación conduce a que el Derecho penal carezca de la capacidad instrumental de prestar eficazmente a la sociedad, y a los individuos que la integran, la seguridad que demandan al Estado ante la amenaza de nuevos riesgos. Sin embargo, como apunta Cancio Meliá,<sup>2619</sup> el legislador recurriría al Derecho penal aún a sabiendas de su incapacidad para resolver eficazmente estos problemas – mediante la creación de nuevos tipos penales de imposible aplicación- con la finalidad de producir el efecto simbólico de estar dando a las problemáticas una solución eficaz que fuera demandada o, tan sólo con el fin pedagógico de que la población adquiriera conciencia de la necesidad de respetar ciertos valores.<sup>2620</sup>

Consideramos, por lo expuesto a lo largo del trabajo, que es necesario emprender el cuestionamiento y la redefinición de los contenidos y de los límites de la potencia punitiva con base en una concepción de los derechos humanos como productos culturales, en aras a la legitimación de las normas penales correspondientes a un Estado que se expande y reterritorializa en el ámbito del mercado global.<sup>2621</sup>

Por ello, como describe Mendoza Buergo<sup>2622</sup>, resulta prototípico del Derecho penal actual la búsqueda y aseguramiento del máximo de seguridad en todos los órdenes, en consecución de su afanosa necesidad de control, sólo que éste adquiere rasgos particulares en tanto ya no refiere a un Estado soberano moderno, sino a la gestión eficiente del Estado postfordista. En este sentido, en la

---

<sup>2617</sup> Santana Vega, D.M., “Funciones del Derecho penal y bienes jurídicos penales colectivos”, en Actualidad Penal, núm. 9, 2001, pág. 145.

<sup>2618</sup> *Ibidem*, pág. 154.

<sup>2619</sup> Cancio Meliá, M., “Conferencias sobre temas penales...”, *op.cit.* pág. 127.

<sup>2620</sup> Véase Hassemer, W., “Derecho penal simbólico...”, *op.cit.*, págs. 30 y 34; Hassemer, W., /Muñoz Conde, F., *La responsabilidad por el producto en el Derecho penal*, *op.cit.*, pág. 25.

<sup>2621</sup> Este tópico configura el núcleo del Capítulo 2.

<sup>2622</sup> Mendoza Buergo, B., “Gestión del riesgo y política criminal de la seguridad en la sociedad del riesgo”, *op. cit.*, pág. 81.

transición paradigmática a la que asistimos, la política criminal tendrá que tomar en especial consideración que *los riesgos y su percepción no son dos ámbitos independientes ya que la semiótica de la gestión eficaz pone de manifiesto el cambio de unos órdenes institucionales por otros y consecuentemente, el cambio en la subjetividad.* En efecto, la actual tendencia hacia la consolidación de un paradigma preventivo de policía deberá ser criticada a fin de que no se “imponga definitivamente como el modelo de elección para el legislador penal.”<sup>2623</sup>

Dentro de la política punitiva, esta tendencia se expresa mediante la creación de un Derecho penal netamente preventivo que consecuentemente avala el adelantamiento de la protección hasta estadios irreconocibles en el modelo anterior, que en busca de un control total de los riesgos protege *más y distintos bienes*, asegurándolos desde un estadio previo a la lesión, lo que provoca una *flexibilización* de los presupuestos de imputación tanto objetivos como subjetivos, así como de las garantías propias de un Derecho penal del Estado de Derecho.<sup>2624</sup> Todas estas características, como hemos tenido oportunidad de estudiar, se conjugan en la redacción actual del art. 318 bis CP y lo torna un ejemplo paradigmático de las mutaciones en el control penal que se vienen sucediendo en las últimas décadas.

No obstante, y habida cuenta de las rearticulaciones de la soberanía, la ley y la subjetividad que se producen actualmente, el valor de la seguridad sólo podrá ser protegido por un Derecho penal que atienda prioritariamente no a una defensa *eficaz*, sino a la defensa *más efectiva* posible dentro del respeto de los principios que justifican la intervención penal en un Estado democrático.<sup>2625</sup>

En contra de la funcionalización del bien jurídico, hemos postulado como criterio esencial la *individualización de la ofensividad*; lo anterior se traduce en que el contenido material del bien jurídico no puede estar funcionalizado y vaciado de contenido.

En efecto, el recurso a técnicas de tipificación que configuran bienes jurídicos vacíos de contenido material no logra colmar este *vacuis* a través del adelantamiento de la protección. En este sentido, Méndez Rodríguez analiza que si el peligro es el estadio previo a la lesión, el adelantamiento de la tutela a través de estructuras típicas de peligro sólo tiene sentido en tanto confeccionada en aras de evitar la posible lesión del bien jurídico. En caso de que ésta no sea

---

<sup>2623</sup> Mendoza Buergo, B., *Límites dogmáticos y político-criminales de los delitos de peligro abstracto*, op.cit., pág. 349.

<sup>2624</sup> Silva Sánchez, J.M., *La expansión...*, op.cit.; Mendoza Buergo, B., *El Derecho penal...*, op.cit.; Hassemer, W., *“Derecho penal simbólico...”*, op.cit., pág. 33.

<sup>2625</sup> Portilla Contreras, G., *“La influencia de las ciencias sociales en el Derecho penal: ..”*, op.cit., pág. 121. Véase Capítulo 5.

determinable, difícilmente lo será la puesta en peligro (concreto) o la peligrosidad de una acción en general (abstracto).<sup>2626</sup>

Frente a las dificultades e inconsecuencias estudiadas a lo largo del trabajo, entendemos que, por imperativo constitucional del principio de ofensividad, se debe partir de la premisa de que sólo hay tipos de lesión y tipos de peligro, y que en éstos siempre se requiere una efectiva afectación al bien jurídico- sea de lesión o de peligro- valorada *ex post*, “a no ser de que se trate de una pura imaginación sin sustento real alguno en el mundo o de una *falta de tipo por inexistencia de bien jurídico*.”<sup>2627</sup>

En virtud de lo expuesto, en especial referencia al análisis producido respecto del delito de tráfico de personas del tipo básico del artículo 318 bis CP, consideramos que no puede producirse un análisis interpretativo que logre contener la potencia punitiva, ello porque no es posible ninguna estrategia dogmática, sistemática o normativa, que desmienta que en este caso nos enfrentamos a una norma con las características propias de la legislación penal del enemigo y, en este sentido, consecuente con las decisiones que conforman el *gobierno de la excedencia*. En palabras de Cancio Meliá y Maraver Gómez, “las paradojas o aporías detectadas son sólo aparentes, porque desaparecen si se tiene presente la línea directriz relativa a la reafirmación colectiva de los excluyentes mediante la exclusión.”<sup>2628</sup>

En consecuencia, entendemos que la protección penal del control de los flujos migratorios constituye una muestra más de la pérdida del carácter limitador del bien jurídico cuando la legislación penal tiene por objeto el control de la funcionalidad del sistema.

### 6.7. El Proyecto de reforma del código penal<sup>2629</sup>

El Consejo de Ministro aprobó la remisión a las Cortes Generales del Anteproyecto de Ley Orgánica de reforma del Código Penal de 1995. De conformidad con la exposición de motivos del Anteproyecto, aun cuando considera que la estabilidad es una de “las piedras angulares del sistema” este principio puede tener “importantes efectos perniciosos si no existe una constante preocupación del legislador por responder a las demandas de la sociedad”.

---

<sup>2626</sup> Méndez Rodríguez, C., *Los delitos de peligro y sus técnicas de tipificación*, op.cit., pág. XIX-XX, 40, 43, y 160-161. Adopta esta postura también Soto Navarro, S., *La protección penal de los bienes colectivos en la sociedad moderna*, op.cit., pág. 178.

<sup>2627</sup> Zaffaroni, E.R., Alagia, A., Slokar, A., *Derecho penal...*, op.cit., pág. 92, el subrayado es agregado.

<sup>2628</sup> En “*El Derecho penal...*”, op.cit., pág. 346. Asimismo, véase Capítulo 4.

<sup>2629</sup> Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, presentado por el Ministerio de Justicia al Consejo de Ministros el pasado 14 de noviembre de 2008. Este anteproyecto ya ha sido remitido por el Gobierno de la nación a las Cortes Generales para su tramitación parlamentaria, para su tratamiento bajo la forma de Proyecto de Ley Orgánica en 2009, publicado en *XXI Congreso Universitario de Alumnos de Derecho Penal*, Ratio Legis, Salamanca, 2009, págs. 3-40.

En efecto, el Proyecto tiene incidencia sobre los delitos sexuales, en especial consideración cuando las víctimas fueran menores de edad<sup>2630</sup> y la necesidad de transponer tanto la Decisión Marco 2004/68 JAI del Consejo de 22 de diciembre de 2003 relativa a la lucha contra la explotación sexual de los niños y la pornografía infantil, como la Proposición no de ley aprobada por el Congreso de los Diputados del día 3 de junio de 2008, por la cual se insta al Gobierno a realizar modificaciones contenidas en el Título VIII del Libro II del Código Penal. Para los delitos sexuales se introduce la pena accesoria de la libertad vigilada con la finalidad de lograr la reinserción del sujeto a la sociedad.

Asimismo este Proyecto modifica varias y diversas materias, v.gr. la prescripción del delito,<sup>2631</sup> la responsabilidad de las personas jurídicas,<sup>2632</sup> el decomiso,<sup>2633</sup> dentro de los delitos de torturas y contra la integridad moral se incrimina la conducta de acoso laboral, los ataques contra sistemas de información, la lucha contra la corrupción en el ámbito privado, los delitos contra la ordenación del territorio y urbanismo se introducen mejoras técnicas, se elevan los plazos de prescripción de los delitos contra la Hacienda Pública y contra la seguridad social hasta los diez años. En el ámbito de las asociaciones ilícitas se

---

<sup>2630</sup> La mayor vulnerabilidad de los menores de edad para ser víctimas de comportamientos delictivos determinaron la tipificación de las conductas que los afecten de manera separada de la regulación propia de los adultos, por ello se procede a la incorporación en el Título VIII del Libro II del CP, el Capítulo II bis “De los abusos y agresiones sexuales a menores”. Amayor abundamiento véase *Anteproyecto...*, op.cit., págs. 6 ss.

<sup>2631</sup> De conformidad con la disparidad de criterios adoptados por el TC y el TS, se prestará especial atención a la necesidad de precisar el momento de inicio de la interrupción de la prescripción, y se establece que la misma se interrumpirá, sin que cuente el tiempo transcurrido, cuando el procedimiento se dirija contra quien aparezca como penalmente responsable. Asimismo, respecto de los efectos, habrán de tomarse en consideración la presentación de denuncias o querellas, para lo cual se dota de efecto suspensivo a estas presentaciones. Estas modificaciones se completan con la declaración de imprescriptibilidad de los delitos de terrorismo que hubieren causado la muerte o las lesiones típicas del art. 149 o cuando se trate del secuestro de una persona.

<sup>2632</sup> Estable un sistema de doble vía, puesto que junto a la imputación de los delitos cometidos, se añade la imputación de aquellas infracciones propiciadas por no haber ejercido la persona jurídica el debido control. Debido a la independencia que hay entre la responsabilidad penal de la persona física y jurídica, se suprime el actual párrafo segundo del art. 31 CP. Asimismo se establece un catálogo de penas imponibles donde se añaden a las consecuencias accesorias vigentes, la multa por cuotas y proporcional y la inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas, para contratar con las Administraciones Públicas, etc. Además se regulan supuestos de atenuación de la responsabilidad, entre las que destacan: la confesión a las autoridades, la reparación del daño y el establecimiento de medidas eficaces para prevenir y decubrir los delitos futuros.

<sup>2633</sup> Se complementa la regulación relativa al comiso permitiendo a los jueces y tribunales acordarlo respecto de aquellos efectos, bienes, instrumentos y ganacias procedentes de una actividad delictiva cometida en el marco de una organización criminal. Para ello se establece la presunción de procedencia de actividad delictiva cuando el patrimonio fuera desproporcionado con respecto a los ingresos legales.

crea un nuevo tipo delictivo que recoge la conducta de quien se agrupa, de forma transitoria, con el fin de cometer delitos.<sup>2634</sup>

En el ámbito de esta propuesta de reforma, y en lo que interesa al presente trabajo, habida cuenta de las dificultades expuestas respecto del tratamiento unificado de los delitos de trata de personas e inmigración clandestina que contiene la actual regulación penal del art. 318 bis CP, entiende el Anteproyecto que “resultaba a todas luces inadecuado, en vista de las grandes diferencias que existen entre ambos fenómenos delictivos.”<sup>2635</sup>

En efecto, el Anteproyecto da cuenta de la necesidad de establecer un tratamiento diferenciado, ya que nos encontramos frente a realidades criminológicas claramente distintas de acuerdo con las definiciones formuladas en los instrumentos internacionales. El documento que analizamos es receptivo a los constantes conflictos interpretativos tanto en la doctrina como en la jurisprudencia. Reparando en las lagunas de punibilidad que señaláramos respecto del delito de trata de personas, en el cual sí se afectan bienes jurídicos de las personas, independientemente del status migratorio; asimismo, muestra una postura más comprensiva del fenómeno de los flujos migratorios, alejándose del enfoque trafiquista que sigue la legislación vigente. En este sentido, entiende que “resulta fundamental resaltar que no se trata de un delito que pueda ser cometido con exclusividad contra personas extranjeras, sino que abarcará todas las formas de trata de seres humanos, nacionales o transnacionales, relacionados o no con la delincuencia organizada.”<sup>2636</sup>

En consecuencia se crea el Título VII bis “De la trata de seres humanos” que cuenta con una única disposición: el art. 177 bis CP. De acuerdo con la exposición de motivos, se tipifica un delito complejo que se desarrolla en varias etapas perfectamente delimitadas y donde prevalece la protección de la dignidad y la libertad de las víctimas. Asimismo, en virtud del principio de coherencia interna del sistema, atendiendo a las dificultades concursales señaladas por la doctrina y la jurisprudencia que presentaban los arts. 313.1CP y 318.1 y 2 CP, quedan derogados el inciso 1 del art. 313 CP y el apartado segundo del art. 318 bis CP.

### **6.7.1. El contexto criminológico de la reforma**

Si bien hemos construido el análisis crítico del bien jurídico del tipo básico del art. 318 bis en función de la unificación que realizó el legislador al

---

<sup>2634</sup> Asimismo se disponen reformas en el ámbito de los delitos de cohecho, la creación de un nuevo delito de piratería dentro del Título dedicado a los Delitos contra la Comunidad Internacional, se modifican las normas que tipifican el delito de corrupción de funcionario público extranjero en las transacciones comerciales internacionales.

<sup>2635</sup> *Anteproyecto...*, op.cit., pág. 10.

<sup>2636</sup> *Ibidem*.



momento de la incorporación de la normativa internacional al Código Penal de los delitos de trata de seres humanos y de inmigración clandestina, en este momento, para analizar la introducción del delito del art. 177 bis, creemos necesario esclarecer alguno de sus presupuestos.

Desde sus orígenes el fenómeno del tráfico sexual ha aparecido vinculado a las mujeres. Según datos de la ONU, el fenómeno migratorio está compuesto en su 50% por mujeres.<sup>2637</sup> Según datos de la OIM, sólo en Europa el tráfico sexual en su mayoría afecta a mujeres e involucra de 200.000 a 500.000 anualmente, y cada vez abarca mujeres más jóvenes. Al margen de las preferencias por parte del mercado, las creencias en determinadas zonas geográficas han jugado un papel determinante en la utilización de menores (creencia como el carácter sanador de la relación con mujeres vírgenes del sudeste asiático y la búsqueda de esa cualidad para evitar contagios, y también en esta área el papel de las familias que venden a sus hijas).

Europa occidental recibe inmigrantes a través de cinco rutas principales:

- a) La ruta de los Balcanes, a través de Turquía o, Grecia o Ucrania, Eslovaquia y, República Checa o Hungría; para los procedentes de Asia: Irán, Paquistán, Irak, Afganistán, India, Sri Lanka, principalmente.
- b) La ruta Báltica, utilizada por los procedentes de Rusia, Bielorrusia y Asia (China y Tailandia), que pasa a través de Rusia o Polonia, los Estados bálticos, o los Estados nórdicos hasta llegar al occidente europeo.
- c) La ruta mediterránea, para los procedentes de Albania (hacia Italia) y África: desde el norte de África subsahariana y sahariana, en particular Marruecos, Argelia, Nigeria, Angola, Senegal, Guinea, Malawi, Sierra Leona y Somalia, con destino hacia España, Italia y Grecia.
- d) Desde Europa central y del Este: República Checa, Rumania, Bulgaria, países de la ex Yugoslavia, Ucrania, Lituania, Moldavia y Albania. Desde la incorporación progresiva a la UE, países que eran de origen de las rutas se han convertido en países de tránsito, al tener sus nacionales entrada legal en los Estados comunitarios.
- e) Una ruta aérea con migrantes latinoamericanos.

Sin embargo, el tratamiento jurídico-penal en el ámbito tanto legislativo como jurisprudencial de la trata de personas se ha ido construyendo bajo la simplificación que reproduce el enfoque trafiquista, esto es, la reducción de la complejidad del fenómeno a una cuestión binómica entre organizaciones criminales y víctimas engañadas y explotadas,<sup>2638</sup> que no admite prueba en

---

<sup>2637</sup>Véase *Global Report Trafficking on persons*, Informe de Naciones Unidas (UNODC), presentado en febrero de 2009, disponible en inglés en [http://www.unodc.org/documents/Global\\_Report\\_on\\_TIP.pdf](http://www.unodc.org/documents/Global_Report_on_TIP.pdf)

<sup>2638</sup>Terradillos Basoco, J.M., *"Inmigración, mafias y sistema penal. La estructura y la pátina"*, op.cit., págs 265-266, afirma que "las migraciones no son, pues, el fruto programado por organizaciones criminales. Responden a un desarrollo estructuralmente desigual. Y en ese marco debe situarse la política –que no podrá ser sólo política criminal- sobre los fenómenos migratorios."

contrario, porque se trata de una estrategia de conversión de los efectos en causas que, a la postre, producen el desplazamiento del tratamiento de las cuestiones estructurales que subyacen a esta problemática.<sup>2639</sup> Como trasfondo de esta orientación, lo que se construye mediáticamente como redes de tráfico esconde una multiplicidad de distintas organizaciones que no siempre coinciden con esta imagen estereotipada de las grandes redes.<sup>2640</sup> Así lo demuestran los distintos trabajos sociológicos españoles sobre la cuestión.<sup>2641</sup>

---

<sup>2639</sup> En este sentido, la Convención contra la delincuencia organizada transnacional. y el Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la *trata de personas*, especialmente de mujeres y niños promueven un tratamiento integral del problema, ya que, como vimos, las operaciones de trata forman parte de otras actividades ilegales. La Convención establece requisitos específicos en materia de cooperación internacional, y estipula normas de derecho sustantivo y procesal que los Estados-parte deberán seguir en vistas a armonizar su legislación y eliminar las diferencias que puedan obstaculizar la cooperación internacional.

<sup>2640</sup> Baucells Lladós, J., “El perfil criminológico del tráfico para la explotación sexual en España: Un fenómeno viejo con características nuevas”, en García Arán, M., (coord), *Trata de personas y explotación sexual*, op.cit., pág. 143.

<sup>2641</sup> Oso, L., Ulloa, M., “Tráfico e inmigración femenina desde la voz de las mujeres migrantes”, en Ulloa, M., Bonelli, E., (coord.) *Tráfico e inmigración de mujeres en España. Colombianas y ecuatorianas en los servicios domésticos y sexuales*, ACSUR –Las Segovias, Madrid, 2001, págs. 67 ss. En este sentido, hay otros intervinientes en los itinerarios migratorios que no responden a un único perfil; entre éstos pueden enumerarse:

1 Redes de tipo familiar, predominantes en migrantes dominicanas, que en su mayoría se dedican al trabajo doméstico.

2 Redes de tipo comercial, como agencias de viaje, prestamistas particulares o empresarios que adelantan dinero o proporcionan documentación para entrar en España. A veces ofrecen alojamiento y trabajo. Bajo esta modalidad la deuda suele resultar de un aumento de los gastos reales, y en el caso en que el empresario que adelanta el dinero es dueño de clubs de alterne o bares es muy posible que el contrato oral implique el compromiso de trabajar como prostituta en su local hasta cancelar la deuda o por un tiempo determinado. Puede darse en estos casos la transferencia de un empresario a otro y la retención de los documentos hasta el final del contrato, y a veces hasta se ofrecen servicios de abogados para tramitar los papeles. Este sistema no siempre implica engaño, aunque sí explotación, y es el caso más frecuente entre las colombianas.

3 Redes de tipo coercitivo, aquellas que usan presiones extra económicas y utilizan la violencia para reforzar su objetivo económico; asimismo pueden ser divididas en tres categorías:

- Grupos de base étnica: estos grupos captan mujeres en su mayoría jóvenes de zonas rurales y con escaso nivel de formación. El trabajo sexual puede ser acordado desde el principio o disimularse con ofertas laborales en el ámbito de la hostelería o como bailarinas (nigerianas o subsaharianas).

- Grupos organizados de acuerdo con la definición que hace la Organización Internacional de Policía Científica, con un pequeño número de personas implicado y unión esporádica y temporal, que coordinan presiones en el lugar de origen y en el de llegada para controlar a las personas que quieren emigrar, y una vez en destino evitar que escapen de su dominio. Se caracterizan por ser relaciones personales o de pareja (albanesas).

- Grupos de criminalidad organizada, grupos organizados que combinan el tráfico de personas con pornografía, la venta de armas y drogas. Suelen contar con complicidades y sobornan a funcionarios y testigos. Su poder económico y organizativo los sitúa frente a situaciones de ventaja no sólo respecto de las víctimas sino de los Estados. Los ingresos superiores a 1,5 billones de dólares, que superan al PBI de la mayoría de los países del mundo, y

En cambio, la trata de personas puede correr a cargo de una serie de organizaciones pequeñas con algunos vínculos entre sí, que captan a las víctimas y se las venden unas a otras a medida que pasan del Estado de origen al de destino, o bien corren a cargo de asociaciones con mayor estructura y organización que actúan en todas las etapas del proceso. Las personas que integran este tipo de organizaciones cumplen diversas tareas en fases sucesivas: reclutamiento en los países de origen, provisión de documentación falsa, cartas falsificadas que prueban el contacto con personas del país de destino, agencias de viaje, transportistas, y aquellas que en el país receptor proporcionan permisos de residencia falsos, trabajo o precontratos falsos, finalmente, aquellos miembros de la organización que se dedican directamente de la explotación laboral o sexual.<sup>2642</sup>

Entre las organizaciones detectadas en Europa encontramos sobre todo grupos albaneses, chinos, nigerianos, norteafricanos, rusos, turcos, afganos, paquistaníes, de los países de la ex Yugoslavia, iraníes e iraquíes.<sup>2643</sup> En particular, en España las autoridades han detectado redes colombianas,

---

tienen gran capacidad de influir en los gobiernos por su capacidad de corrupción. En segundo lugar, el origen extranjero de los autores plantea importantes problemas procesales, de competencia territorial y de impunidad, frente a los cuales si no existen mecanismos de coordinación entre los distintos ordenamientos jurídicos pueden, además de hacer ineficaz cualquier propósito represivo, generar el llamado “efecto desplazamiento”, en virtud del cual el fenómeno podrá desplazarse a aquellos países donde el sistema penal les permita operar más libremente.

Pese a la existencia de las redes pequeñas, medianas o grandes, de acuerdo con la clasificación que hemos hecho, han de distinguirse fenómenos de carácter familiar, amigos, vecinos, que recurriendo a sus ahorros invierten en el viaje. En algunos casos la persona que presta el dinero puede haber inmigrado previamente y estar residiendo en el país de destino. Una de las situaciones en que les resulta más difícil a las trabajadoras sexuales migrantes librarse de la explotación es aquella en que esta se da en el ámbito de las relaciones personales o de pareja. En segundo lugar, es dable hacer referencia a los fenómenos de tipo comercial compuestos por prestamistas particulares, empresarios o agencias de viaje que tienen entre sus actividades financiar y organizar desplazamientos migratorios Oso, L., /Ulloa, M., “Tráfico e inmigración femenina desde la voz de las mujeres migrantes”, op.cit., págs. 67 ss., elaboran otra tipología: de conformidad a la distinta participación de otras personas en las diferentes fases del proceso migratorio: a) migración autónoma; b) migración financiada por individuos o entidades con ánimo de lucro en el país de origen; c) migración financiada por individuos en España con ánimo de lucro y algún contacto en el país de origen; d) redes organizadas de carácter transnacional.

Mientras las redes organizadas desarrollan básicamente su actividad en el tráfico de personas provenientes de Europa del este, el resto de los supuestos se da en la inmigración de mujeres desde latinoamérica y África.

<sup>2642</sup> Cfr. Sánchez García de Paz, I., “Tráfico y trata de personas a través de organizaciones criminales”, en Puente Aba, L., (dir.), Zapico Barbeito, M., /Rodríguez Moro, L., (coords.), *Criminalidad organizada, terrorismo e inmigración...*, op. cit., pág. 279.

<sup>2643</sup> Datos obtenidos del informe elaborado por Europol, *European Union Organised Crime Situation Report 2000*, epígrafes “The situation concerning Organised crime in the UE—types of crime –Trafficking in human beings is a mayor problem for most member states” y “Political Law-Enforcement Initiatives – Type of crime- Illegal immigration and trafficking in human beings”. Documentos disponibles en <http://www.europol.europa.eu/index.asp?page=publications>.

nigerianas y albanesas. Las corrientes migratorias provenientes de Europa del este constituyen una proporción de 2/3 respecto al medio millón de mujeres provenientes de otros lugares.<sup>2644</sup>

Si se analiza la situación a la luz del art. 318 bis del CP, esto es, el supuesto de migrantes provenientes de Bulgaria y Rumania objeto de explotación sexual y/o laboral, resulta la impunidad de estas conductas. La condición de ciudadanos comunitarios hace imposible la aplicación del artículo. Sin embargo, esto es consecuente con el bien jurídico protegido por el 318 bis del CP, y con los resultados contraproducentes que arroja hacer depender la trata de personas del carácter clandestino, ya que condiciona la protección de los derechos frente a los abusos de las conductas de trata a la nacionalidad de las personas<sup>2645</sup>.

Consecuentemente rumanas y búlgaras quedan excluidas del objeto material del artículo 318 bis CP, por pertenecer a un país comunitario y, en consecuencia, poder acceder libremente al territorio español, mientras que aumentan las situaciones de trata con fines de explotación sexual con víctimas de estas nacionalidades.<sup>2646</sup> La indefensión para los supuestos de la trata de explotación sexual rumanas o búlgaras, o para los casos de ciudadanos portugueses, destinados a la explotación laboral, no podría apreciarse el artículo 318 bis CP, ya que en el primer caso, no existe un cruce ilegal de fronteras, y en el segundo supuesto, además de no existir dicho cruce ilegal, la trata es con fines de explotación laboral que no está contemplada en el artículo de referencia.<sup>2647</sup> Las aparentes contradicciones del discurso se desvelan al momento de observar la lógica neoliberal que articula la política criminal.<sup>2648</sup> Frente a tales derroteros, se precisa de la construcción de un análisis crítico que remonte la potencia de la subjetividad migrante como un espacio de empoderamiento y de autonomía en los procesos de globalización, caracterizados por la progresiva precarización de los derechos. Todo ello en vistas de la creación de programas político-criminales

---

<sup>2644</sup> Véase European Crime Prevention Network, *Report on the Organised Crime Situation in the Council of Europe Member States*, 2005, págs. 36 ss., documento disponible en [http://europa.eu/legislation\\_summaries/justice\\_freedom\\_security/fight\\_against\\_organised\\_crime/l33133\\_es.htm](http://europa.eu/legislation_summaries/justice_freedom_security/fight_against_organised_crime/l33133_es.htm)

<sup>2645</sup> Se abre una solución posible para castigar las conductas que afecten a ciudadanos comunitarios: apreciar el art. 313.2 CP de protección de los derechos de los trabajadores, cuando no contaran con los permisos para trabajar en España (período de transición), que impide el acceso a una actividad laboral de los ciudadanos rumanos y búlgaros, hasta 2009 como mínimo.

<sup>2646</sup> En este sentido, véase Federación de Mujeres Progresistas de Madrid, *Trata de mujeres con fines de explotación sexual en España*, FMP, Madrid, 2008, pág. 206, que pone de manifiesto un importante incremento de las víctimas de nacionalidad rumana en los últimos años.

<sup>2647</sup> Sin duda, importantes lagunas de punibilidad, que serán parcialmente solventadas mediante la apreciación del art. 313 CP, desvirtuándose el principio de proporcionalidad, ya que este artículo prevé una pena de prisión de 2 a 5 años. En este sentido, la propuesta de Daunis Rodríguez, A., *Sistema sancionador e inmigración. Especial consideración al delito de tráfico ilegal de personas*, op.cit., págs. 588 y ss.

<sup>2648</sup> En este sentido véase el brillante trabajo de Aradau, C., *Rethinking...*, op.cit., pássim.

orientados a la protección de derechos fundamentales y no a las funcionalidades del sistema.

### 6.7.1.a. Deconstrucción del discurso trafiquista

Con todo, para articular programas político-criminales coherentes, habrá que tomar en cuenta las características del mercado laboral afectado por las derivas del control de las políticas migratorias, las discriminaciones, la invisibilidad y las violaciones de derechos fundamentales, es preciso evaluar los procesos de precarización derivados de la situación migratoria irregular, donde las opciones están sumamente restringidas.<sup>2649</sup> La clave de la evaluación está en el binomio inmigración/prostitución. Bajo estas condiciones, el trabajo sexual aparece como una opción más<sup>2650</sup> y, en este sentido, la prostitución no puede ser considerada como una actividad aislada, ya que, en tanto opción laboral, sólo puede entenderse y cobrar sentido en el marco de las oportunidades económicas a las que las mujeres tienen acceso y de las presiones sociales a las que se exponen.<sup>2651</sup>

Aunque una porción reducida del total de las mujeres migrantes esté dedicada al trabajo sexual, a medida que se endurecen los instrumentos de control de la inmigración por parte de la UE su número tiende a aumentar.<sup>2652</sup> En 2005 en España se estima que un 92% de las prostitutas son extranjeras, en

---

<sup>2649</sup> Afshar, H., "Mujeres y desarrollo: una introducción", en Villota, P., *Globalización y género*, Editorial Síntesis, Madrid, 1999, págs. 56-57; Bifani, P., "Globalización, género y proletarianización", en Gregorio Gil, C., Agrela Romero, B., (eds.) *Mujeres de un solo mundo: globalización y multiculturalismo*, Universidad de Granada, Granada, 2002, págs. 53 ss.

<sup>2650</sup> Nicolás Lazo, G., "Migraciones femeninas y trabajo sexual. Concepto de trabajo precario versus tráfico de mujeres", en Bergalli, R., (dir.) *Flujos migratorios...*, op. cit., pág. 246. Holgado Fernández, I., "Las nuevas retóricas de la inmigración femenina: prostitución en las calles de Barcelona", en *Scripta Nova*. Revista electrónica de Geografía y Ciencias Sociales, núm. 94, 2005, disponible en [www.ub.es/geocrit/sn-94-100.htm](http://www.ub.es/geocrit/sn-94-100.htm); Ruiz, S., "Desarrollo y empleo: una oportunidad para la mujer" en Villota, P., *Globalización y género*, op.cit., págs. 175-178; Berzosa, C., "La desigualdad Norte-Sur", en Villota P., op.utl. cit., págs. 106 ss.; Azize, Y., "Empujar las fronteras: mujeres y migración internacional desde América Latina y el Caribe", en Osborne, R., (ed.) *Trabajadoras del sexo. Derecho, migraciones y tráfico en el siglo XXI*, Bellaterra, Barcelona, 2004, pág. 168.

<sup>2651</sup> Juliano, D., *La prostitución: el espejo oscuro*, Icaria, Barcelona, 2002, pág. 10. En este sentido contempla la autora que "hay al respecto una correlación claramente establecida: cuando menores son las posibilidades de las mujeres de obtener trabajos bien pagados (por bajo nivel educativo o de formación profesional, situación de ilegalidad, escasa retribución de los trabajos considerados femeninos, barreras sociales a su promoción o derivación hacia las mujeres de responsabilidades de cuidado y mantenimiento familiar sin apoyo institucional) mayor es la posibilidad que se dediquen a tareas rentables, pero de alto costo social y considerable riesgo personal, como la de las trabajadoras sexuales".

<sup>2652</sup> Juliano, D., *Excluidas y marginadas: una aproximación antropológica*, Cátedra, Madrid, 2004, pág. 193.

demasiadas ocasiones menores, provenientes sobre todo de Europa del este, de África, de América latina y, en menor medida, de Asia.<sup>2653</sup>

En el ámbito laboral postfordista, tanto el trabajo sexual como los trabajos que se “ofrecen” a las migrantes comparten las características de precariedad, desprotección, escaso prestigio, etc.; sin embargo, la diferencia está en que los trabajos “decentes” están peor pagados que los servicios sexuales.<sup>2654</sup> No obstante, como pone de relieve Nicolás Lazo, “es paradójico que casi todas las energías se dirijan a apartarlas (salvarlas en su discurso) de la opción más rentable de las que tienen a su alcance” y lúcidamente cuestiona “¿Por qué esas mismas personas no luchan por la mejora de las opciones laborales de las mujeres en lugar de querer modificar las decisiones autónomas de las trabajadoras sexuales?”<sup>2655</sup>

Es preciso señalar que la explotación sexual es algo más que prostitución. Sin embargo, el enfoque trafiquista vela el tratamiento de la cuestión mediante una manifestación *aggiornada* del abolicionismo que históricamente ha identificado la trata de mujeres con prostitución.<sup>2656</sup> Esta postura, abandonada por el Código Penal de 1995, fue retomada como parte de la expansión del Derecho penal frente a las necesidades simbólicas de recuperación de un “orden” que coincida con las mutaciones de la soberanía del Estado-nación y la sucesiva precarización de los derechos que impone la lógica neoliberal. Todo ello se manifiesta en el tratamiento que dan los medios a esta problemática, donde terminan por identificarse los términos de prostitución, trata e inmigración, mediante la confección de la figura de la mujer *inmigrante ilegal prostituta* que es víctima de engaño, asimilándose el trabajo sexual de las migrantes con la esclavitud, o afirmaciones del tipo de que en la mayoría de los casos nos enfrentamos a redes de criminalidad organizada.<sup>2657</sup> La construcción de la imagen que han reproducido los medios de comunicación es sesgada, simplista, distorsionada y victimista, y ahonda las confusiones ya existentes entre la prostitución y la trata. Las lógicas de control de la inmigración identifican la trata

---

<sup>2653</sup> Pérez Cepeda, A.I., *Globalización, tráfico internacional...*, op.cit., pág. 36, e Informe Criminológico de la Unidad Técnica de Policía Judicial de la Guardia Civil de 2005 “*Trata de seres humanos con fines de explotación sexual*”, disponible en <http://www.lourdesmunozsantamaria.cat/IMG/pdf/InformeTSH2005GC-1.pdf>.

<sup>2654</sup> Juliano, D., *Excluidas y marginadas*, op.cit., pág. 163, cuando plantea una relación entre prestigio y lucro en trabajos tradicionalmente masculinos y femeninos mediante un gráfico, deduce que “podemos ver que mientras los trabajos masculinos pueden imaginarse progresando en un eje continuo, desde los mal pagados y con poco prestigio a aquellos que reúnen buenos sueldos y buena consideración social, en el caso de los trabajos tradicionales femeninos esta relación no se cumple, incluso se invierte”.

<sup>2655</sup> Nicolás Lazo, G., “*Migraciones femeninas y trabajo precario...*”, op. cit., pág. 249.

<sup>2656</sup> Maqueda Abreu, M.L., “*¿Es la estrategia penal una solución a la violencia contra las mujeres? Algunas respuestas desde un discurso feminista crítico*”, op.cit., pág. 17; de la misma, “*Hacia una nueva interpretación de los delitos relacionados con la explotación sexual*”, op. cit., págs. 1-2.

<sup>2657</sup> *Ibidem*, pág. 3.

de personas con el tráfico de migrantes clandestinos,<sup>2658</sup> confundiéndose ambas conductas en el artículo 318 bis CP, lo cual, como ha sido demostrado a lo largo de este capítulo, deriva en grandes espacios de indefensión.<sup>2659</sup>

Ello no debe extrañar, si no perdemos de vista que la irregularidad se deriva de las crecientemente restrictivas políticas de extranjería, que subordinan los permisos de residencia a la obtención de un contrato de trabajo y, dado que no se ha reconocido la prostitución como un trabajo, aquellas migrantes que eligen dedicarse al trabajo sexual son expulsadas bajo el halo de un discurso de combate contra el tráfico con fines de explotación sexual. Lo anterior tiene asidero en las conclusiones del estudio efectuado por Oso y Ulloa, que señalan “de las doce mujeres colombianas entrevistadas en Madrid, seis habían llegado de forma autónoma, seis con deudas. De las treinta entrevistadas en Galicia, 10 emigraron de forma autónoma, dos con deudas con entidades prestamistas o bancos en el país de origen, siete a través de compañeras que ya estaban allí, dos de familiares migrantes que cobraron interés por el préstamo, dos a través del dueño del club y seis mediante personas que de manera autónoma o con un contacto en el país de origen invirtieron su dinero. Sólo en un caso la migración estaba respaldada por una red organizada”. Estos porcentajes coinciden con el trabajo de Navarro,<sup>2660</sup> que cita un informe de la Guardia Civil donde se dice que los casos de mujeres que han sido engañadas, obligadas a prostituirse, compradas o vendidas, suponen sólo un 15% del total de mujeres extranjeras que llevan a cabo trabajo sexual.<sup>2661</sup>

### 6.7.2. El artículo 177 bis CP del Anteproyecto

---

<sup>2658</sup> Véase *supra* 6.5.

<sup>2659</sup> Cancio Meliá, M., Maraver Gómez, M., “*El Derecho penal...*”, op.cit., *pássim*; Sáez Valcárcel, R., “*Inmigración clandestina, mafias y luchas contra los pobres. Un tipo penal indecente*”, op.cit.; Terradillos Basoco, J.M., “*Inmigración, mafias y sistema penal. La estructura y la pátina*”, op.cit., págs. 272 ss.

<sup>2660</sup> Navarro, V., *Análisis de la prostitución femenina a Catalunya. Propostes executives i legislatives per a millorar una situació problemática*, ICA, Barcelona, 2001, pág. 127.

<sup>2661</sup> Juliano, D., *Excluidas y marginadas...*, op. cit., pág. 185. Según datos oficiales, sólo en 2004, el Cuerpo de Policía Nacional desarticuló en España 167 redes, detuvo a 669 personas, la mayoría extranjeras, y rescató a 1.511 extranjeras. Sin embargo, como destaca Juliano, si vemos la cantidad de expulsados cada año, verificamos un predominio de las mujeres. Esto pasa cada vez que se desarticula una red de trata, en que las migrantes terminan siendo castigadas con la expulsión en mayor número que los explotadores (se observa que los países de donde provienen las mujeres que son víctimas de trata con la finalidad de explotación sexual son en gran medida de América latina –Brasil, Colombia, República Dominicana; asimismo provenientes de países africanos – mujeres nigerianas y senegalesas, sin embargo, la llegada a España se ha producido en la mayoría de los casos de forma voluntaria y las redes intervienen en el momento posterior de la explotación sexual. Asimismo, desde los países del este de Europa –Bulgaria, Rumania, Ucrania y ex Yugoslavia-, que en los últimos años. Las nacionales de estos países se han configurado como el principal grupo de víctimas de la trata con fines de explotación sexual.

El Anteproyecto toma en cuenta la distinción que establecen los Protocolos de Palermo, solventando la existencia de dos tipos de conductas distintas; afirma el carácter transnacional de la inmigración clandestina cuya penalidad se justifica en la protección el interés que tiene el Estado para la gestión de los flujos migratorios.

Título VII bis, “De la Trata de seres humanos”, incorporado al Libro Segundo del CP:

Art. 177 bis,

“1. Será castigado con la pena de 5 a 8 años de prisión como reo de trata de seres humanos el que, ya en territorio español, ya desde, en tránsito o con destino a España, empleando violencia, intimidación o engaño, o abusando de una situación de superioridad o de necesidad o vulnerabilidad de la víctima nacional o extranjera, la capture, o la transportare, o la trasladare, o la acogiere, o la recibiere, o la alojare con cualquiera de las finalidades siguientes:

a) explotar su trabajo o sus servicios, incluidos el trabajo o los servicios forzados, la esclavitud o prácticas similares a la esclavitud o a la servidumbre.

b) la explotación sexual, incluida la pornografía.

c) extraer sus órganos corporales.

2. Aun cuando no se recurra a ninguno de los medios enunciados en el apartado anterior, se considerará trata de seres humanos cualquiera de las acciones enumeradas en el apartado anterior cuando se llevare a cabo respecto de menores de edad con fines de explotación.

3. El consentimiento de una víctima de trata de seres humanos será irrelevante cuando se haya recurrido a los medios indicados en el apartado primero de este artículo.

4. Se impondrá la pena superior en grado a la prevista en el apartado primero de este artículo cuando:

a) con ocasión de la trata se ponga en peligro de forma deliberada o por grave imprudencia la vida de la víctima;

b) la víctima sea menor de edad;

5. En la misma pena del apartado anterior y además en la de inhabilitación absoluta de seis a doce años, incurrirán los que realicen los hechos prevaleciéndose de su condición de autoridad, agente de ésta o funcionario público.

6. Se impondrá la pena superior en grado a la prevista en el apartado primero de este artículo, e inhabilitación especial para profesión, oficio, industria o comercio por el tiempo de la condena, cuando el culpable perteneciera a una organización o asociación de más de dos personas, incluso de carácter transitorio, que se dedicase a la realización de tales actividades.

Cuando se trate de los jefes, administradores o encargados de dichas organizaciones o asociaciones, se les aplicará la pena en su mitad superior, que podrá elevarse a la inmediatamente superior en grado.



7. Cuando los delitos comprendidos en los capítulos anteriores se hubieren cometido en el marco o con ocasión de las actividades de una persona jurídica y procediere la declaración de su responsabilidad penal de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis de este Código, se le impondrá la pena de clausura temporal de sus locales y establecimientos de dos a cinco años, una pena de multa igual que la de las personas físicas, así como el comiso de los bienes, productos y beneficios obtenidos directa o indirectamente del delito.

8. La provocación, la conspiración y la proposición para cometer el delito de trata de seres humanos, serán castigadas con la pena inferior en uno o dos grados a la del delito correspondiente.

9. Lo dispuesto en los apartados anteriores será de aplicación salvo que correspondiera mayor pena con arreglo a otro precepto de este Código.

En todo caso, las penas previstas en este artículo se impondrán sin perjuicio de las que correspondan por los delitos efectivamente cometidos.

10. Las condenas de los jueces o tribunales extranjeros por delitos de la misma naturaleza que los previstos en este artículo producirán los efectos de reincidencia, salvo que el antecedente penal haya sido cancelado o pueda serlo con arreglo al Derecho español”.

No obstante saludar la incorporación de este delito al Código Penal, compartimos la crítica que se hace en el Informe del Consejo General del Poder Judicial<sup>2662</sup> respecto de no haber incluido -como sí lo hacen tanto el Protocolo como la Decisión Marco de 2006- como medio comisivo “la recepción o concesión de pagos para obtener el consentimiento de la víctima.” El informe hace alusión también a las elevadas penas previstas por el artículo en comentario. Invocados los instrumentos internacionales como base para la sanción del tipo penal por parte de los creadores del Anteproyecto, puede verificarse que con respecto a lo establecido en el art. 3.2 de la Decisión Marco del Consejo de 2002, que propone la sanción de penas privativas de libertad no inferiores a ocho años de prisión en los casos en que se ponga en peligro deliberadamente la vida de las víctimas, cuando ésta sea particularmente vulnerable, cuando se cometan mediante violencia grave o causen daños graves, o cuando se cometan en el marco de una organización.

Por su parte, el Anteproyecto opta por situar el límite mínimo de la pena de prisión correspondiente a los tipos agravados en ocho años de prisión.

Asimismo, no terminan de resolverse los problemas concursales que presentan los arts. 318 bis y 188.1 CP. En este sentido, el Informe que estamos analizando propone que, para justificar la mayor gravedad del delito de trata frente a la determinación a la prostitución del art. 188.1 CP, las conductas del art. 177 bis deben ser incluidas como formas concretas de traficar con personas, proponiendo modificaciones para la redacción del tipo básico, que quedaría de la siguiente manera: “Será castigado con la pena de 5 a 8 años de prisión como reo

---

<sup>2662</sup> *Anteproyecto*, op.cit., págs. 41 ss.

de trata de seres humanos el que, ya en territorio español, ya desde, en tránsito o con destino a España, empleando violencia, intimidación o engaño, o abusando de una situación de superioridad o de necesidad o vulnerabilidad de la víctima nacional o extranjera, traficare con personas mediante su captación, transporte, traslado, acogida, recepción o alojamiento con cualquiera de la finalidades siguientes...”<sup>2663</sup> El delito de trata se verá consumado una vez cumplida la acción típica, independientemente de que haya o no habido una explotación sexual, laboral o concurren cualquiera de los demás supuestos. Para los casos en que se hubiese producido la explotación, se producirá un concurso de delitos con las conductas tipificadas por los arts. 311, 312 o 188 CP. Para el caso en que la explotación sexual se haya hecho efectiva entrará en concurso real con el art. 188.1 CP, que tipifica el sometimiento coactivo a la prostitución.<sup>2664</sup>

Señala el Consejo General del Poder Judicial la finalidad o elemento subjetivo típico de la trata de personas consistente en *explotar sus trabajos o sus servicios* a la que se refiere el art. 177 bis 1.a., no está limitada a la de someterlas a “servicios forzados, la esclavitud o prácticas similares a las esclavitud o a la servidumbre”, ya que estas últimas no son las únicas formas propuestas por el Anteproyecto. Asimismo, cuando la finalidad de la trata sea la explotación laboral que no constituya ni trabajo o servicios forzados, esclavitud, ni prácticas similares, junto con la existencia en el Código Penal de los delitos contra los trabajadores que efectivamente incluyen la explotación laboral, parecerían quedar excluidas del delito de trata y en cambio remitirse a los de imposición de condiciones laborales contrarias a los derechos reconocidos laboralmente. En este sentido, el Informe cree acertado cualificar la explotación del trabajo o servicios a los que hace referencia este elemento subjetivo del tipo de trata de personas de tal manera que el art. 177 bis 1.a) “se limitara a las finalidades de imponer trabajo o servicios forzados, la esclavitud o prácticas similares”.<sup>2665</sup>

Por su parte, el Informe del Consejo Fiscal pormenoriza el análisis respecto de las conductas de explotación laboral, recogiendo algunas de las sentencias del Tribunal Supremo que interpretan los delitos de los arts. 312.2 y 313.1 CP, y que

---

<sup>2663</sup> Asimismo, el Informe señala que será muy difícil apreciar la diferencia cuando, por ejemplo se capte una persona para prostituirla, pues tanto el delito tipificado por el art. 188.1 CP como el art. 177 bis exigen idénticos medios comisivos; no obstante, el primero con penas muy inferiores con relación al segundo. El Informe del Consejo Fiscal, al contrario que el Informe del Poder judicial, considera que las penas previstas para el delito de trata son proporcionales y adecuadas, op.cit., pág. 166.

<sup>2664</sup> De acuerdo con la precisión que hace el Consejo Fiscal en su informe, la conducta típica del art. 188.1 CP constituye sólo una de las formas de explotación sexual: “en definitiva, lo que se pretende combatir es cualquier actividad de trata sexual dirigida a imponer conductas sexuales contra la voluntad de la víctima, ya impliquen la realización de relaciones sexuales como actos de otra naturaleza (alterne, mensajes eróticos, *striptease*, pornografía, etc.)”.

<sup>2665</sup> Informe del Consejo del Poder Judicial, op.cit., pág. 89.

fundamentan la aplicación de estos artículos en las formas de explotación favorecidas por el marco económico actual.<sup>2666</sup>

Para los casos de explotación sexual efectivamente realizada, entrará en concurso con la modalidad de que se trate, es decir con la prostitución del art. 188 CP y, eventualmente, con el artr. 189 CP. En este sentido, la prostitución coactiva es sólo una de las formas de explotación sexual que pueden realizarse. En este sentido, lo que se pretende combatir es cualquier actividad de trata sexual dirigida a imponer conductas sexuales contra la voluntad de la víctima.<sup>2667</sup>

Respecto del consentimiento, contemplado en el numeral 3 del art. 177 bis, recoge adecuadamente las previsiones internacionales según las cuales el consentimiento de una víctima de trata será irrelevante cuando se haya recurrido a los medios indicados en el inciso primero. El vicio que anula el consentimiento está referido a la propia explotación y no a la actividad sexual concreta. Respecto de esta situación el Tribunal Supremo afirmó en relación con el art. 181.1 CP que “el delito se produce incluso cuando inicialmente existe consentimiento o voluntariedad de la víctima en el ejercicio de la prostitución pero que por las condiciones de llevarse a efecto se produce una situación efectiva de dominación... es decir cuando se le imponen a la mujer, abusando de esta condición sin documentación y en país extranjero de unas condiciones opresivas y vejatorias distintas de las inicialmente planteadas”<sup>2668</sup>

Por su parte, el inciso 9 del art. 177 bis del Proyecto se introduce una norma concursal específica que en su apartado segundo puede resultar confusa al establecer “en todo caso, las penas previstas en este artículo se impondrán sin perjuicio de las que correspondan por los delitos efectivamente cometidos”. Es indudable que el Proyecto quiere incorporar al Código Penal que no se exigirá para la consumación del delito de trata de personas la explotación efectiva de la víctima, de tal manera que serán castigados en concurso aquellos delitos cometidos con ocasión de la comisión de la trata de seres humanos que no guarden relación de consunción con los medios comisivos descritos por el inciso primero del artículo.<sup>2669</sup>

Un aspecto de gran relevancia omitido por el Anteproyecto se refiere a la adopción de medidas legislativas, o de otro tipo, necesarias para conferir el carácter de infracción penal a las acciones contempladas en el art. 19 del Convenio de Varsovia, que versan sobre la utilización de los servicios que derivan de la explotación de la persona, con conocimiento de que aquella es

---

<sup>2666</sup> SSTs 995/2000, de 30 de junio; 1330/2002, de 16 de junio; 438/2004, de 29 de marzo; 221/2005, de 24 de febrero; 372/2005, de 17 de marzo.

<sup>2667</sup> En este sentido se expresó la STS 651/2006 de 6 de junio, quien al momento de interpretar el art. 318 bis. 2 CP sostuvo que la participación en espectáculos de contenido erótico, o la elaboración de material pornográfico forman parte del tipo de tráfico de personas con fines de explotación sexual, sin embargo no serían constitutivos del delito previsto por el art. 188.1 CP.

<sup>2668</sup> STS 770/2007, de 19 de septiembre.

<sup>2669</sup> Informe del Consejo Fiscal, op.cit., pág. 167-168.

objeto del delito de trata de personas. Si bien como el Informe del Consejo Fiscal<sup>2670</sup> sugiere, en los casos más graves de utilización de la víctima podrían ser subsumidos, tanto por vía de coautoría como por cooperación necesaria, el propio delito de trata o de los tipos penales de acuerdo con la explotación de que se trate en el supuesto particular. Otro problema añadido reside en que las conductas del cliente de la explotación son impunes en el ordenamiento español.<sup>2671</sup>

---

<sup>2670</sup> En *XXI Congreso Universitario...*, op.cit., pág. 168.

<sup>2671</sup> En este sentido, cualquiera sean los debates sociales y políticos respecto de la prostitución que se den de aquí en más, los clientes que utilicen los servicios a sabiendas que se trata de un caso de explotación es una parte bastante importante del esquema en que funciona el comercio de personas para explotación sexual. Con todo, en el seno de la Comisión Europea se encuentra en fase de realización un informe que será remitido al Consejo de la UE cuyo fin es proponer una modificación de la Decisión Marco 2002/629/JAI, para recoger algunos aspectos del Convenio del Consejo de Europa que han sido omitidos. En este sentido, es más que probable que la tipificación de la conducta de *utilizar los servicios de la persona explotada* entrará como punto central del debate de la reforma propuesta. Véase Díaz y García Conlledo, M., *“Las posibilidades de castigo del cliente de la prostitución en el Derecho penal español”*, en *Revista Galega de Seguridade Pública*, Segunda época, núm. 11, págs. 125 ss.

## CONCLUSIONES:

1) El desplazamiento de la soberanía producido por los procesos globales condiciona progresivamente los ordenamientos jurídicos a la racionalidad económica. En consecuencia, la legitimidad correspondiente a la nueva articulación soberana adviene de la eficacia que pueda construir simbólicamente en detrimento de otras instancias de legitimidad del Estado social en crisis. En este contexto, la ley penal tiende a perder el carácter de rama del ordenamiento autónoma para devenir sólo el reforzamiento de las políticas predominantemente administrativas (de policía.)

2) Los dispositivos de control requieren una flexibilidad que sólo la forma administrativa puede brindarle, en tanto que la rigidez de la legitimidad de la ley del Estado-nación impediría la forma operativa postmoderna. Sin embargo, este pasaje no es definitivo, sino que se ve signado por el retorno de formas y mecanismos de soberanía y legitimidad modernas.

3) En el paradigma del Estado liberal la cuestión de la soberanía se relaciona con su función legitimante; por lo tanto, cuando esta relación deja de ser interrogada, presumiblemente porque no hay ninguna respuesta disponible, el problema de la legitimidad comienza a tener menos importancia que el problema de la eficacia. El Estado puede ser legítimo o no, pero continúa "sobreviviendo" gracias a la cobertura simbólica que le otorga la gestión. En este contexto, el estado de excepción actual excede la mera suspensión del derecho ordinario; se trata de una modificación sustancial en la forma de operar de la ley debido al cambio en las técnicas de gobernabilidad. Desde este punto de vista aquello que define el carácter permanente de la excepción es el desanclaje que se produce entre la legitimidad moderna y las formas que va adquiriendo la soberanía actual.

4) Los mecanismos a través de los cuales se ejerce el poder en la sociedad de control postmoderna son objeto de una *dinámica temporal* que permite operar a la ley como un regulador de los flujos. En estas coordenadas, el derecho ostenta un carácter flexible, asumiendo la forma del poder administrativo y abandonando el paradigma jurídico-penal moderno.

5) La excepción y el tratamiento jurídico de las no-personas no producen una exclusión *stricto sensu*, sino que de lo que se trata es de una *inclusión diferenciada*, configurada a partir de la temporalidad dispuesta por las tecnologías de control. De este modo, la declaración de la enemistad como paradigma de "lo político" muta en la postmodernidad hacia una declaración meramente *performativa* de un enemigo. Es decir, esta declaración sirve para operar una distinción, pero la misma ya no es utilizada para establecer dos espacios formales

de aplicación variable del derecho, sino para la creación de un *espacio möbius* donde se expanden las tecnologías de control.

6) Frente al cambio de paradigma apuntado, el sistema penal se ha visto inmerso en un proceso de *adaptación* a las nuevas circunstancias, proceso que puede ser observado desde diversas ópticas. En efecto, el riesgo opera como una herramienta fundamental del gobierno postmoderno, dentro del cual, el sistema penal se vería obligado a enfrentarse, entre otras circunstancias, a un aumento de las tasas de criminalidad, a la percepción de los fracasos de los programas de rehabilitación, a la lentitud y elevado coste de los programas de prevención del delito, etc.

7) El orden postmoderno no busca implementar mecanismos rígidos de control; por el contrario, necesita de mecanismos flexibles y adaptables a las exigencias del mercado. La flexibilidad requerida se obtiene a partir de la epistemología del riesgo, que ha dejado de ser un mecanismo del control del azar que hay en todo conjunto de población, como fuera en la época moderna, para configurarse como el lenguaje de autovalidación que permite la reproducción del sistema.

8) En los sistemas de control diseñados como un proyecto de arquitectura sistémica, el poder renuncia a una de sus máscaras: a la retórica de la igualdad, porque redistribuir una carga de riesgo supone poner de manifiesto la imposibilidad de reducirlo. Asimismo, este proyecto prescinde del concreto factor de riesgo, de sus causas, para concentrarse en la valoración del conjunto de sus efectos. Es a nivel de categorías enteras de sujetos que se puede establecer la carga de riesgo mediante el recurso a cálculos actuariales.

9) Las técnicas de intervención sobre las fuentes de riesgo tienden a despersonalizarse, dirigiéndose cada vez más sobre el ambiente en detrimento de los individuos, a la vez que tienden a colectivizarse; los dispositivos de control se activan mediante la lógica de la prevención del riesgo, en detrimento de la anterior intervención resocializadora cuando el comportamiento ya se había manifestado.

10) El cambio de paradigma criminológico actual deriva del desplazamiento desde criterios de integración social hacia otros de integración sistémica. En la etapa anterior el modelo de corrección y reinserción social del individuo tendía a la confección de un consenso valorativo. Actualmente, el orden social se resuelve como una cuestión de integración sistémica que tendencialmente abandona el consenso y al individuo; lo que se vuelve integrable son los procesos y los mecanismos. En este sentido, adquieren preeminencia los contextos situacionales donde la intervención sobre los espacios se configura

como la estrategia central para la reducción del delito y los mecanismos de control se vuelven modulables.

11) La ductilidad del riesgo como mecanismo de control permite la elusión de la puesta en cuestión del funcionamiento del sistema. En este sentido, el poder punitivo ya no requiere de una legitimación, sino que se vuelve autorreferencial: al perder toda narrativa disciplinaria, deja de ser un instrumento de transformación de los sujetos. El castigo encuentra su legitimación en función de los efectos que pueda producir no ya sobre “el alma del condenado”, sino en términos de eficacia y de las cuotas de seguridad que simbólicamente pueda construir.

12) Dentro del contexto del gobierno biopolítico, las migraciones deberán observarse como corolario del abandono de la ficción jurídica moderna por medio de la cual, el contrato de trabajo era la expresión de voluntad de las dos partes que libremente convenían las condiciones de ejecución. En este contexto, asume relevancia crucial el control de la movilidad; los “extranjeros” se tornan el grupo privilegiado del control y de las técnicas del gobierno biopolítico.

13) El grupo de riesgo conformado por los migrantes, se configura con base en una “ciudadanía” que pretende ser rearticulada cada vez más con bases nacionales. En este sentido, la declaración de “irregularidad” depende de las definiciones producidas, del modo en el cual son formuladas y, a su vez, son sancionadas las normas de la regularización, de los itinerarios necesarios para alcanzar la “legalidad” y, en particular, de la forma en que dichas normas son aplicadas. Todo ello permite que los migrantes y el control que sobre ellos se programe actúen de catalizadores de los sentimientos de inseguridad, al tiempo que trazan los contornos de legitimidad que se corresponden con la flexibilidad del derecho correspondiente al “universal” postmoderno.

14) Las políticas de extranjería, más que poner fin a los flujos irregulares, pretenden gestionarlos, ya que están preordenadas a facilitar el empleo masivo de fuerza de trabajo migrante en condiciones de extrema flexibilidad y explotación, de acuerdo con el régimen de producción postfordista. Medidas como el internamiento y la expulsión persiguen funciones *neo-disciplinarias* y están moduladas en virtud de las segmentaciones del mercado de trabajo.

15) La tesis del derecho penal del enemigo es fundamentalmente un instrumento erigido para la superación de los grandes problemas de legitimidad que sufre el poder actualmente.

16) La constatación de que la excepción permanente se ha vuelto el paradigma de gobierno biopolítico desmiente las tentativas de Jakobs de dar

consistencia al denominado Derecho penal del enemigo. El autor parte de una tesis de separación para redelimitar los contornos del Derecho penal "normal", que veladamente se han visto *contaminados* con las normas del Derecho penal establecido para las no-personas. Así, la excepción postmoderna actúa efectivamente en aras de la creación de una estabilidad sistémica que permita la aplicación de las normas, como pretende Jakobs, pero no se trata de un orden jurídico distinto; por el contrario, la excepción permanente es la forma de funcionamiento normal del poder, es el mecanismo que ha encontrado el derecho flexible como vía de legitimación simbólica de la soberanía actual.

17) La autorreferencialidad del sistema exige que el lugar del bien jurídico sea ocupado por el mantenimiento de la norma, que se constituye en el fundamento de la pena. El castigo encuentra su justificación en el mismo acto de la imposición y, en esa medida, se ejecuta en vistas de lograr suficiente fidelidad al Derecho por parte de la sociedad. En este sentido, la culpabilidad determinará sus contenidos en función de cuan amenazadas se vean las expectativas que rigen los contactos y relaciones sociales. Bajo estos postulados, la legitimidad se autonomiza y queda relegada al campo del éxito en la facticidad de la aplicación de las normas. Así las cosas, al no reparar en cuestiones de legitimidad democrática, se confunden los conceptos de facticidad y validez, que quedan inescindiblemente imbricados.

18) Las sucesivas *contaminaciones* entre los conceptos de bien jurídico y función tienen su génesis en la confusión respecto de las tareas que trazan el horizonte de la política criminal, es decir, cuando se olvida que se trata de un instrumento de delimitación de un poder, como corresponde entenderla en el marco institucional de un Estado democrático.

19) El contenido material del bien jurídico impone al legislador la obligación de concretar los intereses susceptibles de lesión en el desarrollo de las relaciones sociales. En este sentido, opera como criterio de legitimidad al momento de la criminalización de las conductas la exigencia de precisar los intereses lesionables. Ello condiciona al Estado para que no describa una performance simbólica y se aboque a la búsqueda de una base material para la elaboración de sus normas.

20) Determinada la materialidad del bien jurídico se impide la autovalidación de las normas, porque lo que se busca es una prescripción que prohíba un desvalor de resultado que produzca la lesión o la puesta en peligro efectivo del bien jurídico, trascendiendo el quebrantamiento de la vigencia de la norma, sirviendo así de criterio de racionalización de la actividad legiferante. El fundamento de antijuridicidad material, como requisito para la criminalización de conductas, es insoslayable en un Estado social y democrático de Derecho.



21) En consecuencia, desde una vertiente negativa, la incriminación deberá estar fundamentada en la dañosidad, lo cual prohíbe la asunción como hecho delictivo de aquellas conductas referidas a la moral y/o funciones del sistema. Desde su vertiente positiva, prestando especial atención a no caer en una función promocional, habrá de operar como protector frente a la lesión o puesta en peligro efectiva de los bienes jurídicos provocada por el sistema socio-económico actual.

22) La política criminal deberá articularse bajo la condición de la *última ratio*. Ésta implica que necesariamente habrán de ser desplegadas políticas que tengan por fin la materialización de los derechos sociales y económicos de todas las personas, invocando una ciudadanía ampliada que supere su concepción moderna. En consecuencia, estimamos que sólo la racional evaluación de la afectación al bien jurídico, su ataque –lesión o puesta en peligro- real y efectivo, debe presidir la confección del tipo en la norma penal.

23) Las políticas migratorias se articulan en función de la lucha contra la criminalidad organizada ya que son producto del denominado enfoque trafiquista, que reduce el análisis del fenómeno de las migraciones actuales, dividiendo maniquéamente entre víctimas y traficantes. Este enfoque permite la elusión de cuestiones referidas al contexto estructural de las causas de la migración y, en cambio, representa un diseño simplificado que logra dejar las causas incuestionadas y obstaculiza la posibilidad de contemplar la subjetividad política emergente de las migraciones, reduciéndola al ámbito de la victimización.

24) Como fruto del enfoque trafiquista, la UE despliega políticas *aparentemente contradictorias*. La libertad pregonada por el sistema económico sólo es aplicable a la fluidez del capital, no de los migrantes, ya que la verificación de la primera premisa, necesariamente está condicionada por la eficacia de los controles que gestionan el movimiento de las personas.

25) En este contexto, el tipo básico del art. 318 bis CP “tutela el control de los flujos migratorios” a pesar de insertarse en un Título que reza “delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros”. Esto se produce por la confusión entre el delito de tráfico ilícito y el de trata de seres humanos, que emana de una concepción securitaria, supeditando toda violación de los derechos de los migrantes al carácter irregular de la migración.

26) El art. 318 bis CP constituye una muestra clara y cierta de la legislación penal del enemigo, producto de un poder político que se vuelve autorreferencial y, arbitraria y antidemocráticamente, convierte en el núcleo de la ley penal la tutela del buen funcionamiento del sistema, dejando desprotegidos los derechos humanos de los migrantes.

27) La función declarada del art. 318 bis CP reside en el control de fronteras, mientras que su versión latente consiste en colmar las expectativas de un mercado de trabajo desregulado y flexible. Por lo expuesto, no cabe lugar a dudas de que el inciso primero de esta norma lo que intenta reforzar es la función de control sobre la “ilegalidad construida”, y esto no puede ser considerado el núcleo de la antijuridicidad material de una norma penal.

28) Desde nuestro punto de vista, los numerosos intentos realizados por la doctrina para dotar de contenido material al bien jurídico pretendidamente tutelado de los “Derechos de los ciudadanos extranjeros” han resultado infructuosos. Si bien son loables estas tentativas de reducción del ámbito de punibilidad del tipo básico del art. 318 bis CP, mediante el intento de otorgar contenido material al bien jurídico, ninguna de ellas es suficiente para solventar la incapacidad que tiene el Estado postmoderno de *traducir* en un bien jurídico un conflicto social.

29) En la actual redacción de la estructura típica del art. 318 bis 1 CP, el desvalor de acción pretende autónomamente la configuración del injusto, desplazando al desvalor de resultado, que, en virtud del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos y de ofensividad, toda norma penal debe contener para ser considerada legítima. En virtud del principio *nullum crimen sine inuria*, la determinación del carácter contrario a la norma de un comportamiento típico no se reduce a la comprobación formal de tal antinomia, sino que es *conditio sine qua non* la verificación de que el comportamiento tiene un significado social disvalioso, que sólo el menoscabo del bien jurídico puede darle, al constituirse como el contenido material del injusto.

30) El tratamiento penal unificado de los delitos de trata de personas y de inmigración clandestina resulta inadecuado, en función de las diferencias que hay entre los dos delitos. Así las cosas, estas cuestiones buscan ser subsanadas por el Anteproyecto de reforma del Código Penal de 1995<sup>2672</sup> que introduce en el Título VII bis, denominado “De la trata de seres humanos”, el art. 177 bis CP. El

---

<sup>2672</sup> Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, presentado por el Ministerio de Justicia al Consejo de Ministros el pasado 14 de noviembre de 2008. Este anteproyecto ya ha sido remitido por el Gobierno de la nación a las Cortes Generales para su tramitación parlamentaria bajo la forma de Proyecto de Ley Orgánica en 2009.

Anteproyecto deroga el apartado 2 del art. 318 bis CP y el art. 313.1 CP, que como analizamos presentan relaciones concursales difíciles de solventar debido a la descoordinación entre el diseño normativo típico de ambos preceptos. No obstante, el Anteproyecto deja intacto el tipo básico del art. 318 bis CP, que no puede ser legítimamente diferenciado del art. 54.1.b. LOEx.

31) Para finalizar, queremos decir que estamos obligados a producir *otro discurso que genere acciones* cuyo eje sea la dignidad de la persona. El fin de la historia (como relato de lo acontecido, *locus* de una reversibilidad que permite la *reflexión*, declamado por algunos postmodernos), se declara simultáneamente con el fin de la utopía, pero la utopía no tiene nada que ver con imaginar una sociedad ideal imposible; lo que caracteriza a la utopía es literalmente la construcción de un espacio *u-tópico*, un espacio social fuera de los parámetros existentes, de los parámetros de lo que parece “posible” en el universo social existente. *Utópico* es un gesto que cambia las coordenadas de lo posible. Esto significa que la *utopía* es una cuestión de la más profunda urgencia, algo a lo que estamos impelidos como asunto de supervivencia, cuando es imposible seguir dentro de los parámetros de lo “posible.”<sup>2673</sup>

---

<sup>2673</sup> Cfr. Žižek, S., “Violencia en Acto” Conferencias en Buenos Aires., (trad. Willson), Hounie, A., (comp.) Paidós, Buenos Aires, 2004, pág. 195.



## **Referencias de la jurisprudencia utilizada**

STC 11/1981, de 8 de abril (RTC 1981/11)  
STC 621/1982, de 15 de octubre (RTC 1982/621)  
STC 90/1983, de 7 de noviembre (RTC 1983/90)  
STC 107/1984, de 23 de noviembre (RTC 1984/107)  
STC 159/1986, de 12 de diciembre (RTC 1986/159)  
STC 37/1987, de 26 de marzo (RTC 1987/37)  
STC 115/1987, de 7 de julio (RTC 1987/115)  
STC 94/1993, de 22 de marzo (RTC 1993/94)  
STC 242/1994, de 20 de julio (RTC 1994/242)  
STC 66/1995, de 8 de mayo (RTC 1995/66)  
STC 55/1996, de 28 de marzo (RTC 1996/55)  
STC 136/1999, de 20 de julio (RTC 1999/136)  
STC 136/1999 de 20 de julio (RTC 1999/136)  
STC 236/2007 de 7 de noviembre (RTC 2007/236)  
STC 259/2007 de 19 de diciembre , (RTC 2007/236)  
STC 260/2007, de 20 de diciembre (RTC 2007/260)  
STC 261/2007, de 20 de diciembre (RTC 2007/261)  
STC 262/2007, de 20 de diciembre (RTC 2007/262)  
STC 263/2007, de 20 de diciembre (RTC 2007/262)  
STC 264/2007 de 20 de diciembre (RTC 2007/264)  
STC 265/2007 20 de diciembre (RTC 2007/265)

STS 112/1998, de 3 de febrero (RJ 1998/645)  
STS 143/1998, de 5 de febrero (RJ 1998/424)  
STS 995/2000, de 30 de junio (RJ 2000/6081)  
STS 2205/2002, de 30 de enero (RJ 2003/2027)  
STS 1330/2002, de 16 de julio (RJ2002/7668)  
STS 153/2003, de 8 de febrero (RJ 2003/2287)  
STS 739/2003, de 14 de mayo (RJ 2003/4013)  
STS 438/2004, de 29 de marzo (RJ 2004/4264)  
STS 727/2004, de 10 de junio (RJ 2005/2158)  
STS 901/2004, de 8 de julio ( RJ 2004, 4291)  
STS 636/2005, de 17 de mayo ( RJ 2005, 5813)  
STS 710/2005, de 7 de junio ( RJ 2005, 4426)  
STS 1162/2005, de 11 de octubre ( RJ 2005, 9955)

STS 1381/2005, de 20 de enero (RJ 2005/1444)  
STS 221/2005, de 24 de febrero (RJ 2005/1948)  
STS 147/2005, de 15 de febrero (RJ 2005/2543)  
STS 372/2005, de 17 de marzo (RJ 2005/7473)  
STS 491/2005, de 18 de abril (RJ 2005/5564)  
STS 344/2005, de 13 de mayo (RJ 2005/3997)  
STS 995/2005, de 30 de mayo (RJ 2005/6708)  
STS 5602/2005, de 30 de mayo de 2005 (RJ 2005/5602)  
STS 712/2005, de 8 de junio (RJ 2006/2262)  
STS 968/2005, de 13 de julio (RJ 2005/5564)  
STS 1059/2005, de 28 de septiembre (RJ 2005/6957)  
STS 1304/2005, de 19 de octubre (RJ 2005/7601)  
STS de 10 de noviembre (RJ 2005/7429)  
STS 1465/2005, de 22 de noviembre (RJ 2005/10051)  
STS 1490/2005, de 12 de diciembre (RJ 2006/195)  
STS 1595/2005, de 30 de diciembre (RJ 2006/1320)  
STS 52/2006, de 19 de enero (RJ 2006/669)  
STS 284/2006, de 6 de marzo (RJ 2006/1002)  
STS 479/2006, de 28 de abril (RJ 2006/4060)  
STS 479/2006, de 28 de abril (RJ 2006/2335)  
STS 569/2006, de 19 de mayo (RJ 2006/3672)  
STS 545/2006, de 23 de mayo (RJ 2006/2267)  
STS 651/2006, de 5 de junio (RJ 2006/1320)  
STS 770/2007, de 19 de septiembre (RJ 2007/5463)  
STS 1231/2006, de 23 de noviembre ( RJ 2007, 436)  
STS 35/2007 , de 25 de enero ( RJ 2007, 258)  
STS 357/2006, de 14 de marzo (JUR/2006/221262).  
STS 1087/2006, de 10 de noviembre (RJ 2007/3331)  
STS 1270/2006, de 13 de noviembre (RJ 2007/504)  
STS 1119/2006, de 13 de noviembre (RJ 2007/246)  
STS 1294/2006, de 27 de diciembre (RJ 2007/403)  
STS 153/2007, de 28 de febrero (RJ 2007/954)  
STS 302/2007, de 3 de abril (RJ 2007/2453)  
STS 152/2007, de 8 de abril (RJ 2008/2700)  
STS 484/2007, de 29 de mayo (RJ 2007/4740)  
STS 10 de mayo de 2007 (RJ 2007/3403)  
STS 526/2007, de 7 de junio (RJ 2007/3535)  
STS 561/2007, de 15 de junio (RJ 2007/3463)  
STS 582/2007, de 21 de junio (RJ2007/3330)  
STS 823/2007, de 15 de octubre (RJ 2007/7084)  
STS 1042/2007, de 7 de diciembre (RJ 2008/55)  
STS 435/2007, de 28 febrero (JUR\2007\93572).  
STS 108/2007 de 13 febrero (RJ\2007\1248).

STS Pleno de 26 de febrero de 2008 (JUR 2008/112611)  
STS 17/2009, de 21 de enero (RJ 2009/804)

SAP Girona 407/1998, de 15 de octubre (ARP 1998/3671)  
SAP Cádiz de 22 de septiembre (ARP 11971598)  
SAP Cádiz 136/2002, de 14 de noviembre (JUR 2003/71983)  
SAP Cádiz de 16 de junio (JUR 2003/211810)  
SAP Cádiz 120/2003, de 27 de octubre (JUR 2003/271925)  
SAP Cádiz 78/2002, de 27 de mayo (JUR 2002/223235)  
SAP Cádiz 6/2003, de 21 de enero (JUR 2003/121577)  
SAP Cádiz 19 de febrero, (JUR 2003/129045)  
SAP Cádiz 321/2004, de 13 de julio (ARP 2007/19)  
SAP Almería 107/2004, de 24 de mayo (JUR 2004/193066)  
SAP Cádiz 32/2006, de 27 de enero (ARP 2007/327)  
SAP Las Palmas 36/2008, de 19 de marzo (JUR 2008/163775)  
SAP Las Palmas 170/2008, de 15 de diciembre (ARP 2009/185)  
SAP Madrid 139/2008, de 13 de octubre (ARP 2009/137)  
SAP Málaga 523/2005, de 23 de junio (JUR 2004/233767)  
SAP Málaga 9/2004, de 26 de febrero (JUR 2004/106085)  
SAP Málaga 10/2003, de 12 de febrero (JUR 2003/209138)  
SAP Málaga 15/2004, de 30 de marzo (JUR 2004/121898)  
SAP Girona 331/2000, de 12 de junio (ARP 2000/3031)  
SAP Málaga 55/2004, de 29 de septiembre (JUR 2004, 277371)  
SAP Cádiz 56/2005, de 8 de febrero (JUR 2005, 145618)  
SAP Málaga 72/2005, de 27 de septiembre (JUR 2005, 228526)  
SAP Cádiz 320/2005 de 16 de noviembre (JUR 2006, 168929)  
SAP Cádiz 359/2005, de 19 de diciembre (JUR 2006, 150515)  
SAP Navarra 11/2001, de 24 de enero (ARP 2001/458)  
SAP Jaén 5/2001, de 15 de febrero (ARP 2001/125261)  
SAP Burgos de 28 de junio (ARP 2002/562)





## **BIBLIOGRAFÍA**

- **AA.VV.**, *Crime Policy in Europe. Good practices and promising examples*, Council of Europe Publishing, Strasbourg Cedex, 2004.
- **AA.VV.**, *El canal de los presos (1940-1962). Trabajos forzados: de la represión política a la explotación económica*, 2ª ed., Crítica, Barcelona, 2004.
- **AA.VV.**, *Frontera Sur. Nuevas políticas de gestión y externalización del control de la inmigración en Europa*, Virus, Barcelona, 2008.
- **AA.VV.**, *Homenaje al Prof. Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Madrid, Thompson-Civitas, 2005.
- **AA.VV.**, *Informe Anual 2002 Sobre el Racismo en el Estado español*, S.O.S. Racismo Barcelona, Icaria, 2002.
- **AAVV.**, *XII Curso Extraordinario. Cuestiones Actuales de Criminología, Inmigración, integración, convivencia*, Universidad de Salamanca, Salamanca, 2005.
- **Abanto Vásquez, M.A.**, “El llamado Derecho penal del enemigo. Especial referencia al Derecho penal económico”, en Cancio Melia, M; Gómez-Jara Diez, V. (coords.), *Derecho Penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*. Vol. 1, Edisofer, BdeF, Buenos Aires, 2006.
- **Acale Sánchez, M.**, “Del código penal de la democracia al Código Penal de la seguridad”, en Pérez Álvarez, F., (ed), *Serta. In memoriam Alexandri Baratta*, Ediciones de la Universidad de Salamanca, Salamanca, 2004.
- **Acale Sánchez, M.**, “El tipo de injusto en los delitos de mera actividad”, Comares, Granada, 2000.
- **Adorno, T.W.**, *Televisión y cultura de masas*, Ediciones Lunaria, Buenos Aires, 2002.
- **Adorno, T.W., y Horkheimer, M.**, “*La dialéctica de la Ilustración*”, Buenos Aires, Sudamericana, 1987.
- **Aebi, M.F.**, *Temas de Criminología*, Dykinson, Madrid, 2008.
- **Afshar, H.**, “Mujeres y desarrollo: una introducción”, en Villota, P., *Globalización y género*, Editorial Síntesis, Madrid, 1999.
- **Agamben, G.**, *El reino y la gloria. Por una genealogía teológica de la economía y el gobierno*, Pre-textos, Madrid, 2009.
- **Agamben, G.**, *Estado de excepción, Homo Sacer II, 1*, (trad. Cuspina), Pre-textos, Valencia, 2004.
- **Agamben, G.**, *Homo Sacer, El poder soberano y la nuda vida*, (trad. Gimeno Cuspina), 3ª reimpresión, Pre-textos, Valencia, 2003
- **Aguado Correa, T.**, *El principio de proporcionalidad en Derecho penal*, Edersa, Madrid, 1999.
- **Aguirre, G.**, “Apuntes sobre lo onírico en Hobbes, Macedonio, Deleuze y Guattari”, en Zettel. Arte y ciencias sociales, año 2, núm. 2, invierno 2001.

- **Albrecht, H.**, “Respuestas legislativas al 11 de septiembre. Un análisis comparado de la legislación antiterrorista”, en Bueno Arús, F., et.al, (dirs.), Guzmán Dálbora, J.L./ Serrano Maíllo, A., (eds.) *Derecho penal y criminología como fundamento de la Política Criminal. Estudios en Homenaje al Prof. Serrano Gómez, Dykinson, Madrid, 2006.*
- **Albretch, P.H.**, “El derecho penal en la intervención de la política populista”, en Instituto de Ciencias Criminales de Frankfurt (ed.), (Edición española a cargo del Área de Derecho penal de la Universidad Pompeu Fabra) *La insostenible situación del Derecho penal*, Comares, Granada, 1999.
- **Alcácer Guirao, R.**, “Prevención y garantías. Conflicto y síntesis”, *Doxa*, núm. 25, 2000.
- **Alcácer Guirao, R.**, *Sobre el concepto de delito: ¿Lesión del bien jurídico o lesión de deber?*, Ad-hoc, Buenos Aires, 2003.
- **Alonso Gallo, J.**, “Errores y sesgos cognitivos en la expansión del Derecho Penal”, en Díaz-Marotto Villarejo, J., *Derecho y Justicia Penal en el siglo XXI. Liber Amicorum, en homenaje al Prof. Antonio González-Cuellar García*, Colex, Madrid, 2006.
- **Alonso Rodríguez, N.**, “Emigración y desarrollo: implicaciones económicas” (I-VI), en *La Insignia*, octubre de 2004 (I-III) y noviembre de 2004 (IV-VI), disponible en [www.lainsignia.org](http://www.lainsignia.org)
- **Álvarez Álvarez, G.**, “La protección contra la discriminación del extranjero en el Código Penal”, en Moya Escudero, M., (coord.), *El extranjero en el Derecho penal español sustantivo y procesal (Adaptado a la nueva ley orgánica 4/2000)* Manuales de Formación Continuada, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999.
- **Álvarez García, F.J.**, *Introducción a la teoría jurídica del delito*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.
- **Álvarez García, F.J.**, (dir), Manjón –Cabez Olmeda, A., /Ventura Püschel, A., (coords.), *La adecuación del derecho penal español al ordenamiento de la Unión Europea. La política criminal europea*, Tirant lo blanch, Valencia, 2009.
- **Álvarez García, F.J.**, “Bien jurídico y Constitución”, en Cuadernos de Política Criminal, núm. 43, 1991.
- **Álvarez Rodríguez, A.**, “La transposición de directivas UE sobre inmigración. Las directivas sobre reagrupación familiar y de residentes de larga duración”, *Documentos CIDOB*, serie migraciones, núm. 8, marzo 2006, págs. 122 ss., disponible en [http://www.cidob.org/es/publicaciones/documentos\\_cidob/migraciones/la\\_transposicion\\_de\\_directivas\\_de\\_la\\_ue\\_sobre\\_inmigracion](http://www.cidob.org/es/publicaciones/documentos_cidob/migraciones/la_transposicion_de_directivas_de_la_ue_sobre_inmigracion).
- **Álvarez Rodríguez, A.**, “Ocho sentencias y un auto del Tribunal Constitucional (Balance definitivo de los recursos presentados por la inconstitucionalidad de la LO 8/2000)”, 2008, disponible en [www.icam.es/docs/ficheros/200606120004\\_6\\_13.PDF](http://www.icam.es/docs/ficheros/200606120004_6_13.PDF)
- **Ambos, K.**, “Derecho penal del enemigo”, en Cancio Melia, M; Gómez-Jara Diez, V. (coords.), *Derecho Penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*. Vol. 1, Edisofer, BdeF, Buenos Aires, 2006.
- **Amelung, K.**, “Contribución a la crítica del sistema jurídico penal de orientación político criminal de Roxin”, (trad. Silva Sánchez), en Schünemann, B., (coord.), *El sistema moderno del Derecho penal*, Tecnos, Madrid, 1991.
- **Amnistía Internacional** “Europa: inmigración y derechos humanos”, agosto-septiembre 2002, número 56.
- **Amnistía Internacional** “Nadie quiere tener nada que ver con nosotros. Arrestos y expulsiones de inmigrantes a quienes se les ha denegado la entrada a

Europa", 2008, disponible en [http://www.es.amnesty.org/uploads/tx\\_useraitypdb/mauritania\\_nadie\\_quiere\\_tener\\_nada\\_que\\_ver\\_con\\_nosotros.pdf](http://www.es.amnesty.org/uploads/tx_useraitypdb/mauritania_nadie_quiere_tener_nada_que_ver_con_nosotros.pdf)

• **Anastasia, S.**, *"Diritto e diritti, prima e dopo l'11.9"*, en Rivera Beiras, I., /Silveira, H.C., /Bodelón, E., /Recasens, A., (coords.), *Contornos y pliegues del Derecho. Homenaje a Roberto Bergalli*, Anthropos, Barcelona, 2006.

• **Anitua, G.I.**, *"Apuntes para una historia del control de las poblaciones"* en *Estudios sobre justicia penal. Homenaje al Profesor Julio B.J. Maier*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2005.

• **Anitua, G.I.**, *"El exiliado, expatriado Y extranjero como punto de partida para la visión limitadora de la violencia bélica y penal"*, en Rivera Beiras, I., /Silveira, H.C., /Bodelón, E., /Recasens, A., (coords.), *Contornos y pliegues del Derecho. Homenaje a Roberto Bergalli*, Anthropos, Barcelona, 2006.

• **Anitua, G.I.**, *"Inmigración y los discursos de la seguridad"* en Bergalli, R., (coord.) *Flujos migratorios y su (des)control. Puntos de vista multidisciplinarios*, Anthropos, Barcelona, 2006.

• **Anitua, G.I.**, *Historias de los pensamientos criminológicos*, Del Puerto, Buenos Aires, 2005.

• **Anteproyecto de Ley Orgánica** por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, presentado por el Ministerio de Justicia al Consejo de Ministros el pasado 14 de noviembre de 2008, publicado en *XXI Congreso Universitario de Alumnos de Derecho Penal*, Ratio Legis, Salamanca, 2009.

• **Anton Mellon, J.**, *"Xenofobia Y Teoría Política: La Influencia De La Nueva Derecha Europea En Los Partidos Neopopulistas"*, en Rivera Beiras, I., /Silveira, H.C., /Bodelón, E., /Recasens, A., (coords.), *Contornos y pliegues del Derecho. Homenaje a Roberto Bergalli*, Anthropos, Barcelona, 2006.

• **Anton Mellon, J.**, *"Xenofobia Y Teoría Política: La Influencia De La Nueva Derecha Europea En Los Partidos Neopopulistas"*, en Portilla Contreras, G., (coord.), *Mutaciones de Leviatán. Legitimación de los nuevos modelos penales*, Akal, Madrid, 2005.

• **Antón Prieto, J.I.**, *"Inmigración y delito en el imaginario colectivo. Alternativas a una relación perversa"*, en AAVV., *XII Curso Extraordinario. Cuestiones Actuales de Criminología, Inmigración, integración, convivencia*, Universidad de Salamanca, Salamanca, 2005.

• **Aponte, A.** *"Derecho penal del enemigo en Colombia: Entre la paz y la guerra"*, en Cancio Melia, M; Gómez-Jara Diez, V. (coords.), *Derecho Penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*. Vol. 1, Edisofer, BdeF, Buenos Aires, 2006.

• **Aponte, A.**, *"Derecho penal del enemigo vs. Derecho penal del ciudadano. Günther Jakobs y los avatares de un Derecho penal de la enemistad"*, en *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, Año 12, noviembre-diciembre de 2004.

• **Aponte, A.**, *"Derecho penal del enemigo vs. Derecho penal del ciudadano. Günther Jakobs y los avatares de un Derecho penal de la enemistad"*, Cancio Melia, M; Gómez-Jara Diez, V. (coords.), *Derecho Penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*. Vol. 1, Edisofer, BdeF, Buenos Aires, 2006.

• **Appadurai, A.**, *El rechazo de las minorías. Ensayo sobre la geografía de la furia*, (Trad. Alvarez/Maira), Tusquets, Barcelona, 2007.

• **Aradau, C.**, *Rethinking trafficking in Women. Politics out of security*, Palgrave Macmillan, Hampshire-New York, 2008.

• **Aránguez Sánchez, C.**, “Reformas introducidas en el Código penal por la LO 8/2000”, en Moya Escudero, M. (coord.), *Comentario sistemático a la Ley de extranjería*, Granada, Comares, 2001

• **Arendt, H.**, *La condición humana*, (trad. Gil Novales), Paidós, Barcelona, 2005.

• **Armenta Deu, T.**, “Principios y sistema del proceso penal español”, en AA.VV., *El nuevo Derecho penal español. Estudios penales en Memoria del Prof. Valle Muñiz*, Pamplona, Aranzadi, 2001.

• **Arroyo Zapatero, L.**, “Criminalidad y contexto urbano en España”, en *Urban Security across the world: Lessons Learned*, ISPAC, Ancillary Meeting, Eleventh united Nations Congress on Crime Prevention and Criminal Justice, 20 de abril de 2004, Bangkok, disponible en [www.defensesociale.org](http://www.defensesociale.org)

• **Arroyo Zapatero, L.**, “Fundamento y función del sistema pena: el programa penal de la Constitución”, en *Revista Jurídica de Castilla-La Mancha*, núm. 1, 1987.

• **Arroyo Zapatero, L.**, “Propuesta de un eurodelito de trata de seres humanos”, en Arroyo Zapatero, L., /Berdugo Gómez, I., (dirs.) Nieto Martín, A., (coord.), *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos*, Vol. 2, Ediciones de las Universidades de Castilla la Mancha-Salamanca, La Mancha-Salamanca, 2001.

• **Asensi Sabater, J.**, *Políticas de la Sospecha. Migraciones internacionales y principios constitucionales*, Tirant lo blanch, Valencia, 2004.

• **Askola, H.**, *Legal responses to trafficking in women for sexual exploitation in the Europe Union*, Hart Publishing, Oxford-Portland Oregon, 2007.

• **Aspe, B.**, /**Combes, M.**, “Retorno al campo como paradigma biopolítico”, 2000, disponible en [www.sindominio.net/arkitzean/otrascosas/retorno.htm](http://www.sindominio.net/arkitzean/otrascosas/retorno.htm)

• **Asua Batarrita, A.**, “El discurso del enemigo y su infiltración en el Derecho penal. Delitos de terrorismo, “finalidades terroristas”, y conductas periféricas”, en Cancio Melia, M; Gómez-Jara Diez, V. (coords.), *Derecho Penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*. Vol. 1, Edisofer, BdeF, Buenos Aires, 2006.

• **Asua Batarrita, A.**, “La expulsión del extranjero como alternativa a la pena: incongruencias de la subordinación del Derecho penal a las políticas de control de la inmigración”, en Lorenzo Copello, P., (dir.), *Inmigración y Derecho penal. Bases para un debate*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.

• **Augé, M.**, *Los “no lugares”. Espacios del anonimato. Una antropología de la sobremodernidad*. (trad. Mizraji), 2ª Edición, Gedisa, Barcelona, 1995.

• **Azize, Y.**, “Empujar las fronteras: mujeres y migración internacional desde América Latina y el Caribe”, en Osborne, R., (ed.) *Trabajadoras del sexo. Derecho, migraciones y tráfico en el siglo XXI*, Bellaterra, Barcelona, 2004.

• **Bacigalupo, S./Cancio Melía, M.**, (coords.) *Derecho penal y política transnacional*, Atelier, Barcelona, 2005.

• **Badiou, A.**, *Filosofía del presente*, (trad. Falcón), Libros del Zorzal, Buenos Aires, 2005.

• **Baigún, D.**, “Las Nuevas Estrategias En Política Criminal”, en Rivera Beiras, I., /Silveira, H.C., /Bodelón, E., /Recasens, A., (coords.), *Contornos y pliegues del Derecho. Homenaje a Roberto Bergalli*, Anthropos, Barcelona, 2006.

- **Bajtín, M.**, *La cultura popular en la Edad media y en el Renacimiento: el contexto de F. Rabelais*, (traducción Forcat/Conroy), Alianza, Madrid, 1999.
- **Balibar, E.**, *Masses, classes and ideas: Studies on Politics and Philosophy before and after Marx*, Routledge, London, 1994.
- **Balmaceda Hoyos, G.**, (coord.), *Problemas actuales de Derecho penal*, Ediciones Jurídicas de Santiago, Santiago, 2007.
- **Barañano Cid, M.**, "Postmodernismo, modernidad y articulación espacio-temporal global :Algunos apuntes", en Ramos Torre, R., /García Selgas, F. (eds), *Globalización, riesgo, reflexividad*, Centro de Investigaciones sociológicas, Madrid, 1999.
- **Barata, F.**, "Inmigración y criminalización en los medios de comunicación", Bergalli, R., (coord.), *Flujos migratorios y su (des)control. Puntos de vista multidisciplinares*, Anthropos, Barcelona, 2006.
- **Barata, F.**, "Las nuevas fábricas del miedo. Los mass media y la inseguridad ciudadana", en Muñagorri Laguía, I., (ed.), *La protección de la seguridad ciudadana*, Instituto Internacional de Sociología Jurídica, Oñati, 1995.
- **Baratta, A.** "El estado mestizo y la ciudadanía plural. Consideraciones sobre una teoría mundana de la alianza", (trad. González Pont), en Silveira Gorski, H.C., (ed.) *Identidades comunitarias y democracia*, Trotta, Madrid, 2000.
- **Baratta, A.** "Integración-prevención: Una nueva fundamentación de la pena dentro de la teoría sistémica", (trad. García Méndez-Sandoval Huertas), Cuadernos de Política Criminal, núm. 24, 1984.
- **Baratta, A.**, "La Política criminale e il Diritto penale della Costituzione. Nuove riflessioni sul modello inegrato delle Scienze penali", en *Il Diritto penale alla svolta di fine milenio*, Torino, 1998.
- **Baratta, A.**, "Nomos e Tecne. Materiali per una cultura post-moderna del dirtitto" (Presentación de Marchesiello), en *Studi sulla questione criminale* (Nuova serie di Dei delitti e delle pene), año 1, núm. 2, 2006.
- **Baratta, A.**, "Política criminal. Entre la política de seguridad y la política social en países con grandes conflictos sociales y políticos", *Ciencias Jurídicas, Seminarios*, núm. 9, 1998.
- **Baratta, A.**, "Política criminal: entre la política de seguridad y la política social", en Carranza, E., *Delito y seguridad de los habitantes*, Siglo XXI, México, 1997.
- **Baratta, A.**, "Principios de Derecho penal mínimo (Para una teoría de los Derechos humanos como objeto y límite de la ley penal)" en *Doctrina Penal*, año 10, 1987.
- **Baratta, A.**, "Seguridad", en *Capítulo Criminológico*, núm. 29, 2001.
- **Baratta, A.**, *Criminología Crítica y crítica del Derecho penal*, Siglo XXI, 1986.
- **Baratta, A./Silbernagl, M.**, "La legislación de emergencia y la cultura jurídica garantista en el proceso penal", *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 28, 1986.
- **Barber Burusco, S.**, "Delitos contra los Derechos de los ciudadanos extranjeros", en Luzón Peña, D.M., (dir), *Enciclopedia penal básica*, Comares, Granada, 2002.
- **Barcellona, P.**, "Democracia y justicia", en *Jueces para la democracia*, núm. 39, 1997.
- **Barcellona, P.**, "El vaciamiento del sujeto y el regreso del racismo", (trad. González Pont/Silveira Gorski), en Silveira Gorski, H.C., (ed) *Identidades comunitarias y democracia*, Trotta, Madrid, 2000.
- **Barcellona, P.**, "La teoría de sistemas y el paradigma de la sociedad moderna", (Trad. Mariano Maresca), en Portilla Contreras, G., (coord.), *Mutaciones de Leviatán*.

*Legitimación de los nuevos modelos penales*, Akal, Madrid, 2005.

- **Barcellona, P.**, “Una nuova “narrazione”: la strategia dei nuovi diritti”, en Rivera Beiras, I., /Silveira, H.C., /Bodelón, E., /Recasens, A., (coords.), *Contornos y pliegues del Derecho. Homenaje a Roberto Bergalli*, Anthropos, Barcelona, 2006.
- **Barcellona, P.**, *El individualismo propietario*, Trotta, Madrid, 1996
- **Bastida Freixedo, X.**, “Los bárbaros en el umbral. Fundamentos filosóficos del Derecho penal del enemigo”, en Cancio Meliá, M., /Gómez Jara-Díez, C., *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, Vol. 1, Edisofer, BdeF, Buenos Aires, 2006.
- **Batista Junior, P. N.**, *Um país inibido*, Folha de Sao Paulo, 27 de abril de 2006.
- **Baucells Lladós, J.**, “El derecho penal ante el fenómeno migratorio”, *Revista de Derecho y Proceso Penal*, núm. 13, 2005-I,
- **Baucells Lladós, J.**, “El perfil criminológico del tráfico para la explotación sexual en España: Un fenómeno viejo con características nuevas”, en García Arán, M., (coord), *Trata de personas y explotación sexual*, Comares, Granada, 2006.
- **Baucells Lladós, J.**, “El tráfico ilegal de personas para su explotación sexual”, en Rodríguez Mesa, M.J., /Ruiz Rodríguez, L.R., (coords.), *Inmigración y sistema penal. Retos y desafíos para el siglo XXI*, Tirant lo blanch, Valencia, 2006.
- **Bauman, Z.**, *La sociedad individualizada*, Cátedra, Madrid, 2001.
- **Bauman, Z.**, *Comunidad. En busca de seguridad en un mundo hostil*, (trad. J. Alborés), Siglo XXI, Madrid, 2003.
- **Bauman, Z.**, *Ética postmoderna*, (trad. Ruiz de la Concha), Siglo XXI, Buenos Aires, 2004.
- **Bauman, Z.**, *Globalization: The human consequences*, Cambridge, Polity Press, 1998.
- **Bauman, Z.**, *La globalización. Consecuencias humanas*, (trad. Zadunaisky), Fondo de Cultura Económica, México, 2001, (reimpr. 2003).
- **Bauman, Z.**, *La modernidad líquida*, Fondo de Cultura Económica, México, 2003.
- **Bauman, Z.**, *Modernity and Ambivalence*, Cambridge, Polity Press, 1991.
- **Bauman, Z.**, *Trabajo, consumismo y nuevos pobres*, (trad. Boschioli), Barcelona, Gedisa, 2000.
- **Bauman, Z.**, *Vidas desperdiciadas. La modernidad y sus parias*, (trad. Hermida Lazcano), Paidós, Barcelona, 2005
- **Bayón, J.C.**, “Justicia y eficiencia”, en Díaz, E./Colomer, J.L., (eds.), *Estado, justicia y Derechos*. Alianza Editorial, Madrid, 2002.
- **Beck, U.**, *¿Qué es la globalización? Falacias del globalismo, respuestas a la globalización*, Paidós, Barcelona, 1998.
- **Beck, U.**, “La reinención de la política”, (trad. Alborés), en Beck, U.,- /Lash, S., *Modernización reflexiva. Política, tradición y estética en el orden social moderno*, Alianza, Madrid, 1997.
- **Beck, U.**, “Living in the world risk society”, A Hobhouse Memorial Public Lecture, 2006, Londres, disponible en [www.Libertysecurity.org/IMG/pdf\\_Beck-2006.pdf](http://www.Libertysecurity.org/IMG/pdf_Beck-2006.pdf)
- **Beck, U.**, *Ecological Enlightenment: Essays on the Politics of Risk Society*, (trad. Mark Ritter), Altantic Highlands, Humanities, 1995.
- **Beck, U.**, *La democracia y sus enemigos. Textos escogidos*, (trad. Romero Alvarez), Paidós, Barcelona, 2000.
- **Beck, U.**, *La sociedad del riesgo global* (trad. Alborés), Siglo XXI, Madrid, 2002.
- **Beck, U.**, *La sociedad del riesgo mundial: en busca de la seguridad perdida*, (trad.

Carbó), Paidós, Barcelona, 2008.

- **Beck, U.**, *La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad*, (trad. Navarro/Jiménez/Borrás), Paidós, Barcelona, 1998.
- **Beck, U.**, *Sobre el terrorismo y la guerra*, Paidós, Barcelona, 2003.
- **Benhabib, S.**, *The claims of culture. Equality and diversity in the Global Era*, Princeton University Press, New Jersey, 2002.
- **Benjamin, W.**, *Conceptos de filosofía de la historia*, Terramar, La Plata, 2007.
- **Benjamin, W.**, *Iluminaciones IV. Para una crítica de la violencia y otros ensayos*, Taurus, Madrid, 1998.
- **Berdugo Gómez de la Torre, I.**, "El consentimiento en las lesiones veinte años después", Arroyo Zapatero, L., /Berdugo Gómez, I., (dirs.), Nieto Martín, A., (coord.), *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos*, Vol. 1, Ediciones de las Universidades de Castilla la Mancha-Salamanca, La Mancha-Salamanca, 2001.
- **Berdugo Gómez de la Torre, I.**, "Reflexiones sobre la problemática del bien jurídico", ejemplar dactilografiado, Salamanca, 1990.
- **Berdugo/ Arroyo/ Ferré/ García Rivas/ Serrano Piedecosas**, *Lecciones de Derecho penal*, Barcelona, Praxis, 1996.
- **Bergalli, R.- Resta, E.** Soberanía. Un principio que se derrumba. Aspectos metodológicos y jurídico-políticos, Paidós, Barcelona, 1996.
- **Bergalli, R.**, (coord.), *Sistema penal y problemas sociales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.
- **Bergalli, R.**, /**Bustos Ramírez, J.**, /**Miralles, T.**, *El pensamiento criminológico I. Un análisis crítico*, Homo sociologicus, Península, Barcelona, 1983.
- **Bergalli, R.**, /**Marí, E.**, (coords.), *Historia ideológica del control social (España-Argentina, siglos XIX y XX)*, PPU, Barcelona, 1989.
- **Bergalli, R.**, /**Rivera Beiras, I.** (coords.) *Política Criminal de la guerra*, Anthropos, Barcelona, 2005.
- **Bergalli, R.**, "Control social: sus orígenes conceptuales y usos instrumentales", en *Revista de Derecho penal y Criminología*, núm. 2, año 1992.
- **Bergalli, R.**, "Garantías, sistema penal y exclusión social", en Baigún, D., (dir.), *Estudios sobre justicia penal: libro homenaje a Julio Maier*, Ed. Del Puerto, 2005.
- **Bergalli, R.**, "Las funciones del sistema penal en el Estado constitucional de derecho, social y democrático: perspectivas socio jurídicas", en Bergalli, R., (coord.), *Sistema penal y problemas sociales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.
- **Bergalli, R.**, "Libertad y seguridad: un equilibrio extraviado en la modernidad tardía", en Losano, M.G./Muñoz Conde, F., *El Derecho ante la globalización y el terrorismo*, Tirant lo blanch, Valencia, 2004.
- **Bergalli, R.**,(coord.) *Flujos migratorios y su (des)control. Puntos de vista multidisciplinarios*, Anthropos, Barcelona, 2006.
- **Beriain, J.**, "Genealogía sociológica de la contingencia: del destino dado metasocialmente al destino producido socialmente", en Ramos Torre, R./García Selgas, F., (eds.), *Globalización, riesgo y reflexividad, Tres temas de la teoría social contemporánea*. Centro de Investigaciones Sociológicas, Madrid, 1999.
- **Beriain, J.**, "La dialéctica de la modernidad: las metamorfosis de la violencia colectiva moderna y postmoderna", en Beriain, J., (ed.) *Modernidad y violencia colectiva*, Centro de Investigaciones Sociológicas, Madrid, 2004.
- **Berman, H.**, *Law and Revolution. The formation of western legal tradition*, Harvard

University Press, Cambridge, 1983.

- **Bermejo Romero de Terreros, J.A.**, “Inmigración ilegal y trata de seres humanos”, Boletín de Información del Ministerio de Justicia, núm. 2015, 15 de junio de 2006.
- **Bernal Pulido, C.**, *El principio de proporcionalidad y los Derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2003.
- **Bernuz Benítez, M.J.**, /**Susín Betrán, R.**, (coord.) *Ciudadanía. Dinámicas de pertenencia y exclusión*”, Universidad de la Rioja, Servicio de Publicaciones, Logroño, 2003,
- **Bernuz Benítez, M.J.**, “La percepción de los jóvenes antisociales como grupo de riesgo social” en Da Agra, C.,/ Domínguez, L., /García Amado, J.A., /Hebberecht, P., /Recasens, A., (eds.), *La seguridad en la sociedad del riesgo. Un debate abierto*, Atelier, Barcelona, 2003.
- **Bifani, P.**, “Globalización, género y proletarización”, en Gregorio Gil, C./ Agrela Romero, B., (eds.) *Mujeres de un solo mundo: globalización y multiculturalismo*, Universidad de Granada, Granada, 2002.
- **Biglino Campos, P.**, (coord.) *Ciudadanía y Extranjería: Derecho nacional y Derecho comparado*, Mc.Graw/Hill/Interamericana de España S.A.U., Madrid, 1997.
- **Biglino Campos, P.**, “Apuntes sobre extranjería del Defensor del Pueblo”, en Biglino Campos, P., (coord.) *Ciudadanía y Extranjería: Derecho nacional y Derecho comparado*, Mc.Graw/Hill/Interamericana de España S.A.U., Madrid, 1997.
- **Bigo, D.**, /**Carrera, S.**/ **Guild, E.**, /**Walker, R.**, “Mid-Term report on the results o the CHALLENGE project”, 2006, disponible en [www.libertysecurity.org/article1357.html](http://www.libertysecurity.org/article1357.html)
- **Bigo, D.**, “Internal and External Security(es): The Möbius Ribbon”, en Jacobson, D., /Albert, M., /Lapid, Y., (eds.), *Identities, Borders, Orders: Rethinking International Relations Theory*, University of Minnesota Press, Minneapolis, 2001.
- **Binder A.**, *Política criminal de la formulación a la praxis*, Ad-hoc, Buenos Aires, 1997.
- **Blanco Fernández de Valderrama, M.C.**, “Implicaciones sociales de la Inmigración”, en AA.VV., XII Curso Extraordinario. *Cuestiones Actuales de Criminología. Inmigración, integración, convivencia*, Universidad de Salamanca, Salamanca, 2005.
- **Bleckmann, F.**, “Derecho penal y teoría de sistemas”, (trad. Cancio Meliá), en Gómez- Jara -Díez, C., (ed.) *Teoría de Sistema y Derecho Penal. fundamentos y posibilidades de aplicación*, Comares, Granada, 2005.
- **Bobbio, N.**, “El futuro de la democracia”, Barcelona, Paidós, 1985.
- **Bodjakzjev, M.**,/Karakayali, S.,/Tsianos, V., “L’*enigma dell’arrivo. Su campi e spettri*”, en Mezzadra, S., (comp.), *Corpi migranti. Per una lettura politica delle migrazioni contemporanee*, Derive Approdi, Roma, 2004.
- **Boltanski, L.**/ **Chiapello, E.**, *El nuevo espíritu del capitalismo*, (trad. Pérez Colina/Riesco Sanz/Sánchez Cedillo), Akal, Madrid, 2002.
- **Bonelli, L.**, “Obsesión securitaria e ilegalismos populares en Francia, desde principios de 1980 “, en Bergalli R., / Rivera Beiras, I., (coords.), *Política criminal de la guerra*, Anthropos, Barcelona, 2005.
- **Bonet Pérez, J.**, *Las políticas migratorias y la protección internacional de los Derechos y libertades de los inmigrantes. Un análisis desde la perspectiva del ordenamiento jurídico español*, Cuadernos Deusto de Derechos Humanos, núm. 22, Bilbao, 2003.



- **Bordas Martínez, J.**, *El terrorismo yihadista en la sociedad calidoscópica. (Aproximación criminológica al nuevo terrorismo del siglo XXI)*, Edisofer, Madrid, 2006.
- **Borges, J. L.**, “*El idioma analítico de J. Wilkins*” en Borges, J.L., *Otras inquisiciones*, Alianza, Madrid, 1998.
- **Borja Jiménez, E.**, *Curso de Política Criminal*, Tirant lo blanch, Valencia, 2003.
- **Botella Corral, J.**, /**Peres-Neto, L.**, “*La formación de la opinión pública y la construcción de discursos sobre la realidad criminal en España*”, en García Arán, M., /Botella Corral, J., (dirs.), *Malas noticias. Medios de comunicación, política criminal y garantías penales en España*, Tirant lo blanch, Valencia, 2008.
- **Bourdieu, P.**, /**Wacquant, L.**, “*La nueva vulgata planetaria*”, *Le monde diplomatique* (ed. en español), mayo 2000.
- **Bourdieu, P.**, *Contrafuegos. Reflexiones para servir a la resistencia contra la invasión neoliberal*, Barcelona, Anagrama, 1999.
- **Bourdieu, P.**, *La miseria del mundo*, Akal, Madrid, 1999
- **Brandariz García, J.A.**, /**Fernández Bessa, C.**, “*The construction of migrants as a risk category: Philosophy, functions and repercussions for the Spanish penal system*”, ponencia presentada en el International Workshop on Criminalization, self-criminalization and victimization of inmigrants in Europe, Génova, 13-15 de marzo 2008.
- **Brandariz García, J.A.**, “*Itinerarios de evolución del sistema penal como mecanismo de control social en las sociedades contemporáneas*”, en Faraldo Cabana, P., (dir), Brandariz García, J.A., Puente Aba, L.M., (coords.) *Nuevos retos del Derecho penal en la era de la globalización*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.
- **Brandariz García, J.A.**, “*La construcción de los migrantes como categoría de riesgo: fundamento, funcionalidad y consecuencias para el sistema penal*”, en Cancio Meliá, M., /Pozuelo Pérez, L., (coords.), *Política criminal en vanguardia. Inmigración clandestina, terrorismo y criminalidad organizada*, Civitas, Madrid, 2008.
- **Brandariz García, J.A.**, “*Seguridad ciudadana, sociedad del riesgo y retos inabordables de la política criminal*”, en Revista Galega de Seguridade Pública, núm. 9, 2007.
- **Brandariz García, J.A.**, *Política criminal de la exclusión*, Comares, Granada, 2007.
- **Brandariz, J.A.**, /**Pastor, J.**, *Guerra Global permanente. La nueva cultura de la inseguridad*, Catarata, Madrid, 2005.
- **Brantingham P.**, “*Environment, routine and situation: Toward a pattern theory of crime*”, en Clarke, R.V., /Felson, M.,(eds.) *Routine activity and rational choice*, Advances in Criminological Theory, Vol. 5., Transaction Books, New Brunswick: NJ, 1993.
- **Bravo Lira, B.**, “*Fiat ius, ne pereat mundus. El Derecho frente a la globalización de la violencia*”, en Losano, M.G./Muñoz Conde, F., *El Derecho ante la globalización y el terrorismo*, Tirant lo blanch, Valencia, 2004.
- **Bravo López, F.**, “*Extranjeros en situación de irregularidad*” en AA.VV., XII Curso Extraordinario. *Cuestiones Actuales de Criminología, Inmigración, integración, convivencia*, Universidad de Salamanca, Salamanca, 2005.
- **Bricola, F.**, “*Tecniche di tutela penale e tecniche alternative di tutela*” en De Acutis/Palombardini (eds.) *Funzioni e limiti del diritto penale*, Cedam, Padova, 1984.
- **Bronzini, G.**, “*Cittadinanza e welfare state in due “classici” contemporanei: T.H.*

Marshall e J. Rawls”, en AA.VV., *Contraimpero. Per un lessico dei movimenti globali, Manifestolibri*, Roma, 2002.

• **Brotat i Jubert, R.**, “Un concepto de seguridad ciudadana” 2002, disponible en [www.dipalicante.es/formacion/es/menu/almacen/BROTAT\\_seguridad\\_ciudadana.PDF](http://www.dipalicante.es/formacion/es/menu/almacen/BROTAT_seguridad_ciudadana.PDF)

• **Bueno Arús, F.**, et.al (dirs.) *Derecho penal y criminología como fundamentos de la política criminal. Estudios en Homenaje al Prof. Alfonso Serrano Gómez*, Dykinson, Madrid, 2006.

• **Bueno Arús, F.**, *Nociones de prevención del delito y tratamiento de la delincuencia*, Dykinson, Madrid, 2008.

• **Bung, J.**, “Direito penal do inimigo como teoria da vigência da norma e da pessoa”, (trad. Lobo da Costa), en *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, Año 14, núm. 62, septiembre-octubre de 2006.

• **Bureau of European Public Advisers (BEPA)**, European Commission, Migration and Public Perception, 4 de octubre de 2006, págs. 114; disponible en [http://ec.europa.eu/justice\\_home/doc\\_centre/immigration/studies/docs/BEPA\\_migration\\_2006\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/justice_home/doc_centre/immigration/studies/docs/BEPA_migration_2006_en.pdf)

• **Burke, P.**, *La cultura popular en la europa moderna*, Alianza, Madrid, 1991.

• **Bustos Ramírez, J.**, /Hormazábal Malarée, H., “Significación social y tipicidad” en AA.VV., *Estudios Penales: Libro homenaje al Prof. J. Antón Oneca*, Ediciones de la Universidad de Salamanca, Salamanca, 1982.

• **Bustos Ramírez, J.**, “La seguridad ciudadana en Latinoamérica”, en *Revista del colegio de Abogados penalistas del Valle*, núms. 21,22, vol. XIII, 2 semestre 1990.

• **Bustos Ramírez, J.**, “Los bienes jurídicos colectivos” en Bustos Ramírez, J., *Control Social y sistema penal*, PPU, Barcelona, 1987.

• **Bustos Ramírez, J.**, “Los bienes jurídicos colectivos” en *Control Social y sistema penal*, PPU, Barcelona, 1987.

• **Bustos Ramírez, J.**, “Política criminal y Estado”, s/f., disponible en <http://www.cienciaspenales.org/REVISTA%2012/BUSTOS12.htm>.

• **Bustos Ramírez, J.**, “Seguridad ciudadana y seguridad jurídica”, en Pérez Álvarez, F., (ed.), Núñez Paz, /M.A., García Alfaraz, A.I., (coords.), *Universitas Vitae. Homenaje a Ruperto Núñez Barbero*, Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, 2008.

• **Bustos Ramírez, J.**, *Control social y sistema penal*, PPU, Barcelona, 1987.

• **Bustos Ramírez, J.**, *Manual de Derecho penal. Parte General*, 4ª ed., (corregida y puesta al día por Hormazábal M., H.), PPU, Barcelona, 1994.

• **Bustos Ramírez, J.**, y **Hormazábal Malarée, H.**, “Significación social y tipicidad” en *Libro homenaje al Prof. J. Antón Oneca*, Salamanca, 1982.

• **Butler, J.**, “Detención indefinida”, en Butler, J., *Vida precaria. El poder del duelo y la violencia*, (trad.Rodríguez), Paidós, Buenos Aires, 2006.

• **Butler, J.**, “Violencia, duelo, política”, en Butler, J., *Vida precaria. El poder del duelo la violencia*, (trad.Rodríguez), Paidós, Buenos Aires, 2006.

• **Calavita, K.**, “A reserve army of delinquents. The criminalization and economic punishment of immigrants in Spain”, en *Punishment & Society*, vol. 5, núm. 4, 2003.

• **Campione, R.**, “El que algo quiere algo le cuesta”, en Da Agra, C., /Domínguez, L./García Amado, J.A., /Hebberecht, P., /Recasens, A., (eds.), *La seguridad en la sociedad del riesgo. Un debate abierto*, Atelier, Barcelona, 2003.

- **Cancio Meliá, M., / Gómez-Jara Díez, C.,** (coords.), *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, Vols. 1 y 2, Edisofer, BdeF, Buenos Aires, 2006.
- **Cancio Meliá, M.,** “*Algunas reflexiones preliminares sobre los delitos de terrorismo: eficacia y contaminación*”, Díaz-Marotto y Villarejo, J., *Derecho y justicia penal en el siglo XXI. Liber Amicorum en Homenaje al Profesor Antonio González-Cuéllar García*, Colex, Madrid, 2006.
- **Cancio Meliá, M.,** “*Algunas reflexiones preliminares sobre los delitos de terrorismo: eficacia y contaminación*”, en Faraldo Cabana, P., (dir.), *Derecho penal de excepción. Terrorismo e inmigración*, Tirant lo blanch, Valencia, 2007.
- **Cancio Meliá, M.,** “*De nuevo: ¿“Derecho penal” del enemigo?*”, en Jakobs, G., *Derecho penal del enemigo*, 2ª. ed., Civitas, Madrid, 2006.
- **Cancio Meliá, M.,** “*Derecho penal del enemigo y delitos de terrorismo. Algunas consideraciones sobre la regulación de las infracciones en materia de terrorismo en el Código penal español después de la LO 7/2000*”, en *Jueces para la Democracia*, núm. 44, 2002.
- **Cancio Meliá, M.,** “*Dogmática y Política criminal en la teoría funcional del delito*” en *Conferencias sobre temas penales*, Jakobs, G., /Cancio Meliá, M., Universidad Nacional del Litoral, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 2000.
- **Cancio Meliá, M.,** “*Dogmática y política criminal en una teoría funcional del delito*”, en Montealegre Lynett, E., (coord.), *Libro homenaje al Prof. Günther Jakobs. El funcionalismo en Derecho penal*, Tomo 1, Universidad del Externado de Colombia, Centro de investigación en filosofía y Derecho, Bogotá, 2003.
- **Cancio Meliá, M.,** “*La expulsión de ciudadanos extranjeros sin residencia legal (art. 89CP)*”, en *Homenaje al Profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*
- **Cancio Meliá, M.,** “*Terrorismo y Derecho Penal: sueño de la prevención pesadilla del Estado de Derecho*”, en Cancio Meliá, M./ Pozuelo Pérez, L., (coords.), *Política criminal en vanguardia. Inmigración clandestina, terrorismo y criminalidad organizada*, Civitas, Madrid, 2008.
- **Cancio Meliá, M./ Feijoo Sánchez, B.,** *¿Prevenir riesgos o confirmar normas? La teoría funcional de la pena de Günther Jakobs. Estudio preliminar*, Jakobs, G., *La pena estatal: significado y finalidad*, (Trad. Cancio-Feijoo), Civitas, Madrid, 2006.
- **Cancio Meliá, M./ Pozuelo Pérez, L.,** (coords.), *Política criminal en vanguardia. Inmigración clandestina, terrorismo y criminalidad organizada*, Civitas, Madrid, 2008.
- **Capella Hernández, J.R.,** *Fruta prohibida. Una aproximación histórico-teórica al estudio del derecho y del Estado*, Trotta, Madrid, 1997.
- **Capella, J.R.,** (ed.) *Las sombras del sistema constitucional español*, Trotta, Madrid, 1999.
- **Carbonell Mateu, J.C.,** *Derecho Penal: Concepto y principios constitucionales*, 2ª. ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 1996.
- **Cardozo Pozo, R.C.,** “*La “seguridad ciudadana” como tendencia político criminal y contexto del nuevo proceso penal; algunas consideraciones sobre sus posibles repercusiones en el procedimiento abreviado*”, en Balmaceda Hoyos, G., (coord.), *Problemas actuales de Derecho penal*, Ediciones Jurídicas de Santiago, Santiago, 2007.
- **Carmona Salgado, C.,** “*La nueva regulación del tráfico ilegal de personas con fines de explotación sexual según la LO 11/2003: Reflexiones críticas acerca de un injustificado despropósito legislativo*”, en Zugaldía Espinar, J.M., (dir), Pérez Alonso, E., (coord.),

- El Derecho penal ante el fenómeno de la inmigración*, Tirant lo blanch, Valencia, 2007.
- **Castells, M.**, *La era de la información, Vol. I. La sociedad Red*, Nueva Edición, versión castellana de Martínez Gimeno y Alborés, Alianza Editorial, 2001.
  - **Castillo, J.**, “La privatización de las prisiones como debate para España”, en *Panóptico*, núm. 4, 2002.
  - **Castles, S., /Davison, A.**, *Citizenship and Migration. Globalization and the Politics of Belonging*, MacMillan, Londres, 2000.
  - **Castles, S.,/Miller, M.J.**, *The age of migration. Globalization and the Politics of Belonging*, Macmillan, Londres, 2003.
  - **Castoriadis, C.**, “Imaginario e imaginación en la encrucijada”, en Castoriadis, C., *Figuras de lo pensable*, Fondo de Cultura Económica de Argentina, S.A., Buenos Aires, 2001.
  - **Castoriadis, C.**, “Notes pour servir à une critique de la rationalité du capitalisme”, en *Revue internationale de psychologie*, La Résistible Emprise de la Rationalité instrumentale, vol. IV, número 8, 1997.
  - **Castoriadis, C.**, *Figuras de lo pensable*, Fondo de Cultura Económica de Argentina, Buenos Aires, 2001.
  - **CEAR**, *La situación de los refugiados en España. Informe 2008*, CEAR, Entimema, Madrid, 2008.
  - **Centro de Estudios de la Defensa Nacional**, Documentos de Seguridad y Defensa, 6 “El control de los flujos migratorios hacia España: situación actual y propuestas de actuación, 2007, disponible en <http://www.ceseden.es>
  - **Cerezo Mir, J.**, *Curso de Derecho penal español. Parte general*, 4ª. ed, Tecnos, Madrid, 1996.
  - **Cerezo Mir, J.**, *Curso de Derecho penal español. Parte general, tomo 2, Teoría jurídica del delito*, 4ª ed., Tecnos, Madrid, 1998
  - **Chomsky, N.**, *Ambiciones imperiales: el mundo después del 11-S: entrevistas inéditas con David Barsamian*, (trad.Belaustegui), Península, Barcelona, 2006.
  - **Chomsky, N.**, *Estados canallas. El imperio de la fuerza en los asuntos mundiales*, Paidós, Barcelona, 2004.
  - **Christie, N.** *Los límites del dolor*, Siglo XXI, México, 1971.
  - **Christie, N.**, *La industria del control del delito*, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 1993.
  - **Cid Moliné, J./Larrauri Pijoan, E.**, *Teorías criminológicas*, Bosch, Barcelona, 2001
  - **Clairmont, F.**, *Una deuda que amenaza al imperio*, Le Monde Diplomatique, Edición española, abril 2003.
  - **Comisión Europea y la Dirección General de la Policía de España (eds.)**, *La gestión de la seguridad en las sociedades multiétnicas*, Comisión Europea y la Dirección General de la Policía, España, 2001.
  - **Conde Pumpido Tourón, C.**, “Delitos contra los derechos de los extranjeros”, en Martín Pallín, J.A., (dir.), *Extranjeros y Derecho Penal*, Cuadernos de Derecho Judicial, IV-2003, Madrid, 2004.
  - **Corcoy Bidasolo, M.**, “Límites objetivos y subjetivos a la intervención penal en el control de riesgos” en Mir Puig, S., /Corcoy Bidasolo, M., (dirs.), Gómez Martín, V., (coord.), *Política criminal en Europa*, Ed. Atelier, Barcelona, 2004.
  - **Corcoy Bidasolo, M.**, “Sistema de penas y líneas políticocriminales de las últimas reformas del Código Penal. ¿Tiende el Derecho penal hacia un “Derecho penal de dos velocidades”?, en Cancio Meliá, M., / Gómez-Jara Díez, C., (coords.), *Derecho penal*

del enemigo. *El discurso penal de la exclusión*, Vol. 1, Edisofer, BdeF, Buenos Aires, 2006.

- **Corcoy Bidasolo, M.**, *Delitos de peligro y protección de bienes jurídico penales supraindividuales*, Tirant lo blanch, Valencia, 1999.
- **Corea, C.**, “Medios masivos: ¿dominación, influencia, producción? Seminario globalización y subjetividad”, Buenos Aires, 2000, disponible en [www.estudiolwz.com.ar](http://www.estudiolwz.com.ar)
- **Cornacchia, L.**, “La moderna hostis iudicatio entre norma y estado de excepción”, (trad. Romero Flores), en Cancio Meliá, M., / Gómez-Jara Díez, C., (coords.), *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, Vol. 1, Edisofer, BdeF, Buenos Aires, 2006.
- **Cornish, D.B., /Clarke, R.**, “The reasoning criminal. Rational choice perspectives of offending”, en Rivera Beiras, I., *Recorridos y posibles formas de la penalidad*, Anthropos, Barcelona, 2005.
- **Cortés Bechiarelli, E.**, “Valoración crítica del comiso (LO 15/2003, de 25 de noviembre)”, en Pérez Alvarez, F., (ed.), *Universitas Vitae, Homenaje a Ruperto Núñez Barbero*, Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, 2007.
- **Cortés Márquez, R.**, “La gestión de las fronteras exteriores de la Unión Europea”, Análisis del Instituto Universitario de Investigación sobre Seguridad Interior, febrero, 2006, págs. 50 ss., disponible en [www.uned.es/investigación/IUISI\\_publicaciones.htm](http://www.uned.es/investigación/IUISI_publicaciones.htm)
- **Cox, R.**, “Some reflections on the Oslo Symposium”, en Gill, S., (ed.), *Globalization, Democratization and multilateralism*, United Nation Press, 1997
- **Crawford, A.**, *Crime, Prevention, and Community Safety: Politics and Practices*, Longman, London, 1998.
- **Cruz Villalón, J.**, “Normalidad y excepción” en *Revista española de Derecho Constitucional*, Madrid, núm. 71, 2004.
- **Cuerda Riezu, A.**, “¿Ostentan ius puniendi la Comunidades Europeas?”, en Arroyo Zapatero, L., et.al., *Hacia un Derecho penal económico europeo. Jornadas en honor del Profesor Klaus Tiedemann*, Madrid, 1995.
- **Cuerda Riezu, A.**, *De la extradición a la “euro orden” de detención y entrega: con un análisis de la doctrina del Tribunal Constitucional Español*, Ceura, Madrid, 2003.
- **Cugat Mauri, M.**, “Las repercusiones de la incorporación de Rumania y Bulgaria a la CE en la interpretación del delito de tráfico de extranjeros (art. 318 bis CP): Comentario a la STS de 29 de mayo de 2007”, *La Ley*, núm. 6873, 2008.
- **Cugat Mauri, M.**, “Nuevas huidas al Derecho penal y quiebra de los principios garantistas”, en Pérez Álvarez, F., (ed.), *Serta. In memoriam Alexandri Baratta*, Ediciones de la Universidad de Salamanca, Salamanca, 2004.
- **Cugat Mauri, M.**, “Sobre la actual configuración de los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros”, en Carbonell Mateu, J.C.,/Del Rosal Blasco, B., /Morillas Cuevas, L., /Orts Berenguer, E., /Quintanar Díez, M., *Estudios penales en Homenaje al Profesor Manuel Cobo del Rosal*, Dykinson, Madrid, 2005.
- **Cugat Mauri, M.**, “Sujetos protegidos por el delito de tráfico de personas del art. 318 bis CP”, en Rodríguez Mesa, M.J., /Ruiz Rodríguez, L.R., (coords.), *Inmigración y sistema penal. Retos y desafíos para el siglo XXI*, Tirant lo blanch, Valencia, 2006.
- **Curbet, J.**, “La era del riesgo ¿Eliminar el riesgo o gestionar el desastre?”, disponible en [www.iigov.org/seguridad/?p=1\\_01](http://www.iigov.org/seguridad/?p=1_01)

- **Cuttitta P.**, “Los acuerdos de cooperación y el nuevo régimen fronterizo euroafricano”, (trad. Sewell), en AA.VV., *Frontera Sur. Nuevas políticas de gestión y externalización del control de la inmigración en Europa*, Virus, Barcelona, 2008.
- **Da Agra, C., /Castro, J.**, “¿Los extranjeros son un grupo de riesgo? Investigación en prisiones portuguesas”, en Da Agra, C., /Domínguez, L., /García Amado, J.A., Hebberecht, P., Recasens, A., (eds.), *La seguridad en la sociedad del riesgo. Un debate abierto*, Atelier, Barcelona, 2003.
- **Dal Lago, A.**, “Il problema del contesto nell’analisi dei conflitti contemporanei (ovvero, quando il terrorismo è un feticcio)”, *Questione Giustizia*, Franco Angeli, Milano, núm. 4, 2006.
- **Dal Lago, A.**, “La guerra mundo”, (trad. Monclús Masó), en Bergalli, R., /Rivera Beiras, I. (coords.) *Política Criminal de la guerra*, Anthropos, Barcelona, 2005.
- **Dal Lago, A.**, “Personas y no personas”, en Silveira Gorski, H.C., (ed) *Identidades comunitarias y democracia*, Trotta, Madrid, 2000.
- **Dal Lago, A.**, *Non-persone. L’esclusione dei migranti in una società globale*, Nuova Edizione, Feltrinelli, Milano, 2004.
- **Daroqui, A.**, “Las seguridades perdidas”, en *Revista Argumentos*, núm. 1(2), mayo, disponible en [www.argumentos.fsoc.uba.ar/n02/articulos/inseguridad](http://www.argumentos.fsoc.uba.ar/n02/articulos/inseguridad)
- **Daunis Rodríguez, A.**, “La gestación de la xenobofia: mitos y (pre) juicios de la inmigración”, en Sanz Mulas, N., (coord.) *Dos décadas de reformas penales. 20 Congreso Universitario de alumnos de Derecho Penal*, Comares, Granada, 2008.
- **Daunis Rodríguez, A.**, “La promoción del tráfico ilegal de personas: aspectos jurídicos y policiales”, en Sanz Mulas (coord.), *El desafío de la criminalidad organizada*, Comares, Granada, 2006
- **Daunis Rodríguez, A.**, “Regulación penal del tráfico ilegal de personas” en AA.VV., *XII Curso Extraordinario. Cuestiones Actuales de Criminología, Inmigración, integración, convivencia*, Universidad de Salamanca, Salamanca, 2005.
- **Daunis Rodríguez, A.**, “Reflexiones en torno a los problemas de aplicación e interpretación del artículo 318 bis del Código Penal”, en Pérez Álvarez, F., (ed), *Serta. In memoriam Alexandri Baratta*, Ediciones de la Universidad de Salamanca, Salamanca, 2004.
- **De Asis Roig, R.**, “Problemas filosófico-jurídicos en torno a los derechos fundamentales de los extranjeros”, en Mariño Menéndez, et.al., *Derecho de extranjería, asilo y refugio*, Ministerio de Asuntos Sociales, Instituto Nacional Servicios Sociales (INERSO), Madrid, 1995.
- **De Brie, C. /Naredo, J.M., /Martínez, A.**, “El lado oscuro de la globalización” (prólogo Montalbán), en AA.VV., *Geopolítica del Caos*, Le monde diplomatique. Edición española, Debate, Madrid, 1999.
- **De Figueiredo, J., / Serrano, A., /Politoff, S., /Zaffaroni, E.R.**, (dirs.), *El penalista Liberal*, Hammurabi, Buenos Aires, 2004.
- **De Giorgi, A.**, *El gobierno de la excedencia. Postfordismo y control de la multitud*, (introd. Brandariz García, J.A., /Faraldo Cabana, P., trad. Brandariz García/Bouvier), Traficantes de sueños, Madrid, 2006.
- **De Giorgi, A.**, *Tolerancia Cero. Estrategias y prácticas de la sociedad de control*, (prefacio T. Negri, presentación y trad. de Rivera /Monclús) Virus, Barcelona, 2005.
- **De la Rosa Cortina, M.A.**, “La expulsión de los extranjeros no residentes legalmente

condenados por delito. Aspectos sustantivos y procesales” disponible en [www.cej.justicia.es/pdf/publicaciones/fiscales/FISCAL58.pdf](http://www.cej.justicia.es/pdf/publicaciones/fiscales/FISCAL58.pdf).

- **De León Villalba, F.J.**, “El marco europeo de lucha contra el tráfico de personas y la legislación sancionadora española”, en Boletín de Información del Ministerio de Justicia, año 60, núm. extra 2015, 2006.
- **De León Villalba, F.J.**, “Inmigración clandestina y tráfico de seres humanos”, en Muñoz de Morales Romero, M./ Arroyo Zapatero, L., /Nieto Martín, A., (coords.), *La orden de detención y entrega europea*, Universidad de Castilla-La Mancha, La Mancha, 2006.
- **De Lucas, J.**, “El marco jurídico de la inmigración”, en Jueces para la Democracia, núm. 38, 2000.
- **De Lucas, J.**, “Fronteras de los derechos humanos: racismo y estrategias de legitimación en la Unión Europea” en Cuadernos Constiucionales de la Cátedra Fadrique Furirió, número 17, Valencia, 1996.
- **De Lucas, J.**, “Multiculturalismo y Derechos”, en De Lucas, J., *Los derechos entre la Etica, El poder y el Derecho*, Madrid, 2000.
- **De Lucas, J.**, “Multiculturalismo y Derechos”, en López García, J.A., /Del Real, A., (eds.), *Los Derechos entre la Etica, El poder y el Derecho*, Dykinson, Madrid, 2000.
- **De Lucas, J.**, “Nuevas estrategias de estigmatización. El Derecho frente a los inmigrantes”, en Portilla Contreras, G., (coord.), *Mutaciones de Leviatán. Legitimación de los nuevos modelos penales*, Akal, Madrid, 2005.
- **De Lucas, J.**, “Para construir la gestión democrática de la multiculturalidad que resulta de la inmigración”, Rodríguez Mesa, M.J., /Ruiz Rodríguez, L.R., (coords.), *Inmigración y sistema penal. Retos y desafíos para el siglo XXI*, Tirant lo blanch, Valencia, 2006.
- **De Lucas, J.**, “Sobre el papel del Derecho y el contrato político en el proyecto multicultural”, en Isegoría, núm. 19, octubre 2003.
- **De Lucas, J.**, *El desafío de las fronteras. Derechos humanos y xenofobia frente a una sociedad plural*, Temas de hoy, Madrid, 1994.
- **De Lucas, J.**, *Globalización e identidades*, Icaria-Antrazyt, Barcelona, s.f.
- **De Prada Solaesa, J.R.**, “A propósito del régimen jurídico sancionador referido a la lucha contra la inmigración clandestina y el tráfico de seres humanos”, en Jueces para la Democracia, núm. 43, 2002.
- **De Prada Solaesa, J.R.**, “A propósito del régimen jurídico sancionador referido a la lucha contra la inmigración clandestina y el tráfico de seres humanos”, Jueces para la democracia, núm. 43, 2002.
- **De Sousa Santos, B.**, /Avritzer, L. “Para ampliar el criterio democrático”, 2003, <http://eurozine.com/pdf/2003-11-03-santos-es.pdf>
- **De Sousa Santos, B.**, “Do Pós-moderno ao Pós-colonial e para além de um e outro”, Conferencia de Apertura del Congreso Luso-brasileño de Ciencias Sociales, Coimbra, 16-18 de Septiembre de 2004.
- **De Sousa Santos, B.**, “The processes of globalization”, 2002, disponible en [www.eurozine.com](http://www.eurozine.com)
- **De Sousa Santos, B.**, “Three Metaphors for a New Concption of Law: The frontier, the Baroque, and the South”, *Law & Society Review*, v. 29, núm. 4/1995-A.
- **De Sousa Santos, B.**, *Crítica de la razón indolente: Contra el desperdicio de la experiencia. Para un nuevo sentido común: la ciencia, el derecho, y la política ne la*

*transición paradigmática*. Vol. 1, (Trad. Herrera Flores, et.al), Desclée de Brouwer, Bilbao, 2003.

- **De Sousa Santos, B.**, *El milenio huérfano. Ensayos para una nueva cultura política*, (Presentación de Monedero), Trotta/ILSA, Madrid, 2005.
- **De Sousa Santos, B.**, *La caída del angelus novus: ensayos para una nueva teoría social y una nueva práctica política*, (introducción y notas de Rodríguez), ILSA, Bogotá, 2002.
- **De Sousa Santos, B.**, *La globalización del Derecho. Los nuevos caminos de la regulación y la emancipación*, ILSA, Bogotá, 1998.
- **De Sousa Santos, B.**, *Toward a new common sense: law, science and politics in the paradigmatic transition*, Londres, Routledge, 1995
- **Debord, G.**, *Comentarios sobre la sociedad del espectáculo*, Barcelona, Anagrama, 1990.
- **Debord, G.**, *Debord, G.*, *La sociedad del espectáculo*, (trad. y notas Pardo), 2ª ed.rev., 1ª reimp., Pre-textos, Madrid, 2002 (imp. 2003).
- **Del Valle Galvés, A.**, “España-marruecos: Una relación bilateral de alto potencial conflictivo, condicionada por la unión europea – panorama con propuestas”, en *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, 14, 2007, disponible en [www.reei.org/reei%2014/Del%20Valle\(reei14\).pdf](http://www.reei.org/reei%2014/Del%20Valle(reei14).pdf)
- **Deleuze, G.**, /**Guattari, F.**, *El antiedipo. Capitalismo y esquizofrenia*, (Trad. Monge), Paidós, Barcelona, 1985.
- **Deleuze, G.**, “*En medio de Spinoza. Serie Clases 1*”, Cactus, Buenos Aires, 2003.
- **Deleuze, G.**, *En medio de Spinoza*, (trad. Equipo Editorial Cactus), Cactus, Buenos Aires, 2006.
- **Delgado Godoy, L.**, “*Argumentación gubernamental y política de inmigración*”, en Zapata-Barrero, R. /van Dijk, T.A., (eds.), *Discursos sobre la inmigración en España. Los medios de comunicación, los parlamentos y las administraciones*, CIDOB, Barcelona, 2007.
- **Delgado, M.**, “*Nuevas retóricas para la exclusión social*”, en Bergalli, R.,(coord.) *Flujos migratorios y su (des)control. Puntos de vista multidisciplinares*, Anthropos, Barcelona, 2006.
- **Delmas Marty, M.**, “*Verso un Diritto penale comune europeo*”, en *Revista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 1997.
- **Delphy, C.**, “*Guantánamo y la destrucción del Derecho*”, en *Viento Sur*, núm. 65, 2002.
- **Demetrio Crespo, E.**, “*Acerca de la contraposición entre libertad y seguridad en el Derecho Penal*”, en Pérez Álvarez, F., (ed.), Núñez Paz, M.A., García Alfaraz, A.I., (coords.), *Universitas Vitae. Homenaje a Ruperto Núñez Barbero*, Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, 2008.
- **Demetrio Crespo, E.**, “*Del derecho penal liberal al derecho penal del enemigo*”, en Pérez Álvarez, F., (ed.), *Serta. In memoriam Alexandri Baratta*, Ediciones de la Universidad de Salamanca, Salamanca, 2004.
- **Demetrio Crespo, E.**, “*El Derecho penal del enemigo, darf nicht sein! Sobre la ilegitimidad del llamado “Derecho Penal del enemigo” y la idea de seguridad*”, en Cancio Meliá, M., /Gómez Jara-Díez, C., (coord.), *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, Vol. 1, Edisofer, Bdf, Buenos Aires, 2006.
- **Denkowski, Ch.**, “*La protección estatal en los conflictos asimétricos: ¿Continúa el*



*Derecho policial de los länder alemanes, tras el 11 de septiembre con el Derecho penal político antiliberal?*, en Cancio Meliá, M., /Gómez Jara-Díez, C., (coord.), *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, Vol. 1, Edisofer, BdeF, Buenos Aires, 2006.

• **Derrida, J.**, *El lenguaje y las instituciones filosóficas*, (trad. Grupo Decontra), Paidós, Barcelona, 1995.

• **Díaz Pita, M.M.**, /**Faraldo Cabana, P.**, “La utilización simbólica del Derecho penal en las reformas del Código penal de 1995”, en *Revista de Derecho y Proceso Penal*, 2002.

• **Díaz y García Conlledo, M., et.al**, *Protección y expulsión de extranjeros en Derecho penal*, La Ley, Madrid, 2007.

• **Díaz y García Conlledo, M.**, “Las posibilidades de castigo del cliente de la prostitución en el Derecho penal español”, en *Revista Galega de Seguridade Pública*, Segunda época, núm. 11, págs. 125 ss.

• **Díaz, E.**, “Estado de Derecho y legitimidad democrática”, en Díaz, E.; Colomer, J.L., (eds.), *Estado, justicia y derechos*. Alianza Editorial, Madrid, 2002.

• **Díaz-Marotto y Villarejo, J.**, *Derecho y justicia penal en el siglo XXI. Liber Amicorum en Homenaje al Profesor Antonio González-Cuéllar García*, Colex, Madrid, 2006.

**Dietrich, H.**, “El mediterráneo como nuevo espacio de disuasión” (trad. Marín/Hernández), en AA.VV., *Frontera Sur. Nuevas políticas de gestión y externalización del control de la inmigración en Europa*, Virus, Barcelona, 2008.

**Díez Moreno, F.**, *El Estado social*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2004.

• **Díez Riaza, S.**, /**Gisbert Pomata, M.**, /**Carretero González, C.**, *La orden europea de detención y entrega. Estudio de la ley 3/2003 de 14 de marzo*, Thompson-Civitas, Pamplona, 2005.

• **Díez Ripollés, J. L.**, *Los delitos contra la seguridad de menores e incapaces*, Valencia, 1999.

• **Díez Ripollés, J. L.**, “Exigencias sociales y política criminal”, en *Política Criminal y Derecho Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.

• **Díez Ripollés, J.L.**, /**Gracia Martín, L.**, / **Higuera Guimerá, M.**, (eds.) en *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo. Libro homenaje al Prof. Dr. José Cerezo Mir*, Tecnos, Madrid, 2003.

• **Díez Ripollés, J.L.**, /**Gracia Martín, L.**, / **Higuera Guimerá, M.**, (eds.) *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo. Libro homenaje al Prof. Dr. José Cerezo Mir*, Tecnos, Madrid, 2003.

• **Díez Ripollés, J.L.**, “De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: un debate desenfocado”, en Cancio Meliá, M., / Gómez-Jara Díez, C., (coords.), *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, Vols. 1 y 2, Edisofer, BdeF, Buenos Aires, 2006.

• **Díez Ripollés, J.L.**, “El aumento de la criminalidad y la izquierda”, *El País*, 9-5-2002.

• **Díez Ripollés, J.L.**, “El Derecho penal simbólico y los efectos de la pena”, en AA.VV., *Modernas tendencias en la Ciencia del Derecho penal y en la Criminología*, UNED, Madrid, 2001.

• **Díez Ripollés, J.L.**, “Exigencias sociales y política criminal”, en *Política Criminal y*

*Derecho penal. Estudios.*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.

• **Diez Ripollés, J.L.**, “*La contextualización del bien jurídico protegido*”, en Diez Ripollés, J.L., *Política Criminal y Derecho Penal. Estudios.*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.

• **Diez Ripollés, J.L.**, *La categoría de antijuridicidad en Derecho Penal*, Señal Editora, Medellín, 1996,

• **Diez Ripollés, J.L.**, *La política criminal en la encrucijada*, BdeF, Montevideo-Buenos Aires, 2007.

• **Diez Ripollés, J.L.**, *La racionalidad de las leyes penales*, Trotta, Madrid, 2003.

• **Diez Ripollés, J.L.**, *Política Criminal y Derecho penal –Estudios–*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003

• **Diez Ripollés, J.L./Prieto del Pino, A.M., / Soto Navarro, S.**, (eds.), *La política legislativa penal en occidente*, Instituto Andaluz Interuniversitario de Criminología, Tirant lo blanch, Valencia, 2005.

• **Diniz, E.**, “*El post-consenso de Washington: globalización, Estado y desarrollo reexaminados*”, (trad. Muñoz Gallego), en Boletín Brasil, Centro de Estudios Brasileños Ortega y Gasset, Vol. 4, núm. 1, enero 2007, disponible en [www.ortegaygasset.edu/publicaciones/boletinbrasil/boletin\\_brasil14.pdf](http://www.ortegaygasset.edu/publicaciones/boletinbrasil/boletin_brasil14.pdf)

• **Documentos de Seguridad y Defensa**, “*El control de los flujos migratorios hacia España: situación actual y propuestas de actuación*”, Centro de Estudios de la Defensa Nacional, núm. 6, 2007, disponible en <http://www.ceseden.es>

• **Doménech, A.**, *El eclipse de la fraternidad. Una revisión republicana de la tradición socialista*, Crítica, Barcelona, 2004

• **Domínguez Figueiredo, J.L.**, /Rodríguez Basanta, A., “*Lógica Actuarial, seguridad y sistema de justicia criminal*”, en Da Agra, C., / Domínguez, L., /García Amado, J.A., /Hebberecht, P., /Recasens, A., (eds.), *La seguridad en la sociedad del riesgo. Un debate abierto*, Atelier, Barcelona, 2003.

• **Domínguez Figueiredo, J.L.; Rodríguez Basanta, A.**, “*Lógica Actuarial, seguridad y sistema de justicia criminal*”, en Da Agra, C., /Domínguez, L., García Amado, J.A., /Hebberecht, P., /Recasens, A., (eds.), *La seguridad en la sociedad del riesgo. Un debate abierto*, Atelier, Barcelona, 2003.

• **Donini, M.**, “*Derecho penal de lucha. Lo que el debate sobre el Derecho penal del enemigo no debe limitarse a exorcizar*”, (trad. Guérez Tricarico), en Cancio Meliá, M., /Pozuelo Pérez, L., (coords.), *Política criminal en vanguardia. Inmigración clandestina, terrorismo y criminalidad organizada*, Civitas, Madrid, 2008.

• **Donini, M.**, “*El Derecho penal frente al “enemigo”*” (trad. Cancio Meliá), en Faraldo Cabana, P., (dir.), *Derecho penal de excepción. Terrorismo e inmigración*, Tirant lo blanch, Valencia, 2007.

• **Donini, M.**, “*El Derecho penal frente al “enemigo”*”, (trad. Cancio Meliá/Faraldo Cabana), en Cancio Meliá, M., /Gómez Jara-Diez, C., *Derecho penal del enemigo. El discurso pena de la exclusión*, Vol. 1., Edisofer, BdeF, Buenos Aires, 2006.

• **Donini, M.**, “*Escenarios del Derecho penal en Europa a principios del siglo XXI*”, (trad. Portacelli), en Mir Puig, S. /Corcoy Bidasolo, M., (dirs.), Gómez Martín (coord.) *Política Criminal en Europa*, Atelier, Barcelona, 2004.

• **Donini, M.**, “*Il volto attuale dell’illecito penale*”, en Serta. *In memoriam Alexandri Baratta*, Pérez Álvarez, F., (ed.), Ediciones de la Universidad de Salamanca, Salamanca, 2004.

- **Donini, M.**, “La relación entre Derecho penal y Política: método democrático y método científico” en Arroyo Zapatero, L., Neumann, U., Nieto Martín, A., (coords.), *Crítica y justificación del Derecho penal en el cambio de siglo. El análisis crítico de la Escuela de Frankfurt*, Ediciones de la Universidad de Castilla La Mancha, Cuenca, 2003.
- **Donini, M.**, “Selettività e paradigmi della teoria del reato”, en *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, nueva serie, año XL, 1998.
- **Donzelot, J.**, “The mobilization of society”, en Burchell, G., /Gordon, C., /Miller, P., (eds.), *The Foucault effects: Studies of governmentality*, Hemel Hempstead, Harvester Wheatsheaf, 1991.
- **Donzelot, J.**, *La policía de las familias*, epílogo G. Deleuze, (trad. Vázquez Perez, Larraceta), Pre-textos, Valencia, 1990.
- **Douglas, M.**, *Risk and blame. Essays in cultural theory*, Londres, Routledge, 1994.
- **Dunn, J.**, (dir), *Democracia. El viaje inacabado (508 a.C –1993d.C)*, Tusquets, Barcelona, 1995.
- **Durán Migliardi, M.**, *Introducción a la ciencia jurídico-penal contemporánea*, Ediciones Jurídicas de Santiago, Santiago, 2006.
- **Duro Ventura, D.**, “Los extranjeros y el Derecho penal”, en Palomar Olmeda, A., (coord.), *Tratado de extranjería. Aspectos civiles, penales, administrativos y sociales*, Thompson-Aranzadi, Pamplona, 2004.
- **Echart, E.**, /**López, S.**, /**Orozco, K.**, *Origen, protestas y propuestas del movimiento antiglobalización*, (prólogo Taibo), Catarata, Madrid, 2005.
- **Ellwood, W.**, *Casino mundial*, Intermon Oxfam, Barcelona, 2003.
- **Encinar del Pozo, M.A.**, “Expulsión de extranjeros: el art. 89.1 CP. Un ejemplo de infortunio del legislador”, disponible en [www.uc3m.es/uc3m/dpto/PU/dppu06/Expuls\\_Exrtanj\\_MEP.doc](http://www.uc3m.es/uc3m/dpto/PU/dppu06/Expuls_Exrtanj_MEP.doc)
- **Entelman, R.**, “Discurso normativo y organización del poder”, en Marí, E., et.al., *Materiales para una teoría crítica del Derecho*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1991.
- **Ericson, V.R.**, /**Haggerty, K.D.**, *Policing the risk society*, University of Toronto Press, Toronto, 1997.
- **Escrivá Gregory, J.**, *La puesta en peligro de bienes jurídicos en Derecho penal*, Barcelona, 1976.
- **Eser, A.**, /**Hassemer, W.**, /**Burkhardt**, (Coords. Version Alemana) *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo milenio*, Muñoz Conde (Coord. Version Española), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2004.
- **Esteve Pardo, J.**, *Técnica, riesgo y derecho. Tratamiento del riesgo tecnológico en el derecho ambiental*, Ariel, Barcelona, 1999.
- **Estévez Araujo, J.A.**, “Ciudadanía cosmopolita versus globalización neoliberal”, en Silveira Gorsky, H.C., (ed.), *Identidades comunitarias y democracia*, Trotta, Madrid, 2000.
- **European Crime Prevention Network**, *Report on the Organised Crime Situation in the Council of Europe Member States*, 2005, págs. 36 ss., documento disponible en [http://europa.eu/legislation\\_summaries/justice\\_freedom\\_security/fight\\_against\\_organised\\_crime/l33133\\_es.htm](http://europa.eu/legislation_summaries/justice_freedom_security/fight_against_organised_crime/l33133_es.htm)
- **Europol**, *European Union Organised Crime Situation Report 2000*, epígrafes “The situation concerning Organised crime in the UE–types of crime –Trafficking in human beings is a mayor problem for most member states” y “Political Law-

Enforcement Initiatives –Type of crime- Illegal inmigration and trafficking in human beings”, documentos disponibles en <http://www.europol.europa.eu/index.asp?page=publications>.

• **Fabián Caparrós, E.**, “Tráfico ilegal de mano de obra”, en *Nuevas cuestiones penales*, Diego Díaz – Santos, Ma. R., Sánchez López, V., (coords.), X Congreso Universitario de Alumnos de Derecho Penal, Colex, 1998.

• **Fanchiotti, V.**, “Il diritto penale del nemico e i nemici del diritto”, *Questione Giustizia*, Franco Angeli, Milano, núm. 4, 2006.

• **Faraldo Cabana, P.** (dir), Brandariz García, J.A./Puente Alba, L.M., (coords.), *Nuevos retos del Derecho penal en la era de la globalización*, Tirant lo blanch, Valencia, 2004

• **Faraldo Cabana, P.**, “Un Derecho penal de enemigos para los integrantes de organizaciones criminales. La Ley Orgánica 7/2003, de 30 de junio, de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas”, en Faraldo Cabana, P. (dir), Brandariz García, J.A./Puente Alba, L.M., (coords.), *Nuevos retos del Derecho penal en la era de la globalización*, Tirant lo blanch, Valencia, 2004.

• **Faria, J.E.**, *El Derecho en la economía globalizada*, Trotta, Madrid, 2001.

• **Fattah, E.A.**, “The rational choice/opportunity perspectives as a vehicle for integration criminological and victimological theories”, en Clarke, R.V., /Felson, M.,(eds.) *Routine activity and rational choice*, *Advances in Criminological Theory*, Vol. 5., Transation Books, New Brunswick:NJ, 1993.

• **Fazio, A.**, *El trabajo inmaterial como problema de la filosofía política*, 2007, disponible en <http://sindominio.net/biblioweb/s/view.php?CATEGORY2=12&ID=161>

• **Federación de Mujeres Progresistas de Madrid**, *Trata de mujeres con fines de explotación sexual en España*, FMP, Madrid, 2008,

• **Feeley, M.**, /**Simon, J.**, “Actuarial justice: the emerging new criminal law”, en Nelken, D., (ed.) *The futures of criminology*, Sage, Londres, 1994.

• **Feeley, M./ Simon, J.**, “The new penology: notes on the emerging strategy of corrections and its implications””, en Vogel, M.E., *Crime, inequality and the state*, Routledge, London, 2007.

• **Feijoo Sánchez, B.**, “El Derecho penal del enemigo y el Estado democrático...”, en Cancio Meliá, M., /Gómez Jara-Díez, C., (coords.) *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, Vol. 1, Edisofer, BdF, Buenos Aires, 2006.

• **Feijóo Sánchez, B.**, “La normativización del Derecho penal”, en Gómez-Jara Díez, C. (ed.) *Teoría de sistemas y Derecho penal. fundamentos y posibilidades de aplicación*, Comares, Granada, 2005.

• **Feijóo Sánchez, B.**, *El injusto penal y su prevención ante el nuevo Código Penal de 1995*, Cóllex, Madrid, 1997.

• **Fernández Bessa, C.**, /**Ortuño Aix, J.M.**, /**Manavella Suárez, A.**, “Los efectos de la cultura de emergencia en la criminalización de los inmigrantes”, Puente Aba, L., (dir), Zapico Barbeito, M., Rodríguez Moro, L., (coords.), *Criminalidad organizada, terrorismo e inmigración. Retos contemporáneos de la política criminal*, Comares, Granada, 2008.

• **Fernández Bessa, C.**, “El Estado español como punta de lanza del control”, en VV.AA., *Frontera Sur. Nuevas políticas de gestión y externalización del control de la inmigración en Europa*, Virus, Barcelona, 2008.

• **Fernández Bessa, C.**, “Los límites del control”, en VV.AA., *Frontera Sur. Nuevas*

*políticas de gestión y externalización del control de la inmigración en Europa*, Virus, Barcelona, 2008.

- **Fernández Teruelo, J.G.**, “El proceso social de determinación de la normativa administrativa y penal en materia de inmigración”, en Faraldo Cabana, P., (dir.), *Derecho penal de excepción. Terrorismo e inmigración*, Tirant lo blanch, Valencia, 2007.
- **Fernández Teruelo, J.G.**, “La criminalidad de los migrantes. Aproximación criminológica y conciencia social frente al fenómeno”, en *Revista Galega de Seguridade Pública*, núm, 8, 2006.
- **Fernández, G.**, *Bien jurídico y sistema del delito Un ensayo de fundamentación dogmática*, B de F, Buenos Aires, 2004.
- **Ferrajoli, L.**, “¿Existe una democracia participativa?”, en Ferrajoli, L.; /Perfecto Ibáñez, A., /Zolo, D., *Democracia autoritaria y capitalismo maduro*, 1ª reimpr., Barcelona, 2001.
- **Ferrajoli, L.**, “¿Existe una democracia representativa?”, en *Democracia autoritaria y capitalismo maduro*, Barcelona, *Revista El viejo Topo*, 1983.
- **Ferrajoli, L.**, “De los derechos del ciudadano a los derechos de las personas”, en Silveira Gorski, H.C., /Hobsbawm, E.J., (eds.), *Identidades comunitarias*, Trotta, Madrid, 2000.
- **Ferrajoli, L.**, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, (trad. Ibáñez, Ruiz Miguel, Bayón Mohino, Terradillos Basoco y Cantarero Bandrés, Prólogo de N. Bobbio), Madrid, Trotta, 1995.
- **Ferrajoli, L.**, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Trotta, Madrid, 1999.
- **Ferraro, A.**, “Gobernabilidad y Derecho en el proceso de globalización”, págs. 79-98
- **Fiandaca, G. /Musco, E.**, “Perdita di legittimazione del diritto penale?”, en *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, nueva serie, Año XXXVII, 1994,
- **Fiandaca, G., /Musco, E.**, *Diritto Penale. Parte Generale*, Zanichelli Editore, Bologna, 2001
- **Figueruelo, A.**, Texto readaptado de la Conferencia Inaugural del II Curso de Formación Continua sobre “Derecho Hispanoamericano para Traductores de Naciones Unidas”, pronunciada en la Universidad de Salamanca, el 11 de noviembre de 2002, texto mecanografiado.
- **Flavio Gomes, L./Bianchini, A.**, “Derecho penal del enemigo y los enemigos del Derecho penal”, en Cancio Meliá, M., /Gómez Jara-Díez, C., (coords.), *Derecho penal del enemigo, El discurso penal de la exclusión*, Vol. 1, Edisofer, BdeF, Buenos Aires, 2006.
- **Florez Miguel, C.**, *Mundo técnico y humanismo. Acto de apertura del Curso 1994-95*, Universidad de Salamanca, 1994.
- **Foucault, M.** “Tecnologías del yo” en *Tecnologías del yo y otros textos afines*, Paidós, Barcelona, 1991.
- **Foucault, M.**, “Genealogía del racismo”, Alianza, Madrid, 1992.
- **Foucault, M.**, “Hacer vivir y dejar morir: la guerra como racismo”, *Archipiélago*, núm. 7, 1976.
- **Foucault, M.**, “On Governmentality” (1978), *Ideology and Consciousness*, núm. 6 (Autumn 1979).
- **Foucault, M.**, *El orden del discurso*, (trad. González Troyano), Tusquets, Barcelona, 1992.

- **Foucault, M.**, *Historia de la sexualidad. La voluntad de saber*. Vol I., Siglo XXI, Madrid, 1995.
- **Foucault, M.**, *Il faut défendre la société. Cours au Collège de France, 1975-1976*, Gallimard-Seuil, Paris, 1997
- **Foucault, M.**, *La vida de los hombres infames*, (ed. y trad. Varela/Álvarez Uria), Altamira, Buenos Aires, 1996.
- **Foucault, M.**, *Las palabras y las cosas*, Gedisa, Barcelona, 1998.
- **Foucault, M.**, *Saber y verdad. Nuevo orden interior y control social*, Madrid, 1991.
- **Foucault, M.**, *Seguridad, Territorio, Población. Curso en el Collège de France (1977-1978)*, (trad. Pons), Fondo de Cultura Económica, México, 2006
- **Foucault, M.**, *Sobre la Ilustración*, (Estudio Preliminar de De la Higuera), (trad. De la Higuera, Bello, Campillo), Tecnos, Madrid, 2003.
- **Foucault, M.**, *Vigilar y castigar. Nacimiento de la prisión*, (Trad. Garzón del Camino), 12ª ed., Siglo XXI, Madrid, 2000.
- **Foucault, M.**, *La verdad y las formas jurídicas*, (trad. Lynch), 2ª ed, Gedisa, Barcelona, 1991.
- **Fuentes Osorio, J.L.**, “Los medios de comunicación y el Derecho penal”, en Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, nº 7, 2005, disponible en [www.criminet.ugr.es/recpc/07-16.pdf](http://www.criminet.ugr.es/recpc/07-16.pdf)
- **Galcerán, M.**, *Deseo (y) libertad. Una investigación sobre los presupuestos de la acción colectiva*, Traficantes de sueños, Madrid, 2009.
- **Gallego, J.**, *La democracia en tiempos de tragedia. Asamblea ateniense y subjetividad política*, Miño y Dávila, Buenos Aires, 2003.
- **Gallizo, M.**, “Los retos del sistema penitenciario en el siglo XXI”, en El País, 22 de septiembre de 2005.
- **Garces, M.**, “La vida como concepto político: una lectura de Foucault y Deleuze”, en Athenea Digital, 7, 2005, disponible en [www.antalya.uab.es/athenea/num7/garces.pdf](http://www.antalya.uab.es/athenea/num7/garces.pdf)
- **García Álvarez, P.**, /**Del Carpio Delgado, J.**, “Los delitos relativos al régimen de extranjería”, en Rodríguez Benot, A., /Hornero Méndez, C., (coords.), *El nuevo derecho de extranjería*, Comares, Granada, 2001.
- **García Amado, J.**, “Funcionalismo, teoría de sistemas y Derecho penal”, en Doxa, núm. 23, 2000.
- **García Amado, J.A.**, “El obediente, el enemigo, el Derecho penal y Jakobs”, en Cancio Meliá, M., /Gómez Jara-Díez, C., (coord.), *Derecho penal del enemigo, El discurso penal de la exclusión*, Vol. 1, Edisofer, Bdf, Buenos Aires, 2006.
- **García Arán, M.**, / **Jiménez Villarejo, C.**, /**Morón Lerma, E.**, “Los tipos penales acogedores del tráfico de personas”, en García Arán, M., (coord.), *Trata de personas y explotación sexual*, Comares, Granada, 2006.
- **García Arán, M.**, /**Botella Corral, J.**, (dirs.), *Malas noticias. Medios de comunicación, política criminal y garantías penales en España*, Tirant lo blanch, Valencia, 2008.
- **García Arán, M.**, /**Peres-Neto, L.**, “Discursos mediáticos y reformas penales de 2003”, en García Arán, M., /Botella Corral, J., (dirs.), *Malas noticias. Medios de comunicación, política criminal y garantías penales en España*, Tirant lo blanch, Valencia, 2008.
- **García Arán, M.**, *et.al. Comentarios al Código Penal. Parte Especial* en Córdoba

- Roda, J., /García Arán, M., Tomo 1, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2004.
- **García Arán, M.**, "Esclavitud y tráfico de seres humanos", en Octavio de Toledo y Ubieta, E., /Gurdiel Sierra, M., /Cortés Bechiarelli, E., (coords), *Estudios Penales en Recuerdo del Profesor Ruiz Antón*, Tirant lo Blanch, Valencia 2003.
  - **García Blanco, J.**, "De la mundialización y la globalización al sistema de la sociedad mundial", en Ramos Torre, R., /García Selgas, F., (eds.), *Globalización, riesgo y reflexividad. Tres temas de la teoría social contemporánea*. Centro de Investigaciones Sociológicas, Madrid, 1999.
  - **García Blanco, J.M.**, /**Navarro Sustaeta, P.**, (eds), *¿Más allá de la modernidad? Las dimensiones de la información, la comunicación y sus nuevas tecnologías*, Madrid, 2002.
  - **García de Enterría, E.**, *Justicia y Seguridad jurídica en un mundo de leyes desbocadas*, Reimpresión, 2000, Cuadernos Civitas, Madrid, 1999.
  - **García España, E.** /**Rodríguez Candela, J.**, "Delitos contra los Derechos de los ciudadanos extranjeros (art. 318 bis del Código Penal)", en *Actualidad Penal*, núm. 29, 2002.
  - **García España, E.**, /**Pérez Jiménez, F.**, "Evolución de la delincuencia en España y Andalucía: Análisis e interpretación de las estadísticas oficiales", Informe ODA 2004, Fundación El Monte, Instituto Andaluz Interuniversitario de Criminología, Málaga, 2004.
  - **García España, E.**, "Análisis cuantitativo de la delincuencia de inmigrantes", *Boletín Criminológico*, núm. 49, septiembre-octubre 2000
  - **García España, E.**, "Extranjería, delincuencia y legislación penitenciaria", en *Revista de Derecho migratorio y extranjería*, núm. 4, 2003.
  - **García España, E.**, "Extranjeros presos y reinserción: un reto del siglo XXI" en Cerezo Domínguez, A.I., /García España, E., (coords.), *La prisión en España. Una perspectiva criminológica*, Comares, Granada, 2007.
  - **García España, E.**, "Extranjeros y cárceles españolas", en AA.VV., *XII Curso Extraordinario. Cuestiones Actuales de Criminología. Inmigración, integración, convivencia*, Universidad de Salamanca, Salamanca, 2005.
  - **García Inda, A.**, "Ciudadanía y cultura de los Derechos: el "ciudadano consumidor", en Bernuz Beneítez, M.J., Susín Betrán, R., (coord.) *Ciudadanía. Dinámicas de pertenencia y exclusión*", Universidad de la Rioja, Servicio de Publicaciones, Logroño, 2003.
  - **García Pablos de Molina, A.**, *Criminología. Una introducción a sus fundamentos teóricos*, 4ª ed., Tirant lo blanch, Valencia, 2001.
  - **García Pablos de Molina, A.**, *Derecho penal. Introducción*, Universidad Complutense de Madrid, Servicio de Publicaciones, Facultad de Derecho, Madrid, 1995.
  - **García Pablos de Molina, A.**, *Tratado de Criminología*, Tirant lo blanch, Valencia, 1999.
  - **García Pablos, A.**, "Tendencias del actual Derecho penal" en AA.VV., *Modernas tendencias en la ciencia del Derecho penal y la Criminología*, UNED, Madrid, 2001.
  - **García Rivas, N.**, *El poder punitivo en el Estado democrático*, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 1996.
  - **García Ruiz, J.L.**, "La condición de extranjero y el Derecho constitucional español", en Revenga Sánchez, M., (coord.), *Problemas constitucionales de la inmigración: una visión desde Italia y España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.

- **García Sánchez, B.**, “La pretendida protección jurídico penal de los inmigrantes en el artículo 318 bis del Código Penal” en Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, núm. LVIII-3, septiembre 2005.
- **García Vázquez, S.**, “Derecho de extranjería: el mito del estatuto jurídico único”, en Revista Galega de Seguridade Pública, núm. 8, 2006.
- **García-Borés Espí, J.**, “Castigar: la única ocurrencia”, en Rivera Beiras, I., /Silveira, H.C., /Bodelón, E., /Recasens, A., (coords.), *Contornos y pliegues del Derecho. Homenaje a Roberto Bergalli*, Anthropos, Barcelona, 2006
- **Garland, D.**, “Lucha contra el crimen y modernidad tardía en Estados Unidos y Gran Bretaña”, (trad. García Tójar), Revista Archipiélago, núm. 55/2003.
- **Garland, D.**, “Overcoming the crisis in critical criminology: toward a grounded labeling theory”, en Vogel, M.E., *Crime, inequality...*,
- **Garland, D.**, *Castigo y sociedad moderna. Un estudio de teoría social*, edición española, México, Siglo XXI, 1999.
- **Garland, D.**, *La cultura del control: crimen y orden social en la sociedad contemporánea*, (trad. Sozzo), Gedisa, Barcelona, 2005.
- **Garzón Valdés, E.**, *El velo de la ilusión. Apuntes sobre una vida argentina y su realidad política*, Sudamericana, Buenos Aires, 2000.
- **Gascón Abellán, M.F.**, “Nosotros y los otros: el desafío de la inmigración”, en Jueces para la democracia, núm. 40, 2001.
- **Geromini, E.**, *Perspectivas sobre migraciones Laborales, 2*, Programa de Migraciones Internacionales, Oficina Internacional del Trabajo, disponible en [www.ilo.org/public/english/protection/migrant/download/pom/pom2s.pdf](http://www.ilo.org/public/english/protection/migrant/download/pom/pom2s.pdf),
- **Giddens, A.**, /**Bauman, Z.**, /**Lash, Beck, U.**, /**Beriain, J.**, (coords.), *Las consecuencias perversas de la modernidad, Modernidad, contingencia y riesgo*, (trad. Sánchez Capdequi), Anthropos, Barcelona, 1996.
- **Giddens, A.**, *Consecuencias de la modernidad*, (trad. Lizón Ramón), Alianza, Madrid 1993.
- **Giddens, A.**, *Modernidad e identidad del yo*, Barcelona, Península, 1991.
- **Giddens, A.**, *Un mundo desbocado. Los efectos de la globalización en nuestras vidas*, (trad. Cifuentes), Taurus, Madrid, 2000.
- **Gil Calvo, E.**, “Desinstitucionalización”, en Ramos Torre, R., /García Selgas, F., (eds.), *Globalización, riesgo, reflexividad, Tres temas de la teoría social contemporánea*. Centro de Investigaciones Sociológicas, Madrid, 1999.
- **Gil Villa, F.**, *Elogio de la basura. La resistencia de los excluidos*, Ediciones de la Universidad de Salamanca, Salamanca, 2005.
- **Gil Villa, F.**, *La delincuencia y su circunstancia. Sociología del crimen y de la desviación*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.
- **Gilpin, R.**, *The political Economy of International Relations*, Princeton, 1987.
- **Gimbernat Ordeig, E.**, “¿Las exigencias dogmáticas fundamentales ahora vigentes de una parte general son idóneas para satisfacer la actual situación de la criminalidad, de la medición de la pena y el sistema de sanciones? (Responsabilidad por el producto, accesoriadad administrativa del Derecho penal y decisiones colegiada)” en AA.VV., *Modernas tendencias en la Ciencia del Derecho Penal y en la Criminología*, UNED, Madrid, 2001.
- **Giménez Alcover, P.**, *El Derecho en la Teoría de la sociedad de N. Luhmann*, Barcelona, 1993.



- **Global Report Trafficking on persons**, Informe de Naciones Unidas (UNODC), presentado en febrero de 2009, disponible en inglés en [http://www.unodc.org/documents/Global\\_Report\\_on\\_TIP.pdf](http://www.unodc.org/documents/Global_Report_on_TIP.pdf)
- **Gomes, L.F.**, “Norma penal, bien jurídico, principio de ofensividad y lineamientos de la teoría constitucional del delito”, (trad. Guzmán Dalbora), en De Figueiredo, J./Serrano, A., /Politoff, S., /Zaffaroni, E.R., (dirs.), *El penalista Liberal*, Hammurabi, Buenos Aires, 2004.
- **Gómez Benítez, J.M.**, “Sobre la teoría del bien jurídico” en Revista Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, núm. 69, 1983.
- **Gómez Benítez, J.M.**, *Teoría jurídica del delito, Derecho Penal. Parte General*, Civitas, Madrid, 1984.
- **Gómez- Jara Díez, C.**, (ed.) *Teoría de Sistema y Derecho Penal. fundamentos y posibilidades de aplicación*, Comares, Granada, 2005.
- **Gómez Jara -Díez, C.**, “Teoría de sistemas y Derecho Penal: Culpabilidad y pena en una teoría constructivista del Derecho Penal”, en Gómez- Jara Díez, C., (ed.) *Teoría de Sistema y Derecho Penal. fundamentos y posibilidades de aplicación*, Comares, Granada, 2005.
- **Gómez Jara-Díez, C.**, “Normatividad del ciudadano versus facticidad del enemigo: sobre la necesaria autoorientación del la normativización jurídico-penal”, en Cancio Meliá, M., /Gómez Jara-Díez, C., (coords.), *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, Vol. 1., Edisofer, BdF, Buenos Aires, 2006.
- **Gómez Martín, V.**, “Cultura del control, sociedad del riesgo y política criminal”, en Mir Puig, S., /Corcoy Bidasolo, M., (dirs.), Gómez Martín, V., (coord.) *Política criminal y reforma penal*, BdF, Buenos Aires, 2007.
- **Gómez Martín, V.**, “Libertad, seguridad y sociedad del riesgo”, en *La Política Criminal en Europa*, Mir Puig, S., Corcoy Bidasolo, M., (dirs.), Gómez Martín (coord.), Atelier, Barcelona, 2004.
- **Gómez Martín, V.**, *El Derecho penal de autor*, Tirant lo blanch, Valencia, 2007.
- **Gómez Martín, V.**, “Sobre la distinción entre Derecho penal del ciudadano y Derecho penal del enemigo en la concepción de Günther Jakobs”, en Cancio Meliá, M., /Gómez Jara-Díez, C., (coords.), *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, Vol. 1., Edisofer, BdF, Buenos Aires, 2006.
- **Gómez Navajas, J.**, “Inmigración ilegal y delincuencia organizada”, en Zugaldía Espinar, J.M., (dir), Pérez Alonso, E., (coord.), *El Derecho penal ante el fenómeno de la inmigración*, Tirant lo blanch, Valencia, 2007.
- **Gómez Orfanel, G.**, *Excepción y normalidad en el pensamiento de Carl Schmitt*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1986
- **Gómez, L.F.**, “Globalización y Derecho penal”, en Díez Ripollés/Gracia Martín/Higuera Guimerá, (eds.) en *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo. Libro homenaje al Prof. Dr. José Cerezo Mir*, Tecnos, Madrid, 2003.
- **González Agudelo, G.**, *Aproximación al principio de reserva de ley penal (legitimidad y legalidad)*, Tesis doctoral, ejemplar mecanografiado, Jerez de la Frontera, 2000.
- **González Beilfuss, M.**, *El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Aranzadi, Pamplona, 2003.
- **González Cussac, J.L.**, “La contrarreforma penal de 2003: Nueva y vieja política criminal”, en Revista Xurídica Galega, nº 38, 2003.
- **González Cussac, J.L.**, *El Derecho penal frente al terrorismo. Cuestiones y*

*perspectivas*, Universidad Jaume I, Castelló de la Plana, 2005

- **Gonzalez García, M.I., López Cerezo, J.A., Luján López, J.L.**, *Ciencia, tecnología y sociedad*, Tecnos, Madrid, 1996.
- **González Moreno, B.**, *El Estado social. Naturaleza jurídica y estructura de los derechos sociales*, Civitas, Madrid, 2002.
- **González Placencia, L., /Gluyas Millán, R.**, “*Criminalidad y derechos: paradojas en el contexto de la interacción contemporánea entre Estado, individuo y mercado*”, en Rivera Beiras, I., /Silveira, H.C., /Bodelón, E., /Recasens, A., (coords.), *Contornos y pliegues del Derecho. Homenaje a Roberto Bergalli*, Anthropos, Barcelona, 2006.
- **González Vega, J.A.**, “*¿Pero realmente existe una política europea de inmigración? Dificultades y retos para su implementación*”, en Eikasia. Revista de Filosofía, año II, 10, mayo 2007, disponible en <http://www.revistadefilosofia.org>.
- **Gorz, A.**, *Miserias del presente, riqueza de lo posible*, Paidós, Buenos Aires, 1998.
- **Gracia Martín, L.**, “*El trazado histórico, iusfilosófico y teórico-político del Derecho penal del enemigo*” en AA.VV., *Homenaje al Prof. Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Madrid, Thompson-Civitas, 2005.
- **Gracia Martín, L.**, “*Sobre la negación de la condición de persona como paradigma del “Derecho penal del enemigo”*”, en Cancio Meliá, M., /Gómez Jara-Díez, C., (coords.), *Derecho penal del enemigo, El discurso penal de la exclusión*. Vol. 1, Edisofer, BdeF, Buenos Aires, 2006.
- **Gracia Martín, L.**, *Prolegómenos para la lucha contra la modernización y expansión del Derecho penal y para la crítica del discurso de resistencia*, de Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.
- **Granados Pérez, C.**, “*Inmigración ilegal y Derecho penal*”, Publicaciones del Ministerio Fiscal. Cej, Ministerio de Justicia, 2005.
- **Greco, L.**, “*Acerca del llamado Derecho penal del enemigo*”, en Cancio Meliá, M., /Gómez Jara-Díez, C., (coords.), *Derecho penal del enemigo, El discurso penal de la exclusión*. Vol. 1, Edisofer, BdeF, Buenos Aires, 2006.
- **Gross Espiell, H.**, *Estudios sobre derechos humanos*, I.I.I.D.H. Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1985.
- **Grosso García, M.S.**, “*¿Qué es y qué puede ser el “Derecho penal del enemigo? Una aproximación crítica al concepto*”, en Cancio Meliá, M., /Gómez Jara-Díez, C., (coords.), *Derecho penal del enemigo, El discurso penal de la exclusión*. Vol. 2, Edisofer, BdeF, Buenos Aires, 2006.
- **Grupo de Estudios de Política Criminal** “*Propuesta Alternativa al tratamiento jurídico de la discriminación y de la Extranjería*”, Serie Documentos, núm. 4, Málaga, 1998,
- **Guardiola García, J.**, “*Tráfico ilegal o inmigración clandestina de personas: comentario a la reciente reforma del art. 318 bis CP (RCL 1995, 3170 y RCL 1996, 777)*”, Revista de Derecho y Proceso Penal, núm. 13, 2005.
- **Guardiola Lago, M.J.**, “*La traite des êtres humains et l’immigration clandestine en Espagne: réfléchissent-elles les prévisions des Nations Unies et de l’Union Européenne ?*”, XVIII Congrès International de Droit Pénal, Colloque Préparatoire Cleveland USA, 9-12 abril 2008, Section 2, Droit pénal spécial, Le financement du terrorisme, Revue Internationale de Droit Penal, 3º y 4º trimestres, 2008, pág. 405 ss., disponible en [www.cairn.info/revue-internationale-de-droit-penal.htm](http://www.cairn.info/revue-internationale-de-droit-penal.htm)
- **Guariglia, O.**, *Ideología, verdad, legitimación*, Fondo de Cultura Económica de Argentina, Buenos Aires, 1993.

- **Guillén, F. – Vallés, L.**, *“Inmigrante e inseguridad: ¿Un problema de delincuencia o de victimización?”*, en Da Agra, C., /Domínguez, L., /García Amado, J.A., /Hebberecht, P., /Recasens, A., (eds.), *La seguridad en la sociedad del riesgo. Un debate abierto*, Atelier, Barcelona, 2003.
- **Guimaraes, C.**, *“O caso minas gerais: da atrofia do Estado social á maximizaçao do Estado penal”*, en Revista Eletrónica de Ciencias Jurídicas, 2006, disponible en [www.pgj.ma.gov.br/ampem/ampem.1/asp](http://www.pgj.ma.gov.br/ampem/ampem.1/asp)
- **Guimaraes, C.**, *“O impato da globalizaçao sobre o directo penal”*, en Revista Eletrónica de Ciencias Jurídicas, núm. 03, 2006, disponible en [www.pgj.ma.gov.br/ampem/ampem.1.asp](http://www.pgj.ma.gov.br/ampem/ampem.1.asp), , pág. 14.
- **Günther, K.**, *“De la vulneración de un derecho a la infracción de un deber ¿un cambio de paradigma en el derecho penal?”*, (trad. Silva Sánchez), Instituto de Ciencias Criminales de Frankfurt (ed.), (Edición española a cargo del Area de Derecho penal de la Universidad Pompeu Fabra), *La insostenible situación del Derecho penal*, Comares, Granada, 1999.
- **Habermas, J.**, *Ciencia y técnica como ideología*, Tecnos, Madrid, 1986.
- **Habermas, J.**, *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de Teoría del discurso.* (introd.. y trad. Jiménez Redondo) Cuarta Edición, Trotta, Madrid, 1998.
- **Habermas, J.**, *Historia y crítica de la opinión pública*, Gustavo Gili, México, 1986.
- **Habermas, J.**, *La condición posnacional. Ensayos políticos*, (trad. Fabra Abat-Gamper-Sachse), Paidós, Barcelona, 2000.
- **Habermas, J.**, *Problemas de legitimación del capitalismo tardío*, Buenos Aires, 1986.
- **Habermas, J.**, *The philosophical discourse of modernity*, Cambridge, England, 1987.
- **Harcourt, B.E.**, *“Sulla svolta attuariale in criminologia”*, en Conflitti Globali, núm. 5, 2007.
- **Harcourt, B.E.**, *“Desorden público y observancia de la ley. Delincuencia y punición en Estados Unidos”*, (trad. Torres), Revista Archipiélago, núm. 55, 2003
- **Hardt, M., - Negri, T.**, *Imperio*, (trad. Alcira Bixio), Paidós, Barcelona, 2002.
- **Hardt, M., Negri, T.**, *El trabajo de dionisos* (trad. Sánchez Cedillo), Akal, Madrid, 2003.
- **Hardt, M./Negri, A.**, *Multitude. War and democracy in the age of Empire*, The Penguin Press, New York, 2004
- **Harrington, C.**, *“Antiterrorismo, anticonstitucionalismo: el creciente ascenso del autoritarismo en los Estados Unidos”*, (Trad. Bergalli), en Bergalli, R., / Rivera Beiras, I., (coords.), *Política Criminal de la guerra*, Anthropos, Barcelona, 2005.
- **Hassemer, W.**, *“Lineamientos de un teoría personal del bien jurídico”* (trad. Ziffer, P.), en *Doctrina Penal*, año 10, nros. 37-40, Depalma, Buenos Aires, 1987.
- **Hassemer, W., /Muñoz Conde, F.**, *“Responsabilidad por el producto en Derecho Penal”*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995.
- **Hassemer, W., /Muñoz Conde, F.**, *Introducción a la criminología y al Derecho penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1989.
- **Hassemer, W.**, *“Bienes jurídicos en el Derecho penal”*, (trad. Ziffer), en AA.VV., en Baigún, D., (dir.), *Estudios sobre justicia penal. Homenaje al Profesor Julio B.J.* , Editores del Puerto, Buenos Aires, 2005.
- **Hassemer, W.**, *“Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos”*, (trad. Larrauri, E.) en *Pena y Estado*, núm. 1, 1993,

- **Hassemer, W.**, “*Rasgos y crisis del Derecho penal moderno*”, en Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, 1992.
- **Hassemer, W.**, *Persona, mundo y responsabilidad. Bases para una teoría de la imputación en Derecho penal*, (Trad. Muñoz Conde- Díaz Pita), Tirant lo Blanch, Valencia, 1999,
- **Hassemer, W./Larrauri, E.**, *Justificación material y justificación procedimental en el Derecho penal*, Tecnos, Madrid, 1997.
- **Hassemer, W.**, “*¿Puede haber delitos que no afectan a un bien jurídico penal?*”, (trad. Spínola Tártalo), en Hefendehl, R. (ed), *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, Presentación de Enrique Gimbernat, Marcial Pons, Madrid, 2007.
- **Hebberecht, P.**, “*Sociedad de riesgos y política de seguridad*” en Da Agra, C., /Domínguez, L., /García Amado, J.A., /Hebberecht, P., /Recasens, A., (eds.), *La seguridad en la sociedad del riesgo. Un debate abierto*, Atelier, Barcelona, 2003.
- **Hefendehl, R.**, (ed), *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, Presentación de Enrique Gimbernat, Marcial Pons, Madrid, 2007.
- **Hefendhl, R.**, “*De largo aliento: el concepto de bien jurídico. O qué ha sucedido desde la aparición del volumen colectivo sobre la teoría del bien jurídico*”, (trad. Medina Schulz), en Hefendhl, R., *La teoría del bien jurídico...*, op.cit., págs. 463 ss.
- **Hefendhl, R.**, “*De largo aliento: el concepto de bien jurídico. O qué ha sucedido desde la aparición del volumen colectivo sobre la teoría del bien jurídico*”, (trad. Medina Schulz), en Hefendehl, R. (ed), *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, Presentación de Enrique Gimbernat, Marcial Pons, Madrid, 2007.
- **Hener, A.**, /**Niszt Acosta, F.**, *La gestión preventiva del delito en el contexto de las nuevas racionalidades políticas neoliberales*”, 2006, disponible en [www.iigg.fsoc.uba.ar/pobmirgra/archivos/bec.pdf](http://www.iigg.fsoc.uba.ar/pobmirgra/archivos/bec.pdf)
- **Heredía Puente, M.**, /**Fábrega Ruiz, C.**, *Medidas cauterlares en el derecho de extranjería. Internamientos, expulsiones y otros aspectos del derecho de extranjería español*, Colex, Madrid, 1997.
- **Herrera Flores, J.**, *Los Derechos humanos como productos culturales*”, Catarata, Madrid, 2005
- **Herzog, F.**, “*Sociedad del riesgo, derecho penal del riesgo, regulación del riesgo, perspectivas más allá del Derecho Penal*, (trad. Demetrio Crespo) en *Crítica y justificación del Derecho penal en el cambio de siglo. El análisis crítico de la escuela de Frankfurt*, Arroyo Zapatero, L, Neumann, U., Nieto Martín, A., (coords.), Ediciones de la Universidad de Castilla La Mancha, Cuenca, 2003.
- **Herzog, F.**, “*Límites al control penal de los riesgos sociales*”, en Anuario de Derecho penal y Ciencias Penales, 1993.
- **Hobbes, T.**, *Del ciudadano*, (trad. del latín y nota preliminar por Andrée Catrysse, Introducción de Norberto Bobbio), Instituto de Estudios Políticos, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1966.
- **Hobbes, T.**, *Del ciudadano*, (traducción del latín y nota preliminar por Andrée Catrysse, introducción de Norberto Bobbio), Instituto de Estudios Políticos, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1966.
- **Hobbes, T.**, *Leviatán*, (Edición preparada por Moya, C., y Escohotado, A.),

Madrid, 1983.

- **Höffe, O.**, *Globalizzazione e diritto penale*, Edizioni di Comunità, Torino, 2001.
- **Holgado Fernández, I.**, “*Las nuevas retóricas de la inmigración femenina: prostitución en las calles de Barcelona*”, en *Scripta Nova. Revista electrónica de Geografía y Ciencias Sociales*, núm. 94, 2005, disponible en [www.ub.es/geocrit/sn-94-100.htm](http://www.ub.es/geocrit/sn-94-100.htm)
- **Homazábal Malareé, H.**, *Bien jurídico y Estado social y democrático de Derecho. El objeto protegido por la norma penal*, Editorial Jurídica Conosur, 2ª Ed., Santiago de Chile, 1992.
- **Hormazábal Malarée, H.**, “*Consecuencias político criminales y dogmáticas del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos*”, en *Serta. In memoriam de Alexandri Baratta*, Pérez Álvarez, F., (ed.), Ediciones de la Universidad de Salamanca, Salamanca, 2004.
- **Hormazábal Malarée, H.**, “*Imputación objetiva y principio de lesividad*”, en Cerezo Mir, J., et.al. (eds.), *El nuevo Código Penal: presupuestos y Fundamentos. Libro Homenaje al Prof. Dr. Don Angel Torío López*, Comares, Granada, 1999.
- **Hormazábal Malarée, H.**, *Bien jurídico y Estado Social y Democrático de Derecho (el objeto protegido por la norma penal)*, PPU, Barcelona, 1991.
- **Hungtinton, S.**, *¿Choque de civilizaciones?*, (trad. García Trevijano), Tecnos, Madrid, 2006.
- Informe Criminológico de la Unidad Técnica de Policía Judicial de la Guardia Civil de 2005 “*Trata de seres humanos con fines de explotación sexual*”, disponible en <http://www.lourdesmunozsantamaria.cat/IMG/pdf/InformeTSH2005GC-1.pdf> .
- **Instituto de Ciencias Criminales de Frankfurt** (ed.), (Edición española a cargo del Area de Derecho penal de la Universidad Pompeu Fabra), *La insostenible situación del Derecho penal*, Comares, Granada, 1999.
- **Izquierdo Escribano, A.**, “*El GRECO suspende un parcial (balance de la inmigración en España 2000-20003)*”, en AA.VV., *XII Curso Extraordinario. Cuestiones Actuales de Criminología. Inmigración, integración, convivencia*, Universidad de Salamanca, Salamanca, 2005.
- **Izquierdo Sans, C.**, /**Torrecuadrada García Lozano, S.**, “*La regulación internacional de los flujos migratorios*”, en Pomed Sánchez, /Velazco Caballero (eds.), *Ciudadanía e inmigración*, Monografías de la Revista Aragonesa de Administración Pública VI, Diputación General de Aragón, Zaragoza, 2003.
- **Jacobs, J.B.**, /**Friel, C.**, /**Radick.**, *Gotham Unbound: How New York City was liberated from the grip of organized crime*, New York University Press, New York, 1999.
- **Jakobs, G.** “*Culpabilidad y prevención*”, (trad. Peñaranda Ramos), en Jakobs, G., *Estudios de Derecho Penal*, op.cit., pág. 73
- **Jakobs, G.**, “*El sistema de imputación jurídica*”, en *Problemas capitales del Derecho penal moderno. Libro homenaje a Hans Welzel*.( Prólogo y presentación y traducción de M. Sancinetti), Hammurabi, Buenos Aires, 1998.
- **Jakobs, G.**, “*La imputación jurídico-penal y las condiciones de vigencia de la norma*”, en Gomez- Jara Díez, C. (ed.) *Teoría de Sistema y Derecho Penal. fundamentos y posibilidades de aplicación*, Comares, Granada, 2005. Falta pena estatal sentido y finalidad
- **Jakobs, G.**, *El Derecho penal como disciplina científica*, (trad. Van Weezel), Civitas,

Madrid, 2008

• **Jakobs, G.**, *El Derecho penal como disciplina científica*, (Trad. Van Weezel), Civitas, Madrid, 2008.

• **Jakobs, G.**, /**Cancio Meliá, M.**, *Derecho penal del enemigo*, 2ª ed., Civitas, Madrid, 2006.

• **Jakobs, G.**, “¿Derecho penal del enemigo?. Un estudio acerca de los presupuestos de la juridicidad”, (trad. Cancio Meliá), en Cancio Meliá, M., /Gómez Jara-Díez, C., *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, Vol. 2, Edisofer, BdF, Buenos Aires, 2006.

• **Jakobs, G.**, “Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico”, en Jakobs, G., *Estudios Penales*, (trad. Peñaranda Ramos), Civitas, Madrid, 1997.

• **Jakobs, G.**, “La Autocomprensión de la ciencia del Derecho penal ante los desafíos del presente”, (trad. Manso Porto), en Eser, A., /Hassemer, W., /Burkhardt, (Coords. Version Alemana) *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo milenio*, Muñoz Conde (Coord. Version Española), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2004.

• **Jakobs, G.**, “La imputación jurídico-penal y las condiciones de vigencia de la norma”, en Gómez- Jara Díez, C., (ed.) *Teoría de Sistema y Derecho Penal. fundamentos y posibilidades de aplicación*, Comares, Granada, 2005,

• **Jakobs, G.**, “La normativización del Derecho penal en el ejemplo de la participación”, (trad. Cancio Meliá), en AA.VV., *Modernas tendencias de la ciencia del Derecho penal y de la Criminología*, UNED, Madrid, 2000.

• **Jakobs, G.**, “Terroristas como personas en Derecho?”, en Cancio Meliá, M.,/Gómez Jara-Díez, C., (coords.), *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, Vol.2, Edisofer, BdF, Buenos Aires, 2006.

• **Jakobs, G.**, *Derecho penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*, (trad. Cuello Contreras y Serrano González de Murillo), Marcial Pons, Madrid, 1997.

• **Jakobs, G.**, *Dogmática de Derecho penal y la configuración normativa de la sociedad*, (trad. Cancio Meliá/Feijóo Sánchez), Civitas, Madrid, 2004,

• **Jakobs, G.**, *Fundamentos de Derecho penal*, (trad. Cancio Meliá/Peñaranda Ramos), Ad-hoc, Buenos Aires, 1996,

• **Jakobs, G.**, *Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal*, (trad. Cancio Melia/Feijoo Sánchez), Civitas, Madrid, 2003.

• **Jakobs, G.**, *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional*, (Trad. Cancio Meliá y Feijoo Sánchez), Civitas, Madrid, 1996.

• **Jameson, F.**, *A singular modernity*, Verso Books, London, 2002,

• **Jameson, F.**, *Teoría de la Postmodernidad* ,(Trad., de Celia Montolio Nicholson y Ramón del Castillo), Trotta, Madrid,1996.

• **Jameson, F.**, *Teoría de la Postmodernidad*, (trad.Montolio Nicholson/Ramón del Castillo), Trotta, Madrid,1996

• **Jeffery, R.**, /**Zahm, D.**, “Crime prevention though enviroment design, opportunity theory and rational choice models”, en Clarke, R.V., /Felson, M.,(eds.) *Routine activity and rational choice*, Advances in Criminological Theory, Vol. 5., Transation Books, New Brunswick:NJ, 1993.

• **Jonas, H.**, *El principio de responsabilidad. Ensayo de una ética para la civilización tecnológica*, Barcelona, Ed. Herder, 1995.

• **Juliano, D.**, *Excluidas y marginadas: una aproximación antropológica*, Cátedra,

Madrid, 2004

- **Juliano, D.**, *Excluidas y marginadas: una aproximación antropológica*, Cátedra, Madrid, 2004.
- **Juliano, D.**, *La prostitución: el espejo oscuro*, Icaria, Barcelona, 2002,
- **Kalho, M.**, “Sobre la relación entre el concepto de bien jurídico y la imputación objetiva en Derecho penal”, (trad. Alcácer Guirao) en Hefendehl, R. (ed), *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, Presentación de Enrique Gimbernat, Marcial Pons, Madrid, 2007.
- **Kaminsky, G.**, “Inseguridad dentro del terror”, en *Revista Argumentos*, núm. 1(2) mayo 2003 disponibles en [www.argumentos.fsoc.uba.ar/n02/articulos/inseguridad](http://www.argumentos.fsoc.uba.ar/n02/articulos/inseguridad)
- **Kant, I.**, “*Replanteamiento de la cuestión sobre si el género humano se halla en continuo progreso hacia lo mejor*” en *El conflicto de las facultades*, (Trad. Roldán, Rodríguez Aramayo), Tecnos, Madrid, 1987.
- **Kant, I.**, *La metafísica de las costumbres*, (estudio preliminar de Cortina, trad. y notas, Cortina, A./Conill Sancho, J.) Tecnos, Madrid, 1994.
- **Karatani, K.**, *Transcritique. On Kant and Marx*, Cambridge, MIT Press, 2003.
- **Karlg, W.**, “*¿Sociedad sin sujetos o sujetos sin sociedad?*”, (trad. Feijóo Sánchez) en Gómez Jara-Díez, C., (ed.) *Teoría de sistemas y Derecho penal. Fundamentos y posibilidades de aplicación*, Comares, Granada, 2005.
- **Karlg, W.**, “*Protección de bienes jurídicos mediante protección del Derechos. Sobre la función delimitadora entre bienes jurídicos, daño y pena*” en *La insostenible situación del Derecho Penal*, Instituto de Ciencias Criminales de Frankfurt (ed.), (Edición española a cargo del Área de Derecho penal de la Universidad Pompeu Fabra), Comares, Granada, 1999.
- **Kindhäuser, U.**, “*Retribución de la culpabilidad y prevención en el Estado democrático de Derecho*”, (trad. Muñoz Pastor), en Cancio Meliá, M., /Gómez Jara-Díez, C., *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, Vol. 2, Edisofer, BdF, Buenos Aires, 2006.
- **Klein, N.**, *The Shock Doctrine. The rise of disaster capitalism*, Metropolitan Books, New York, 2007
- **Kuhlen, L.**, “*Cuestiones fundamentales de la responsabilidad penal por el producto*” ( Traducción de C.Bolea, revisado por Mir,) en Mir Puig, S., Luzón Peña, (coords.) *Responsabilidad Penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto*, Bosch, Barcelona, 1996.
- **Lagodny, O.**, “*El Derecho penal sustantivo como piedra de toque de la dogmática constitucional*”, (trad. Ortiz de Urbina Gimeno), en Hefendehl, R., *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmáticos?*, Marcial Pons, Madrid, 2007.
- **Lamo Rubio, J.**, *El código penal de 1995 y su ejecución. Aspectos prácticos de la ejecución penal*. Bosch, Barcelona, 1997
- **Larrauri Pijoan, E.**, “*Introducción al debate de la privatización del sistema penal: la policía privada*”, en *Estudios Penales y Criminológicos*, XIV, 1991.
- **Larrauri Pijoan, E.**, “*Populismo punitivo y penas alternativas a la prisión*”, en Bacigalupo, S./Cancio Meliá, M., (coords.), *Derecho penal y política transnacional*, Atelier, Barcelona, 2005.

- **Lascano, C.J.**, *“La “demonización” del enemigo y la crítica al Derecho penal del enemigo basada en su caracterización como Derecho penal de autor”*, en Cancio Meliá, M., /Gómez Jara-Díez, C., (coords.), *Derecho penal del enemigo...*, Vol. 2, Edisofer, BdF, Buenos Aires, 2006.
- **Lascano, J.A.**, *“La insostenible modernización del Derecho penal basada en la tolerancia cero desde la perspectiva de los países emergentes”*, disponible en [www.defensesociale.org/revista2003/10.pdf](http://www.defensesociale.org/revista2003/10.pdf)
- **Laurenzo Copello, P.**, *“El modelo de protección de los inmigrantes: de víctimas a excluidos”*, en Cancio Meliá, M., /Pozuelo Pérez, L., /Rodríguez Mourullo, G., (dirs.), *Política criminal en vanguardia. Inmigración clandestina, terrorismo y criminalidad organizada*, Civitas, Madrid, 2008.
- **Laurenzo Copello, P.**, *“La protección penal de los ciudadanos extranjeros”*, en Revista de Derecho penal y Criminología, 2ª época, núm. 12, 2003.
- **Laurenzo Copello, P.**, *“Recensión a la Expansión del Derecho penal de Silva Sánchez”*, en Revista de Derecho y Política Criminal, núm. 12, 2003.
- **Laurenzo Copello, P.**, *“Recensión a la Expansión del Derecho penal de Silva Sánchez”*, en Revista de Derecho y Política Criminal, núm. 12, 2003,
- **Laurenzo Copello, P.**, *“Últimas reformas en el Derecho penal de extranjería: un nuevo paso en la política de exclusión”*, en Jueces para la Democracia, núm. 50, 2004.
- **Laurenzo Copello, P.**, *“La protección penal de los derechos de los ciudadanos extranjeros”*, en Revista de Derecho Penal y Criminología, UNED 2da. Epoca , N° 12, 2003.
- **Lazaratto, M.**, *Por una política menor. Acontecimiento y política en las sociedades de control*, (Trad. Rodríguez), Traficantes de sueños, Madrid, 2006.
- **Levinás, E.**, *Totalidad e infinito*, (Trad. Guillot, E.), Sígueme, Salamanca, 1977.
- **Lewcowicz, I.**, *Pensar sin Estado. La subjetividad en la era de la fluidez*, Paidós, Buenos Aires, 2003.
- **Linderen Alves, J.A.**, *“O contrario dos direitos humanos (explicitando Zizek)”*, en Revista Lua nova, núm. 55-56, 2002.
- **Lippens, R.**, *“¿Alternativas a qué tipo de sufrimiento? Hacia una criminología que cruce fronteras”*, (trad. Chávez-Sozzo), en Sozzo, M., (coord.), *Reconstruyendo las criminologías críticas*, Ad-hoc, Buenos Aires, 2006.
- **López Barja de Quiroga, J.**, *“El papel del Derecho penal en la segunda modernidad”*, en Díaz-Marotto Villarejo, J., (ed.), *Derecho y justicia penal en el siglo XXI. Liber Amicorum en Homenaje al Profesor Antonio González-Cuéllar García*, Colex, Madrid, 2006.
- **López Candela, I.**, *“El servicio público, de nuevo en crisis (unas breves consideraciones sobre la reciente legislación liberalizadora y el horizonte jurídico que plantea)”* Actualidad Jurídica Aranzadi, núm. 459, 2 de noviembre de 2000.
- **López Cerezo J.A., Luján, J.L.**, *Ciencia y política del riesgo*, Madrid, Alianza, 2000.
- **López Cervilla, J.M.**, *“El extranjero como víctima del delito. Análisis de los tipos penales (Artículos 318 bis, 313.1 y 312.2.2º del Código Penal)”*, Centro de Estudios Jurídicos, Ministerio de Justicia, 2004, disponible en [www.cej.justicia.es](http://www.cej.justicia.es)
- **López Muñoz, M.J.**, *“La incidencia de la jurisdicción en el procedimiento de expulsión de extranjeros que hayan cometido delitos en España”*, en Actualidad Penal, 2003-2.
- **López-Muñiz Goñi, M.**, *La nueva ley de extranjería. Guía práctica y jurisprudencia*, 4ª. ed., Colex, Madrid, 2006, págs. 663 ss



- **Losano, M.G./Muñoz Conde, F.**, *El Derecho ante la globalización y el terrorismo*, Tirant lo blanch, Valencia, 2004.
- **Lucas, V., Lucas, M.**, *Manual de Derecho Político*, Vol. I, Madrid, 1987.
- **Luderssen, K.**, “*El derecho penal entre el funcionalismo y el pensamiento vinculado a los principios “europeos tradicionales”*”, en Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal, año V, núm.9/A.
- **Luhmann, N.**, “*El concepto de riesgo*”, (Trad. Sánchez Capdequi), en Giddens, Bauman, Lash, Beck, Beriaín, J., (coord.), *Las consecuencias perversas de la modernidad. Modernidad, contingencia y riesgo*, Anthropos, Barcelona, 1996.
- **Luhmann, N.**, “*El Derecho como sistema social*”, (trad. Gómez- Jara Díez), en Gómez- Jara Díez, C., (ed.), *Teoría de sistemas y Derecho penal. Fundamentos y posibilidades de aplicación*, Comares, Granada, 2005.
- **Luhmann, N.**, “*Familiarity, Confidence, Trust: Problems and alternatives*”, en Gambetta, D. (coord.), *Trust: Making and Breaking Cooperative Relations*, Blackwell, Oxford, , 1988.
- **Luhmann, N.**, “*La modernidad contingente*”, en Giddens, A., /Bauman, Z., /Lash, Beck, U., /Beriaín, J., (coords.), *Las consecuencias perversas de la modernidad, Modernidad, contingencia y riesgo*, (Trad. Sánchez Capdequi), Anthropos, Barcelona, 1996.
- **Luhmann, N.**, *Sociedad y sistema: la ambición de la teoría*, (Introducción, I. Izuquiza; Trad. López Petit/Schmitz), Paidós, Barcelona, 1990.
- **Luhmann, N.**, *Sociedad y sistema: la ambición de la teoría*, (Trad. I. Izuquiza), Barcelona, 1990.
- **Luzón Peña, D.M.**, “*La relación del merecimiento de pena y de necesidad de pena con la estructura del delito*”, en Silva Sánchez, J.M., (ed.), *Homenaje a Claus Roxin*, J.M. Bosch, Barcelona, 1996.
- **Luzón Peña, D.M.**, *Curso de Derecho penal. Parte General, I*, 1ª ed., 4ª reimp., Universitas, Madrid, 1996 (reimp. 2006).
- **Lyon, D.**, *El ojo electrónico. El auge de la sociedad de vigilancia*, (Traducción de Alborés), Alianza, Madrid, 1995.
- **Lytard, J.F.**, *The postmodern Condition*, Minneapolis, University of Minnesota Press, 1985.
- **Mac Cormick, N.**, “*Coacción y Derecho*”, en MacCormick, N., *Derecho legal y socialdemocracia. Ensayos sobre política y jurídica*, Tecnos, Madrid, 1990.
- **Maestro, A.**, “*En el corazón de las tinieblas. Nigeria: lucha de clases*”, Ponencia presentada en las II Jornadas Internacionales Civilización o Barbarie, Serpa, Portugal, 5-7 de octubre de 2007, disponible en <http://lahaine.org>
- **Maira, A.**, “*¡Viva la libertad!. ¡Tolerancia Cero!*”, en Revista El viejo topo, núm. 144, octubre 2000.
- **Malgesini, G.**, *Cruzando fronteras. Migraciones en el sistema mundial*, Icaria, Barcelona, 1998.
- **Manna, A.**, “*Erosión de las garantías individuales en nombre de la eficacia de la acción de lucha contra el terrorismo: la privacy*”, en Cancio Meliá, M., /Gómez-Jara Díez, C., (coords), *Derecho penal del enemigo*, Vol.2, Edisofer, BdF, Buenos Aires, 2006.
- **Mantovani, L.P.**, “*Pensamientos sobre política criminal*”, (trad. Guzmán Dalbora), en De Figueiredo, J., /Serrano, A., Politoff, S., /Zaffaroni, E.R., en *El penalista liberal*, Hammurabi, Buenos Aires, 2004.

- **Mapelli Caffarena, B.**, *Las consecuencias jurídicas del delito*, 4ª ed., Aranzadi, Pamplona, 2005.
- **Maqueda Abreu, M.L.**, “¿Cuál es el bien jurídico protegido en el nuevo artículo 318 bis.2? Las sinrazones de una reforma”, en *Revista de Derecho y Proceso Penal*, núm. 11, 2004.
- **Maqueda Abreu, M.L.**, “¿Es la estrategia penal una solución a la violencia contra las mujeres? Algunas respuestas desde un feminismo crítico”, *Indret*, núm. 4, Barcelona, 2007, págs. 10, 15, disponible en [www.indret.com](http://www.indret.com)
- **Maqueda Abreu, M.L.**, “El tráfico de personas con fines de explotación sexual”, en *Jueces para la Democracia*, núm. 38, 2000.
- **Maqueda Abreu, M.L.**, “Hacia una nueva interpretación de los delitos relacionados con la explotación sexual”, en *Zugaldía Espinar, J.M.*, (dir), *Pérez Alonso, E.*, (coord.), *El Derecho penal ante el fenómeno de la inmigración*, Tirant lo blanch, Valencia, 2007.
- **Maqueda Abreu, M.L.**, “La trata sexual de mujeres extranjeras: una aproximación jurisprudencial”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, núm. 5, 2002.
- **Maqueda Abreu, M.L.**, “Políticas de seguridad y Estado de Derecho”, en *Serta. In memoriam Alexandri Baratta*, *Pérez Álvarez, F.*, (ed)., Ediciones de la Universidad de Salamanca, Salamanca, 2004.
- **Maqueda Abreu, M.L.**, *El tráfico sexual de personas*, Tirant lo blanch, Valencia, 2001.
- **Maqueda Abreu, M.L.**, “¿Es constitucional la expulsión penal del extranjero?”, en *Roca Roca, L.*, /*Zugaldía Espinar, M.*, (coords.), *Los Derechos humanos. Libro Homenaje al Exmo. Sr. D. Luis Portero García*, Universidad de Granada, 2001.
- **Marambio Avaria, A.**, “Notas para una construcción filosófico-política del pensamiento de Alessandro Baratta”, en *Serta. In memoriam Alexandri Baratta*, *Pérez Álvarez, F.*, (ed)., Ediciones de la Universidad de Salamanca, Salamanca, 2004.
- **Maraver Gómez, M.**, “Tráfico ilegal de personas e inmigración clandestina (art. 318 bis CP)”, en *Díaz-Maroto y Villarejo, J.*, (ed.), *Derecho y justicia penal en el siglo XXI. Liber Amicorum en Homenaje al Profesor Antonio González-Cuéllar García*, Colex, Madrid, 2006.
- **Maresca, M.**, “Antes de Leviatán. Las formas políticas y la vida social en la crisis del imperio de la ley”, en *Portilla Contreras, G.*, (coord.), *Mutaciones de Leviatán. Legitimación de los nuevos modelos penales*, Akal, Madrid, 2005,
- **Marinis Cúneo, P.**, “Gobierno, gubernamentalidad, Fouclult y los anglofoucaultianos”, en *Ramos Torre, R.*, /*García Selgas, F.*, (eds.), *Globalización, riesgo, reflexividad. Tres temas de la teoría social contemporánea*. Centro de Investigaciones Sociológicas, Madrid, 1999.
- **Martín Pérez de Nanclares, J.**, “El reto de la inmigración. Sobre la conveniencia de unapolítica común europea al estilo de la prevista en la Constitución Europea”, *RGDE-Iustel*, núm. 11, octubre 2006.
- **Martín Pérez de Nanclares, J.**, “La inmigración y el asilo en la Unión Europea: Presente y futuro”, en *Remiro Brotóns, A.*, /*Martínez Capdevila, C.*, (eds.), *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, (monográfico sobre “Movimientos migratorios y Derecho”), vol. 7, 2003.
- **Martínez Escamilla, M.**, “¿Puede usarse el Derecho penal en la lucha contra la

*inmigración irregular?*, en Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, RECPC 10-06 (2008), disponible en <http://criminet.ugr.es/recpc>.

- **Martínez Escamilla, M.**, *La inmigración como delito. Un análisis político-criminal, dogmático y constitucional del tipo básico del art. 318 bis CP*, Atelier, Barcelona, 2007.
- **Martínez Prado, V.**, *Detención e internamiento de extranjeros*, Aranzadi, Navarra, 2006
- **Martínez- Pujalte, A. L.**, *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997.
- **Martínez-Buján Pérez, C.**, “*Algunas reflexiones sobre la moderna teoría del Big Crunch en la selección de bienes jurídico-penales (especial referencia al ámbito económico)*”, en Portilla Contreras, G., (coord.), *Mutaciones de Leviatán. Legitimación de los nuevos modelos penales*, Akal, Madrid, 2005.
- **Martínez-Buján Pérez, C.**, “*Reflexiones sobre la expansión del Derecho penal en Europa con especial referencia al ámbito económico: La teoría del “Big Crunch” y la selección de bienes jurídico-penales*” en Mir Puig, S., - Corcoy Bidasolo, M., (dirs.), Gómez Martín, V., (coord.), *La política criminal en Europa*, Atelier, Barcelona, 2004.
- **Mata y Martín, R.M.**, “*Bienes jurídicos intermedios y delitos de peligro (Aproximación a los presupuestos de la técnica de peligro para los delitos que protegen bienes jurídicos intermedios- tutela penal del medio ambiente, delitos económicos y seguridad del tráfico)*”, Comares, Granada, 1997.
- **Mayordomo Rodrigo, V.**, *El delito de tráfico ilegal e inmigración clandestina de personas. A la luz de los textos internacionales*, Iustel, Madrid, 2008.
- **Mazzacuva, N.**, “*El futuro del Derecho penal*”,(Trad. Rodríguez Arias, M.) en Arroyo Zapatero, L., Neumann, U., Nieto Martín, A., (coords.)*Crítica y justificación del Derecho penal en el cambio de siglo, El análisis crítico de la Escuela de Frankfurt*, , Ediciones de la Universidad de Castilla La Mancha, Cuenca, 2003.
- **Medina Ariza, J.**, “*Discursos políticos sobre seguridad ciudadana en la historia reciente de España*”, en Pérez Álvarez, F., (ed.) *Serta. In memoriam Alexandri Baratta*, Ed. Universidad de Salamanca, Salamanca, 2004.
- **Meinecke, F.**, *La idea de la razón de Estado en la Edad Moderna*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1983.
- **Mellón, J.A.** “*Inmigración y xenofobia política: la teoría política de la nueva derecha europea (ND)*”, en Rivera Beiras, I., /Silveira, H.C., /Bodelón, E., /Recasens, A., (coords.), *Contornos y pliegues del Derecho. Homenaje a Roberto Bergalli*, Anthropos, Barcelona, 2006.
- **Melón Muñoz, A.**, “*La expulsión del territorio nacional en el ámbito de la extranjería*”, en *Extranjería*, Consejo General del Poder Judicial, Manuales de Formación Continuada, núm. 39, Madrid, 2007.
- **Melossi, D.**, /**Pavarini, M.**, *Cárcel y fábrica: los orígenes del sistema penitenciario (Siglos XVI-XIX)*, (trad., Massimi), Siglo XXI, México, 1980.
- **Melossi, D.**, “*Inmigración e inseguridad: una introducción*”, en *Panóptico*, núm. 3, 2002
- **Melossi, D.**, “*Teoría social y cambios en las representaciones del delito*”, (trad. Tonkonoff), en Sozzo, M., (coord.), *Reconstruyendo las criminologías críticas*, Ah-Hoc, Buenos Aires, 2006.
- **Méndez Baiges, V.**, “*Sobre Derechos humanos y democracia*”, en AAVV, *El límite de los Derechos*, EUB, Barcelona, 1996.

- **Mendez Rodríguez, C.**, *“Los delitos de peligro y sus técnicas de tipificación”*, Servicio de Publicaciones de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1993.
- **Mendoza Buergo, B.**, *“Gestión del riesgo y política criminal de seguridad en la sociedad del riesgo”* en Da Agra, C., /Domínguez, L., /García Amado, J.A., /Hebberecht, P./ Recasens, A., (eds.) *La seguridad en la sociedad del riesgo. Un debate abierto.*, Atelier, Barcelona, 2003.
- **Mendoza Buergo, B.**, *“El Derecho penal ante la globalización: El papel del principio de precaución”*, en Bacigalupo, S., Cancio Meliá, M., (coords.), *Derecho penal y política transnacional*, Atelier, Barcelona, 2005.
- **Mendoza Buergo, B.**, *“Gestión del riesgo y política criminal de la seguridad en la sociedad riesgo”*, en Díaz Maroto y Villarejo, J., (ed.), *Derecho y justicia penal en el siglo XXI. Liber Amicorum en Homenaje al Profesor Antonio González Cuelllar García*, Colex, 2006.
- **Mendoza Buergo, B.**, *El Derecho penal en la sociedad del riesgo*, Madrid, Civitas, 2001.
- **Mendoza Buergo, B.**, *Límites dogmáticos y político criminales de los delitos de peligro abstracto*, Comares, Granada, 2001.
- **Mercado, P.**, *“El proceso de globalización, el Estado y el Derecho”*, en Portilla Contreras, G., (coord.), *Mutaciones de Leviatán. Legitimación de los nuevos modelos penales.*, Akal, Madrid, 2005.
- **Messuti, A.**, (coord.), *Perspectivas Criminológicas en el umbral del Tercer milenio*, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 1998.
- **Mezzadra, S.**, /**Neilson, B.**, *“Border as method, or the Multiplication of labor*, 2008, disponible en <http://eipcp.net/transversal/0608/mezzadraneilson/en>
- **Mezzadra, S.**, *Derecho de fuga. Migraciones, ciudadanía y globalización*, (trad. Santucho), Traficantes de sueños, Madrid, 2005.
- **Michelet, J.**, *La bruja. Un estudio de las supersticiones en la Edad Media*, (Trad. Lajo/Frígola), 2 ed., Akal, Madrid, 2004.
- **Militello, V.**, *“Dogmática penal y política criminal en perspectiva europea”*, (traduc. Rodríguez Arias, M. A.) en Arroyo Zapatero, L., Neumann, U., Nieto Martín, A., (coords.), *Crítica y justificación del Derecho penal en el cambio de siglo El análisis crítico de la Escuela de Frankfurt*, Ediciones de la Universidad de Castilla La Mancha, Cuenca, 2003.
- **Ministerio de Asuntos Exteriores y Cooperación** (2007): *Plan África 2006-2008*, 2ª ed., Madrid, disponible en [www.mae.es](http://www.mae.es).
- **Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales**, *Segundo Plan de Acción contra la explotación sexual de la infancia y la adolescencia (2006-2009)*, del disponible en [http://www.mepsyd.es/observatoriodeinfancia/documentos/IIPlan\\_contra\\_ESI.pdf](http://www.mepsyd.es/observatoriodeinfancia/documentos/IIPlan_contra_ESI.pdf).
- **Mir Puig, S.**, /**Alcácer Guirao, R.**, *“Cambio de orientación en la política criminal española: últimas reformas del Código Penal”*, en Mir Puig, S., /Corcoy Bidasolo, M., (dirs.), Gómez Martín, V., (coord.) *Política criminal y reforma penal*, BdF, Buenos Aires, 2007.
- **Mir Puig, S.**, *“Bien jurídico y bien jurídico penal como límites del ius puniendi”* en *Estudios penales y criminológicos*, XIV, 1989-90.
- **Mir Puig, S.**, *“Bien jurídico y bien jurídico-penal como límites del ius puniendi”*, en

*Estudios penales y criminológicos*, XIV, Santiago de Compostela, 1991.

- **Mir Puig, S.**, “Constitución, Derecho penal y globalización” en Mir Puig, S., /Corcoy Bidasolo, M., (dirs.), Gómez Martín, V., (coord.) *Política criminal y reforma penal*, BdeF, Buenos Aires, 2007.
- **Mir Puig, S.**, “Función fundamentadora y función limitadora de la prevención general positiva” en Mir Puig, S., *El Derecho penal en el Estado social y democrático de Derecho*, Ariel, Barcelona, 1994.
- **Mir Puig, S.**, “Función y límites de la intervención estatal”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, núm. 12, 1987.
- **Mir Puig, S.**, “Laudatio a Claus Roxin”, en *Política Criminal y nuevo Derecho penal. Libro homenaje a Claus Roxin*, Silva Sánchez, J.M., (ed.), Barcelona, 1997.
- **Mir Puig, S.**, Corcoy Bidasolo, M., (dirs.), Gómez Martín, V., (coord.), *Política criminal en Europa*, Ed. Atelier, Barcelona, 2004.
- **Mir Puig, S.**, *Derecho penal, Parte General*, 6º ed., Barcelona, Reppertor, 2002.
- **Mir Puig, S.**, *El Derecho penal en el Estado Social y Democrático de Derecho*, Ariel Derecho, Barcelona, 1994.
- **Mir Puig, S.**, *Introducción a las bases del Derecho penal. Concepto y método*, Bosch, Barcelona, 1976.
- **Mira Benavent, J.**, “Un modelo de control penal: el no-Derecho”, en Portilla Contreras, G., (coord.), *Mutaciones de Leviatán*,
- **Miranda, M.J.**, “El control policial de los inmigrantes en España”, en Dores, P.A., (org.), *Prisoas na Europa. Um debate que apenas começa*, Celta, Oeiras, 2003.
- **Mittleman, J.H.**, “Restructuring the global division of labour: old theories and the new realities”, en *Globalization, Democratization and Multilateralism*, United Nation University Press, 1997.
- **Moccia, S.**, “De la tutela de bienes a la tutela de funciones: entre elusiones postmodernas y reflujos liberales”, en Silva Sánchez, J.M. (ed), *Política Criminal y nuevo Derecho penal, Homenaje a Claus Roxin*, Bosch Editor, Barcelona, 1997.
- **Moccia, S.**, “Seguridad y sistema penal”, (trad. G. Tricarico), en Cancio Meliá, M., /Gómez-Jara Díez, C., *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, Vol. 2, Edisofer, BdeF, Madrid, 2006.
- **Moccia, S.**, *El Derecho Penal entre ser y valor. Función de la pena y sistemática teológica*, (trad. Bonanno), BdeF, Buenos Aires, 2003
- **Modollell González, J.L.**, “El Derecho penal del enemigo: evolución (¿o ambigüedades?) del concepto y su justificación”, en Cancio Meliá, M., /Gómez Jara-Díez, C., (coords.), *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, Vol.2, Edisofer, BdeF., Buenos Aires, 2006.
- **Monclús Masó, M.**, “La “gestión” penal de la inmigración: otra excepción al Estado de derecho”, en *Panóptico*, núm. 3, 2002.
- **Monclús Masó, M.**, “La discriminación de los inmigrantes en el sistema penal español”, en Rivera Beiras, I., /Silveira, H.C., /Bodelón, E., /Recasens, A., (coords.), *Contornos y pliegues del Derecho. Homenaje a Roberto Bergalli*, Anthropos, Barcelona, 2006.
- **Monclús Masó, M.**, “Las criminologías anglosajonas: realismo criminológico vs. criminología de la intolerancia”, en *Panóptico*, núm. 6, 2003.
- **Monereo Pérez, L.**, “El Derecho social y del trabajo en el mundo de la tercera revolución industrial” en Capella, J.R., (ed.) *Las sombras del sistema constitucional*

español, Trotta, Madrid, 1999.

- **Monereo Pérez, L.**, “El derecho social y del trabajo en el mundo de la tercera revolución industrial”, en *Las sombras del sistema constitucional español*, Capella (ed.), Trotta, Madrid, 1999.
- **Montealegre Lynett, E.**, (coord.), *Libro Homenaje al Prof. Günther Jakobs. El funcionalismo en el Derecho penal*, Tomos I y II Universidad Externado de Colombia, Centro de investigación en Filosofía y Derecho, Bogotá, 2003.
- **Montes, P.**, *El desorden neoliberal*, Trotta, Madrid, 1996.
- **Morales García, O.**, “Seguridad en las redes telemáticas de comunicaciones. La tensión libertad versus control en la política criminal internacional”, en Da Agra, C., /Domínguez, L., /García Amado, J.A., /Hebberecht, P., Recasens, A., (eds.), *La seguridad en la sociedad del riesgo, un debate abierto*. Atelier, Barcelona, 2003.
- **Morales Valdés, H.**, *Bien jurídico, principio de ofensividad e idoneidad lesiva. Análisis crítica del concepto de strict liability en Derecho inglés*, Tesis Doctoral, ejemplar mecanografiado, Universidad de Salamanca, Salamanca, 2004.
- **Moreno Hernández, M.**, “Ontologismo o norativismo como base de la dogmática penal y de la política criminal” en AA.VV., *Modernas tendencias en la ciencia del Derecho penal y en la Criminología*, UNED, Madrid, 2001.
- **Moreno, J.D.**, “¿Un Derecho procesal de enemigo?”, en Cancio Meliá, M., /Gómez Jara Díez, C., (coords.), *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, Vol. 2, Edisofer, Bdf, Buenos Aires, 2006.
- **Morin, E.**, “Ciencia con conciencia”, Paidós, Barcelona, 1984.
- **Morosini, P.**, “Contrasto al terrorismo, diritto penale del nemico e principi fondamentali”, *Questione Giustizia*, Franco Angeli, Milano, núm. 4, 2006.
- **Morosini, P.**, *Verso un diritto penale del nemico?*, *Questione Giustizia*, Franco Angeli, Milano, núm. 4, 2006.
- **Mosconi, G.**, “Inmigración, seguridad y cárcel en Italia”, (trad. Bergalli), en Bergalli, R., /Ribera Beiras, I., (coords.), *Política criminal de la guerra*, Anthropos, Barcelona, 2005.
- **Moulier Boutang, Y.**, *De la esclavitud al trabajo asalariado. Economía histórica del trabajo asalariado embriado*, Akal, Madrid, 2006.
- **Muñoz Conde, F.**, “De nuevo sobre el “Derecho penal del enemigo”, en Cancio Meliá, M., /Gómez Jara-Díez, C., (coord.), *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, Vol. 2, Edisofer, Bdf, Buenos Aires, 2006.
- **Muñoz Conde, F.**, “La generalización del Derecho penal de excepción: tendencias legislativas y doctrinales: entre la tolerancia cero y el Derecho penal del enemigo”, en AA.VV., *La generalización del Derecho penal de excepción: tendencias legislativas*, Estudios de Derecho Judicial, núm. 128, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2007.
- **Muñoz Conde, F.**, *De nuevo sobre el Derecho penal del enemigo*, Hammurabi, Buenos Aires, 2005.
- **Muñoz Conde, F.**, *Derecho penal y control social*, Fundación Universitaria de Jerez, Jerez de la Frontera, 1985.
- **Muñoz Conde, F.**, *Derecho penal. Parte especial*, 16ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.
- **Muñoz Conde, F.**, *Edmund Mezger y el Derecho penal de su tiempo. Estudios sobre el Derecho penal en el Nacionalsocialismo*, 4ª ed., Tirant lo blanch, Valencia, 2003

- **Muñoz Conde, F.**, *Introducción al Derecho penal y la Criminología*, Barcelona, 1975.
- **Muñoz Conde, F./García Arán, M.**, *Derecho penal. Parte General*, 3º edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998.
- **Muñoz Cuesta, F.J.**, “Aplicación del subtipo atenuado de inmigración ilegal”, Repertorio de jurisprudencia 24/2007, Aranzadi, Pamplona, 2007, disponible <http://www.westlaw.es/wles/app/document?docguid=I1952e0b09eea11dc8096010000000000&srguid=ia744800e000001215898149193a4d473>
- **Muñoz de Morales Romero, M./** Arroyo Zapatero, L., /Nieto Martín, A., (coords.), *La orden de detención y entrega europea*, Universidad de Castilla-La Mancha, La Mancha, 2006.
- **Muñoz Llorente, J.**, “Obligaciones constitucionales de incriminación y Derecho penal simbólico”, *Revista de Derecho y Proceso penal*, 6, Aranzadi, 2001.
- **Muñoz Lorente, J.**, “La expulsión del extranjero como medida sustitutiva de las penas privativas de libertad: el artículo 89 tras su reforma por la ley orgánica 11/2003”, en *Revista de Derecho penal y Criminología*, núm., extraordinario 2, 2004.
- **Müssig, B.**, “Derecho penal del enemigo: concepto y fatídico presagio. Algunas tesis”. (Trad. Cancio Meliá), Cancio Meliá, M., / Gómez Jara-Díez, C., *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, Vol.2, Edisofer, BdF, Buenos Aires, 2006.
- **Müssig, B.**, “La desmaterialización del bien jurídico y de la política criminal. Sobre las perspectivas y los fundamentos de una teoría del bien jurídico crítica del sistema”, en *Revista de Derecho penal y criminología*, 2ª época, núm. 9, 2002.
- **Nabaskues, I.**, *Globalización y nueva política local*, IVAC, Bilbao, 2003.
- **Naucke, W.**, “La filosofía social del Derecho penal orientado a las consecuencias”, en Mir Puig, S., (ed.), *Derecho penal y ciencias sociales*, Bosch, Barcelona, 1982.
- **Navarro Cardoso, F.**, “El Derecho penal del reiso y la idea de seguridad. Una quiebra del sistema sancionador”, en *Serta. In memoriam Alexandri Baratta*, Pérez Álvarez, F., (ed.), Ediciones de la Universidad de Salamanca, Salamanca, 2004.
- **Navarro Cardoso, F.**, “Observaciones sobre los delitos contra los Derechos de los ciudadanos extranjeros”, en *Revista Penal*, núm. 10, 2002
- **Navarro Cardoso, F.**, *Expulsión penal de Extranjeros: una simiosis del Derecho penal simbólico y Derecho penal del enemigo*, en *Revista de Derecho penal y Criminología*, núm. 17, 2006.
- **Navarro Cardoso, F.**, *Infracción Administrativa y Delito: Límite a la intervención del Derecho penal*, Colex, Madrid, 2001.
- **Navarro Dolmestch, R.**, “Reconfiguración del sistema de fuentes del Derecho Penal y amenaza de crisis del principio de legalidad: La incorporación del Derecho internacional convencional y el fenómeno de la globalización”, en Faraldo Cabana, P., (dir), Brandariz García, J.A., Puente Aba, L.M., (coords.), *Nuevos retos del Derecho penal en la era de la globalización*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.
- **Navarro, V.**, *Análisis de la prostitució femenina a Catalunya. Propostes executives i legislatives per a millorar una situació problemática*, ICA, Barcelona, 2001.
- **Navarro, V.**, *Bienestar insuficiente, democracia incompleta: sobre lo que no se habla en nuestro país*, Barcelona, Anagrama, 2003.
- **Negri, A.**, *El poder constituyente. Ensayo sobre las alternativas de la modernidad*, Libertarias/Prodhufi, Madrid, 1994.
- **Negri, A./Hardt, M.**, *El trabajo de dionisos*,(trad. Sánchez Cedillo), Akal, Madrid,

2003,

- **Negri, A.**, *Arte y multitud. Ocho cartas*, (Prólogo, trad. y ed. Sánchez), Ed. Trotta, Madrid; 2000.
- **Negri, A.**, *La anomalía salvaje. Ensayo sobre poder y potencia en B. Spinoza*, (trad. Gerardo de Pablo), Anthropos, Barcelona, 1993.
- **Negri, A.**, *La fábrica de porcelana. Una nueva gramática de la política*, (Trad. Lauro), Paidós, Barcelona, 2006
- **Negri, A.**, *Movimientos en el imperio. Pasajes y paisajes*, (trad. Redilla), Paidós, Barcelona, 2006.
- **Neumann, U.**, *“Derecho penal del enemigo”*, (trad. Gómez-Jara Díez), en Cancio Meliá, M., /Gómez Jara-Díez, C., *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, Vol.2, Edisofer, BdF, Buenos Aires, 2006.
- **Nicolás Lazo, G.**, *“Migraciones femeninas y trabajo sexual. Concepto de trabajo precario versus tráfico de mujeres”*, en en Rivera Beiras, I., /Silveira, H.C., /Bodelón, E., /Recasens, A., (coords.), *Contornos y pliegues del Derecho. Homenaje a Roberto Bergalli*, Anthropos, Barcelona, 2006.
- **Nieto, A.**, *El derecho Administrativo sancionador*, 2da.ed. ampliada, Tecnos, Madrid, 1994.
- **Nietzsche, F.**, *Así habló Zarathustra*, Introducción, (Traducción y Notas Andrés Sánchez Pascual), Alianza, Madrid, quinta reimpresión, 2002.
- **Niño Alzueta, L.F.**, *“Estructura, sistema y control social: ¿Réquiem para el Derecho penal demoliberal?”*, en Messuti, A., (coord.), *Perspectivas Criminológicas en el umbral del Tercer milenio*, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 1998.
- **Niño Alzueta, L.F.**, *“La ideología de la defensa social y la expansión del Derecho penal”*, en Pérez Álvarez, F., (ed.) *Serta. In memoriam Alexandri Baratta*, Ed. Universidad de Salamanca, Salamanca, 2004.
- **Niño, C.S.**, *La constitución de la democracia*, Barcelona, Gedisa, Primera Reimpresión 2003.
- **Noya Miranda, F.J.**, *“Riesgo o sociedad: ¿esa es (toda) la cuestión?”*, en Revista de Occidente, núm. 150, 1993.
- **Núñez Paz, M.A.**, *“Dogmática penal y política criminal frente a la reforma penal”*, en Diego Díaz- Santos, M.R., /Fabián Caparrós, E.A., /Rodríguez Gómez, C., *La reforma penal a debate*, Congreso Universitario de Alumnos de Derecho Penal, Salamanca, 2004.
- **Octavio de Toledo y Ubieto, E.**, /Gurdiel Sierra, M., /Cortés Bechiarelli, E., *Estudios Penales en recuerdo del Profesor Ruiz Antón*, Tirant lo blanch, Valencia, 2004
- **Octavio de Ubieto y Toledo, E.**, *“Función y límites del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos”*, en Anuario de Derecho Penal y ciencias penales, enero-abril, 1990.
- **Offe, C.**, *“Criterios de racionalidad y problemas de funcionamiento político administrativo”*, en Partidos Políticos y nuevos movimientos sociales, Sistema, Madrid, 1988.
- **Offe, C.**, *“Ingovernabilidad. Sobre el renacimiento de las teorías conservadoras de la crisis”*, en Offe, C., *Partidos Políticos y nuevos movimientos sociales*, Sistema, Madrid, 1988.
- **Offe, C.**, *“Ingovernabilidad. Sobre el renacimiento de las teorías conservadoras de la crisis”*, Partidos Políticos y nuevos movimientos sociales, Madrid, 1988.



- **Olaizola Nogales, I.**, “*Delitos contra los Derechos de los ciudadanos extranjeros (art. 318 bis del Código Penal)*”, en Iglesias Canle, I.C., (dir), *Inmigración y Derecho*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.
- **Ortega Martín, E.**, *Manual de Derecho de Extranjería*, Tercera Edición, ampliada y actualizada a la nueva Constitución para Europa, el Reglamento de Ejecución de la Ley de Extranjería (R.D. 2393/2004) y procedimiento extraordinario de regularización., Europea de Derecho, Madrid, 2005.
- **Ortubay Fuentes, M.**, “*El impreciso concepto de tráfico ilícito de personas o la mentalidad de la fortaleza citiada*”, en Echano Basaldúa, J.I., (coord.), *Estudios jurídicos en memoria de José María Lidón*, Universidad del Deusto, Bilbao, 2002.
- **Oso, L., Ulloa, M.**, “*Tráfico e inmigración femenina desde la voz de las mujeres migrantes*”, en Ulloa, M., Bonelli, E., (coord.) *Tráfico e inmigración de mujeres en España. Colombianas y ecuatorianas en los servicios domésticos y sexuales*, ACSUR – Las Segovias, Madrid, 2001.
- **Ost, F., /Van de Kerchove, M.**, “*La referencia a dios en la teoría pura del Derecho de Hans Kelsen*”, (trad. Marí) en Marí, E., et.al., *Materiales para una teoría crítica del Derecho*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1991.
- **Ovejero Bernal, A.**, “*Inmigración, racismo y exclusión*”, en AA.VV., *XII Curso Extraordinario. Cuestiones Actuales de Criminología, Inmigración, integración, convivencia*, Universidad de Salamanca, Salamanca, 2005.
- **Ovejero, D.**, “*Democracia de mercado y ética ambiental*”, en *Claves de la Razón Practica*, N° 68, 1996.
- **Padilla Alba, H.R.**, “*El delito de tráfico ilícito de personas tras su reforma por la LO 11/2003 de 29 de septiembre*”, *La Ley*, núm. 14, 2005.
- **Padovani, T.**, *Diritto penale*, Giuffré, 5° ed., Milano, 1999 .
- **Palazzo, F.**, “*Principios fundamentales y opciones político criminales en la tutela del ambiente en Italia*”, en *Revista Penal*, núm. 4, 1999.
- **Palermo, O.**, “*La legítima defensa: ¿Reacción contra un enemigo o protección frente a un ciudadano?*”, en Cancio Melía, M., /Gómez Jara-Díez, C., (coords.), *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, Vol. 2, Edisofer, BdF, Buenos Aires, 2006.
- **Palidda, S.**, “*Devianza y criminalità tra gli immigranti: ipotesi per una ricerca sociologica*” en *Revista Inchiesta*, núm. 103, 1994.
- **Palidda, S.**, “*La “revolución policial”*”, en Puente Aba, L., (dir), Zapico Barbeito, M., Rodríguez Moro, L., (coords.), *Criminalidad organizada, terrorismo e inmigración. Retos contemporáneos de la política criminal*, Comares, Granada, 2008.
- **Palidda, S.**, “*Migrations, foreigners, criminals: the security short-circuit in the wake of the second great transformation and the need for democratic management of disorder*”, en *Trends in social Cohesion*, núm. 11, 2005, págs. 45-62, disponible en [www.coe.int/T/E/social\\_cohesion/social\\_policies/Trends/Trends\\_11.pdf](http://www.coe.int/T/E/social_cohesion/social_policies/Trends/Trends_11.pdf)
- **Palidda, S.**, *Polizia postmoderna. Etnografia del nuovo controllo sociale*, Interzone, Milano, 2000.
- **Paliero, C.E.**, “*Metodologie de lege ferenda: per una riforma non improbabile del sistema sanzionatorio*”, en *Revista Italiana de Diritto e Procedura Penale*, 1992.
- **Palomo del Arco, S.**, “*Criminalidad organizada y la inmigración ilegal*”, en Pérez Granados, C., (dir.), *La criminalidad organizada. Aspectos sustantivos, procesales y orgánicos*, Cuadernos de Derecho Judicial, II, 2001, Consejo General del Poder

Judicial, Madrid, 2001.

- **Papastergiadis, N.**, *The turbulence of Migration. Globalization, Deterritorialization and Hybridity*, Polity Press, Cambridge, 2000
- **Paredes Castañón, J. M.**, *El Riesgo Permitido en Derecho Penal*, Madrid, 1995 .
- **Paredes Castañón, J.M.**, “Los delitos de peligro como técnica de incriminación” en *Derecho penal económico: bases político criminales*, en Mir Puig, S., Modolell González, J.L, Gallego Soler, J.I., y Bello Rengifo, C.S., (coords), *Estudios de Derecho Penal Económico*, Caracas, Livrosca, 2002.
- **Parenti, C.**, *War on crime*, disponible en [www.sfbg.com/News/33/07/Features/cops.html](http://www.sfbg.com/News/33/07/Features/cops.html)
- **Pasolini, P.P.**, *Cartas luteranas*, Trotta, Madrid, 1997.
- **Pastor Muñoz, N.**, “El hecho: ¿ocasión o fundamento de la intervención penal? Reflexiones sobre el fenómeno de la criminalización del peligro del peligro” en Cancio Meliá, M., /Gómez Jara- Díez, C., (coords.), *Derecho penal del enemigo. El discurso de la exclusión*, Vol. 2, Edisofer, BdF, Buenos Aires, 2006.
- **Pavarini, M.**, “¿Vale la pena salvar la criminología?”, (trad. Martínez/Sozzo) en Sozzo, M., (coord.), *Reconstruyendo las criminologías críticas*, Ah-Hoc, Buenos Aires, 2006.
- **Paye, J.C.**, *La fin de l'état de droit. La lutte antiterroriste, de l'état d'exception à la dictature*, La dispute, París, 2004.
- **Peces Barba, G.**, *Escritos sobre derechos fundamentales*, Editorial Latina Universitaria, Madrid, 1980.
- **Pegoraro, J.**, “Una reflexión sobre la inseguridad”; disponible en [www.argumentos.fsoc.uba.ar/n02/articulos/inseguridad](http://www.argumentos.fsoc.uba.ar/n02/articulos/inseguridad)
- **Peñaranda Ramos, E.**, “Sobre la influencia del funcionalismo y la teoría de sistemas en las actuales concepciones de la pena y del delito”, en Gómez- Jara Díez, C., (ed.) *Teoría de Sistema y Derecho Penal. fundamentos y posibilidades de aplicación*, Comares, Granada, 2005.
- **Peñaranda Ramos, E.**, “Sobre la influencia del funcionalismo y la teoría de sistemas en las actuales concepciones de la pena y del concepto de delito”, *Doxa*, núm. 23, 2000.
- **Peral, L.**, “Límites jurídicos al discurso político sobre el control de flujos migratorios: non refoulement, protección en la región de origen y cierre de fronteras europeas”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, núm.11, 2006 disponible en [http://www.reei.org/reei%2011/L.Peral\(reei11\).pdf](http://www.reei.org/reei%2011/L.Peral(reei11).pdf);
- **Pereda, C.**, *Razón e incertidumbre*, Méjico, Siglo XXI editores, 1994.
- **Pérez Álvarez, F.**, (ed.), *Serta. In memoriam Alexandri Baratta*, Ediciones de la Universidad de Salamanca, Salamanca, 2004.
- **Pérez Álvarez, F.**, (ed.), Núñez Paz, /M.A., García Alfaraz, A.I., (coords.), *Universitas Vitae. Homenaje a Ruperto Núñez Barbero*, Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, 2008.
- **Pérez Cepeda, A.I.**, “Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros (art. 318 bis. Reformado por LO 11/2004)”, en Rodríguez Mesa, M.J., /Ruiz Rodríguez, L.R., (coords.), *Inmigración y sistema penal. Retos y desafíos para el siglo XXI*, Tirant lo blanch, Valencia, 2006.
- **Pérez Cepeda, A.I.**, “El Código penal de la seguridad: una involución en la política criminal reaccionaria”, en Bernuz Beneitez, M.J., /Pérez Cepeda, A.I., (coords.), *La tensión entre libertad y seguridad. Una aproximación socio-jurídica*, Universidad de La

Rioja, Logroño.

- **Pérez Cepeda, A.I.**, *“El paradigma de la seguridad en la globalización: Guerra, enemigos y orden penal”*, en Faraldo Cabana, P. (dir.), *Derecho penal de excepción*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.
- **Pérez Cepeda, A.I.**, *“La globalización: guerra, prevención y justicia penal internacional”*, en *Serta. In memoriam Alexandri Baratta*, Pérez Álvarez, F., (ed.), Ediciones de la Universidad de Salamanca, Salamanca, 2004.
- **Pérez Cepeda, A.I.**, *Globalización, tráfico internacional ilícito de personas y derecho penal*, Comares, Granada, 2004.
- **Pérez Cepeda, A.I.**, *La seguridad como fundamento de la deriva del derecho penal postmoderno*, Iustel, Madrid, 2007.
- **Pérez del Valle, C.**, *“Derecho penal del enemigo ¿escarnio o prevención de peligros?”*, en Cancio Meliá, M., /Gómez Jara-Díez, C., *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, Vol. 2, Edisofer, BdF, Buenos Aires, 2006.
- **Pérez del Valle, C.**, *“La fundamentación iusfilosófica del Derecho penal del enemigo. precisiones sobre la interpretación de Kant”* en Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, núm., 10-03, (2008) disponible en [www.criminet.ugr.es/recpc](http://www.criminet.ugr.es/recpc)
- **Pérez Ferrer, F.**, *Análisis dogmático y político criminal de los delitos contra los Derechos de los ciudadanos extranjeros*, Dykinson, Madrid, 2004.
- **Pérez Luño, A.E.**, *La seguridad jurídica*, Ariel, Barcelona, 1991
- **Pérez Manzano, M.**, *Culpabilidad y prevención: las teorías de la prevención general positiva en la fundamentación de la imputación subjetiva y de la pena*, 1ª reimpr., Universidad Autónoma de Madrid, Madrid, 1991.
- **Pérez Viso, M.**, *“Marco normativo de la inmigración en el Estado español, situación legal”*, en Iglesias Canle, I.C., (dir), *Inmigración y Derecho*, Tirant lo blanch, Valencia, 2006.
- **Piña Rochefort, J.I.**, *“Algunas consideraciones acerca de la (auto) legitimación del Derecho penal”*, en Gómez Jara-Díez, C., (ed.), *Teoría de sistemas y Derecho penal*, Comares, Granada, 2005.
- **Piña Rochefort, J.I.**, *“La construcción del enemigo y la reconfiguración de la persona. Aspectos del proceso de formación de una estructura social”*, en Cancio Meliá, M., /Gómez Jara-Díez, C., (coords.), *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, Vol.2., Edisofer, BdF, Buenos Aires, 2006.
- **Polaino Navarrete, M.**, *La reforma penal española de 2003. Una valoración crítica*, Tecnos, Madrid, 2004
- **Polaino Navarrete, M./ Polaino-Orts, M.**, *“Derecho penal del enemigo: algunos falsos mitos”*, en Cancio Meliá, M./Gómez Jara-Díez, C., (coords.), *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, Vol. 2, Edisofer, BdF, Buenos Aires, 2006.
- **Polaino Navarrete, M./ Polaino-Orts, Miguel**, *“Derecho penal del enemigo: algunos falsos mitos”*, en Cancio Meliá, M./Gómez Jara-Díez, C., (coords.), *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, Vol. 2, Edisofer, BdF, Buenos Aires, 2006.
- **Polaino-Orts, E.**, *“Los delitos sexuales a la luz del Código Penal de 1995. (Especial referencia a la LO 11/1999, de 30 de abril)”*, en Cuadernos de Política Criminal, núm. 67, 1999.
- **Polaino-Orts, M.**, *Derecho penal del enemigo. Desmitificación de un concepto*. Ed.

Mediterránea, Argentina, 2006.

- **Pomares Cintas, E.**, *“Las incongruencias del Derecho penal de la inmigración ilegal. Especial referencia al delicto de promoción o favorecimiento de la inmigración clandestina de trabajadores a España (art. 313.1 CP)”*, en Zugaldía Espinar, J.M., Pérez Alonso, E., (coord.), *El Derecho penal ante el fenómeno de la inmigración*, Tirant lo blanch, Valencia, 2007.
- **Portes y J. Borocz**, *“Inmigración contemporánea: perspectivas teóricas sobre sus determinantes modos de acceso”*, en *Alfos*, núm. 91-92, 1992.
- **Portes, A., /Borocz, J.**, *“Contemporary immigrations: Theoretical perspectives on its determinants and modes of incorporation”*, en *International Migration Review*, Vol. 23, núm. 3, Special Silver Anniversary Issue: International Migration and Assessment for the 90 's, (Autumn, 1989)
- **Portilla Contreras, G., (coord.)**, *Mutaciones de Leviatán. Legitimación de los nuevos modelos penales*, Akal, Madrid, 2005.
- **Portilla Contreras, G.**, *“Disposiciones finales de la ley 4/2000, de 11 de enero. Inclusión de un nuevo Título XV bis en el Código Penal”*, en Molina Navarrete, /C., Monereo Pérez, J.L., (dirs.), *Comentario a la Ley y al Reglamento de Extranjería e Integración social*, Comares, Granada, 2001 .
- **Portilla Contreras, G.**, *“El Derecho penal ante la nueva representación totalitaria de la soberanía nacional: la inmigración ilegal”*, en Faraldo Cabana, P., (dir.), Puente Aba, L.M./ Souto García, E., (coords.), *El Derecho penal de excepción*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.
- **Portilla Contreras, G.**, *“Fundamentos teóricos del Derecho penal y procesal del enemigo”*, en *Jueces para la Democracia*, núm. 49, 2004.
- **Portilla Contreras, G.**, *“Globalización del antiterrorismo El retorno del Derecho penal al estado de naturaleza”*, en *Viento Sur*, Núm. 83/Noviembre 2005, págs. 31 ss., disponible <http://www.vientosur.info/sumarios/actual/index.php?x=83>
- **Portilla Contreras, G.**, *“La configuración del <homo sacer>”*, Pérez Álvarez, F., (ed.) *Serta. In memoriam Alexandri Baratta*, Ed. Universidad de Salamanca, Salamanca, 2004.
- **Portilla Contreras, G.**, *“La exclusión de la inmigración ilegal del espacio físico y moral: un nuevo Narrenschiff Europeo”*, en Álvarez García, F.J., (dir), Manjón -Cabez Olmeda, A., /Ventura Püschel, A., (coords.), *La adecuación del derecho penal español al ordenamiento de la Unión Euoropea. La política criminal europea*, Tirant lo blanch, Valencia, 2009.
- **Portilla Contreras, G.**, *“La exclusión de la inmigración ilegal en el debate entre las teorías universalistas y postmodernistas”*, en Zugaldía Espinar, J.M., (dir), Pérez Alonso, E., (coord.), *El Derecho penal ante el fenómeno de la inmigración*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.
- **Portilla Contreras, G.**, *“La influencia de la ciencias sociales en el Derecho penal: la defensa del modelo ideológico neoliberal en las teorías funcionalistas y en el discurso ético de Habermas sobre la selección de los intereses penales”*, en Arroyo Zapatero, L., Neumann, U., Nieto Martín, A., (coords.), *Crítica y justificación del Derecho penal en el cambio de siglo. El análisis crítico de la Escuela de Frankfurt*, Ediciones de la Universidad de Castilla La Mancha, Cuenca, 2003.
- **Portilla Contreras, G.**, *“La legitimación doctrinal de la dicotomía schmittiana en el Derecho penal del “enemigo”*, en Cancio Meliá, M., /Gómez-Jara Diez, C., *Derecho*

penal del enemigo. *El discurso penal de la exclusión*, Vol. 2, Edisofer, BdeF, Buenos Aires, 2006.

• **Portilla Contreras, G.**, “*La supuesta crisis de la teoría del bien jurídico: la tensión entre iuspositivismo y positivismo, la necesidad de referencias externas y la inmanencia del Derecho. Especial atención a ciertos bienes jurídicos colectivos*”, en Octavio de Toledo y Ubieta, E., Gurdiel Sierra, M., Cortés Bechiarelli, E., (coords.), *Estudios en Homenaje al Profesor Ruiz Antón*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

• **Portilla Contreras, G.**, “*Los excesos del formalismo jurídico neofuncionalista en el normativismo del Derecho penal*”, en Portilla Contreras, G., *Mutaciones de Leviatán. Legitimación de los nuevos modelos penales*, Akal, Madrid, 2005.

• **Portilla Contreras, G.**, “*Principio de intervención mínima y bienes jurídicos colectivos*”, en Cuadernos de Política Criminal, núm. 39, 1989.

• **Pozuelo Pérez, L.**, “*Tráfico de personas y explotación sexual*”, en Bacigalupo, S., /Cancio Meliá, M., (coords.) *Derecho penal y Política Transnacional*, Atelier, Barcelona, 2005.

• **Prado, C.**, “*Interrogaciones acerca de las políticas penales de vanguardia en el mundo globalizado*”, en Rivera Beiras, I., /Silveira, H.C., /Bodelón, E., /Recasens, A., (coords.), *Contornos y pliegues del Derecho. Homenaje a Roberto Bergalli*, Anthropos, Barcelona, 2006

• **Prieto Navarro, E.**, “*Sobre los límites y posibilidades de la respuesta jurídica al riesgo*”, en Da Agra, C, /Domínguez, L., /García Amado, J.A., /Hebberecht, P., /Recasens, A., (eds.), *La seguridad en la sociedad del riesgo. Un debate abierto*

• **Prieto Navarro, E.**, “*Ciudadanos y enemigos: Günther Jakobs, de Hegel a Schmitt*”, en Bacigalupo, S., /Cancio Meliá, M., (coords.), *Derecho penal y política transnacional*, Atelier, Barcelona, 2005.

• **Prieto Navarro, E.**, “*Excepción y normalidad como categorías de lo político*”, en Cancio Meliá, M.,/ Pozuelo Pérez, L., (coords.), *Política criminal en vanguardia. Inmigración clandestina, terrorismo y criminalidad organizada*, Civitas, Madrid, 2008.

• **Prieto Navarro, E.**, “*La reflexión sociológica sobre la legitimidad*”, en Díaz, E.; Colomer, J.L., (eds.), *Estado, justicia y Derechos*

• **Prieto Navarro, E.**, “*La reflexión sociológica sobre la legitimidad*”, en Díaz, E.; Colomer, J.L., (eds.), *Estado, justicia y derechos*, Alianza Editorial, Madrid, 2002.

• **Prittwitz, C.**, “*Derecho Penal del enemigo : ¿Análisis crítico o programa de Derecho Penal*”,( Trad. Hortal Ibarra, C.), en Mir Puig, S., Corcoy Bidasolo, M., (dirs.), Gómez Martín, V., (coord.), *La Política Criminal en Europa*, Ed. Atelier, Barcelona, 2004.

• **Prittwitz, C.**, “*El derecho penal alemán: ¿fragmentario?, ¿subsidiario? ¿última ratio? Reflexiones sobre la razón y límites de los principios limitadores del Derecho penal*”, (trad. Castiñeira Palou), *Ciencias Criminales de Frankfurt* (ed.), (Edición española a cargo del Área de Derecho penal de la Universidad Pompeu Fabra), *La insostenible situación del Derecho penal*, Comares, Granada, 1999.

• **Prittwitz, C.**, “*Sociedad de Riesgo y derecho penal*”, (Trad. Nieto Martín y Demetrio Crespo), en Arroyo Zapatero, L., /Neumann, U., / Nieto Martín, A., *Crítica y justificación del Derecho penal en el cambio de siglo. El análisis crítico de la Escuela de Frankfurt*, Universidad de Castilla La Mancha, Cuenca, 2003.

• **Prittwitz, C.**, “*Sociedad del riesgo y Derecho penal*”, en De Figueiredo, J.,/ Serrano, A., /Politoff, S., /Zaffaroni, E.R., *El penalista liberal*, Hammurabi, Buenos Aires,

2004.

- **Quintero Olivares, G.**, “Los delitos de peligro en la política criminal de nuestro tiempo”, en Arroyo Zapatero, L., Neumann, U., Nieto Martín, A., (coords.), *Crítica y justificación del Derecho penal en el cambio de siglo. El análisis crítico de la Escuela de Frankfurt*. Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2003,
- **Quintero Olivares, G.**, “Franz Von Liszt y la Ciencia Penal Española”, en AA.VV., *El nuevo Código Penal: Presupuestos y Fundamentos, Libro Homenaje al Prof. Dr. Don Angel Torío López*, Ed. Comares, Granada, 1999.
- **Quintero Olivares, G.**, (dir.), *Manual de Derecho penal. Parte General*, 3º edición, 2002.
- **Quintero Olivares, G.**, “La deriva y crisis de las ideas penales en España”, en Octavio de Toledo y Ubieto, E., /Gurdiel Sierra, M., /Cortés Bechiarelli, E., *Estudios Penales en recuerdo del Profesor Ruiz Antón*, Tirant lo blanch, Valencia, 2004.
- **Quintero Olivares, G.**, “Los subsistemas penales en la política criminal de nuestro tiempo”, AA.VV., *La generalización del Derecho penal de excepción: tendencias legislativas*, Estudios de Derecho Judicial, núm. 128, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2007.
- **Quintero Olivares, G.**, *Adónde va el derecho penal*, Civitas, Madrid, 2004
- **Quintero Olivares, G./Pérez Cepeda, A.I.**, “Las normas penales españolas: cuestiones generales”, en García Arán, M., (coord.), *Trata de personas y explotación sexual*, Comares, Granada, 2006.
- **Ragués I vallés, R.**, “Retos actuales de la Política Criminal y la dogmática penal” en Pensamiento penal y criminológico, *Revista de Derecho penal Integrado*, año IV, núm. 6, 2003.
- **Rahola, F.**, “La forma campo. Per una genealogia dei luoghi di transito e di internamento del presente”, en *Conflitti Globali*, núm. 4, 2006.
- **Rahola, F.**, *Zone definitivamente temporanee*, Ombre corte, Verona, 2003.
- **Ramón Ribas, E.**, “La respuesta del Derecho penal moderno al delito: del Derecho penal de doble vía ¿al Derecho penal de cinco vías?”, en *Nuevos retos del Derecho penal en la era de la globalización*, Faraldo Cabana, P., (dir), Brandariz García, J.A., Puente Aba, L.M., (coords.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.
- **Ramonet, I.**, “El pensamiento único”, en *Mientras tanto*, Barcelona, Nº 61, 1995.
- **Ramonet, I.**, “Situación actual del proceso de globalización”, en *El proceso de globalización mundial*, Barcelona, Intermoon, 2000.
- **Ramos Quintana, M.I.**, “Los aspectos laborales de la reforma de la ley de extranjería (Ley orgánica 14/2003 de 20 de noviembre, de reforma de Ley orgánica 4/2000, de 11 de enero, modificada por Ley orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, de Derechos y libertades de los extranjeros y su integración social”, en Iglesias Canle, I.C., (dir.), *Inmigración y Derecho*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.
- **Ramos Torre, R.**, “El retorno de Cassandra: modernización ecológica, precaución e incertidumbre”, en García Blanco, J.M., /Navarro Sustaeta, P., (eds), *¿Más allá de la modernidad? Las dimensiones de la información, la comunicación y sus nuevas tecnologías*, Madrid, 2002.
- **Ramos Torre, R.**, “Prometeo y las flores del mal: el problema del riesgo en la sociología contemporánea”, en Ramos Torre, R., y García Selgas, F., (eds.), *Globalización, riesgo, reflexividad. Tres temas de la teoría social contemporánea*, Centro de

Investigaciones Sociológicas, Madrid, 1999.

• **Ramos Vázquez, J.A.**, *“Del otro lado del espejo: reflexiones desordenadas acerca del Derecho penal en la sociedad actual”*, en Faraldo Cabana, P., (dir), Brandariz García, J.A., Puente Aba, L.M., (coords.), *Nuevos retos del Derecho penal en la era de la globalización*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

• **Ramos Vázquez, J.A.**, *“Símbolos y enemigos: algunas reflexiones acerca de la nueva lucha antiterrorista”*, en Cancio Meliá, M., /Gómez Jara-Díez, C., *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, Vol. 2, Edisofer, Bdf, Buenos Aires, 2006.

• **Rancière, J.**, *Aux bords de la politique*, La Fabrique, Paris, 1998.

• **Ranciere, J.**, *El desacuerdo. Política y Filosofía*, (ed. Castellana de Nueva Visión), Buenos Aires, 1996.

• **Raymond, J.G.**, *“Guía para el Nuevo Protocolo de Naciones Unidas sobre Tráfico de personas”*, 2001, disponible en [www.geocities.com/rima\\_web](http://www.geocities.com/rima_web);

• **Re, L.**, *Cárcel y globalización. El “boom” penitenciario en los Estados Unidos y en Europa*, (trad. Chierico), Ad-hoc, Buenos Aires, 2008.

• **Rebollo Vargas, R.**, / Cugat Mauri, M., /Rodríguez Puerta, M.J., *“Normativa internacional y Derecho comparado”*, en García Arán, M., (coord.), *Trata de personas y explotación sexual*, Comares, Granada, 2006.

• **Rebollo Vargas, R.**, *“Normativa internacional y Derecho comparado”*, en García Arán, M., (coord.) *Trata de personas y explotación sexual*, Tirant lo blanch, Valencia, 2006.

• **Recasens Brunet, A.**, *“Globalización, riesgo y seguridad: El continuóse de lo que alguien empezóse”*, en Da Agra, C.; Domínguez, L., García Amado, J.A., Hebberecht, P., Recasens, A., (eds.), *La seguridad en la sociedad del riesgo. Un debate abierto*, Atelier, Barcelona, 2003.

• **Recasens i Brunet, A.**, *“Aquellas aguas trajeron estos lodos: la burguesía y los orígenes del aparato policial”*, en Bergalli, R., /Marí, E., (coords.), *Historia ideológica del control social (España-Argentina, siglos XIX y XX)*, PPU, Barcelona, 1989.

• **Rega Rodríguez, A.**, *“El trabajo de los extranjeros en España”* en Presno Linera, M.A., (coord.) *Extranjería e inmigración: aspectos jurídicos y socioeconómicos*, Tirant lo blanch, Valencia, 2004.

• **Reich, N.**, *Mercado y Derecho*, (trad. Font), Ariel, Barcelona, 1985.

• **Resta, F.**, *“Enemigos y criminales. Las lógicas del control”*, en Cancio Meliá, M., /Gómez Jara-Díez, C., *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, Vol. 2, Edisofer, Bdf, Buenos Aires, 2006.

• **Reyes Alvarado, Y.**, *“Normativismo y Derecho penal del enemigo”*, en Cancio Meliá, M., /Gómez Jara-Díez, C., (coord.), *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, Vol. 2, Edisofer, Bdf, Buenos Aires, 2006.

• **Ribeiro de Barros, A.**, *A teoria da soberania de Jean Bodin*, Unimarco, Sao Paulo, 2001,

• **Rifkin, J.**, *El sueño europeo. Cómo la visión europea del futuro está eclipsando el sueño americano*, (trad. Vilà Vernis/Fernández Auz/Eguibar), Paidós, Barcelona, 2004.

• **Ríos Corbacho, J.M.**, *“Regulación jurídica de la extranjería. Situación actual”*, en Ruiz Rodríguez, L.,R., (coord.), *Sistema penal y exclusión de extranjeros*, Bomarzo, Albacete, 2006

• **Ríos Martín, J.C.**, *“La cárcel: descripción de una realidad”*, en Panóptico, núm. 2, 2001.

- **Ritzer, G.**, *La MacDonalizacion de la sociedad. Un análisis de la racionalización de la vida cotidiana*, Barcelona, Ariel, 1996.
- **Rivacoba y Rivacoba, M.**, “Orden político y política criminal”, en *Revista de Derecho penal y Criminología*, nº 5, Madrid, 1995.
- **Rivera Beiras, I. (coord.)**, *Mitologías y discursos sobre el castigo. Historia del presente y posibles escenarios*, Anthropos, Barcelona, 2004.
- **Rivera Beiras, I.**, “Elementos para una aproximación epistemológica”, en Rivera Beiras, I., (coord.) *Política criminal y sistema penal. Viejas y nuevas racionalidades punitivas*, Anthropos, Barcelona, 2005
- **Rivera Beiras, I.**, “Forma- Estado, Mercado de Trabajo y Sistema Penal (nuevas racionalidades punitivas y posibles escenarios penales”, en Rivera Beiras (coord.) *Mitologías y discursos sobre el castigo. Historia del presente y posibles escenarios*, Anthropos, Barcelona, 2004.
- **Rivero Ortega, R.**, *El Estado vigilante. Consideraciones jurídicas sobre la función inspectora de la Administración*, Tecnos, Madrid, 2000.
- **Rivero Sánchez, J. M.**, *Episteme y Derecho. Una exploración jurídico-penal*, Comares, Granada, 2004.
- **Robertson, R.**, *Globalization: Social Theory and Global Culture*, Sage, 1992.
- **Roca Roca, L.**, /Zugaldía Espinar, M., (coords.), *Los Derechos humanos. Libro Homenaje al Exmo. Sr. D. Luis Portero García*, Universidad de Granada, 2001.
- **Rochefort, J.I.**, “La construcción del “enemigo y la reconfiguración de la “persona”. Aspectos del proceso de formación de una estructura social”, en Cancio Meliá, M., /Gómez Jara-Díez, C., (coord.), ., *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, Vol. 2, Edisofer, Bdf, Buenos Aires, 2006.
- **Rodotà, S.**, “*Immagini del corpo*”, en Rivera Beiras, I., /Silveira, H.C., /Bodelón, E., /Recasens, A., (coords.), *Contornos y pliegues del Derecho. Homenaje a Roberto Bergalli*, Anthropos, Barcelona, 2006
- **Rodrigo Hernández, M.**, “*Comportamiento social, desviación, marginalidad y delincuencia*”, en Pérez Alvarez, F., *Serta. In memoriam Alexandri Baratta*, Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, 2004.
- **Rodríguez Ibáñez, J.E.**, “*¿Nuevos tiempos modernos? Intento de delimitación sociológica de la polémica modernidad-postmodernidad*”, en Ramos Torre, R., y García Selgas, F., (eds.), *Globalización, riesgo, reflexividad, Tres temas de la teoría social contemporánea.*, Centro de Investigaciones Sociológicas, Madrid, 1999.
- **Rodríguez Magariños, F.**, *Cárcel electrónica. Bases para la creación del sistema penitenciario del siglo XXI*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007
- **Rodríguez Martínez, C.**, *El riesgo como utopía negativa. Notas para una reflexión*, en Ramos Torre, R., /García Selgas, F., (eds.), *Globalización, riesgo y reflexividad. Tres temas de la teoría social contemporánea.* Centro de Investigaciones Sociológicas, Madrid, 1999.
- **Rodríguez Mesa, M.J.**, “*El sistema penal ante el reto de la inmigración clandestina*”, en Pérez Álvarez, F., (ed.), *Serta. In memoriam Alexandri Baratta*, Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, 2004.
- **Rodríguez Mesa, M.J.**, “*Las razones del Derecho penal. Modelos de fundamentación y legitimación*”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 9-10, 2007, disponible en <http://criminet.ugr.es/recpc>
- **Rodríguez Mesa, M.J.**, *Delitos contra los Derechos de los ciudadanos extranjeros*,



Tirant lo Blanch, Valencia, 2001.

- **Rodríguez Montañés, T.**, “*Ley de extranjería y Derecho penal*”, en *La Ley*, número 5261, 6 de marzo de 2001.
- **Rodríguez, E.**, “*España: zero tollerance*”, *Revista Archipiélago*, número 55/2003,
- **Rodríguez, E.**, “*La transfiguración de la producción*”, en *Contrapoder*, nº 4-5, 2001.
- **Rodríguez, E.**, *El gobierno imposible. Trabajo y fronteras en las metrópolis de la abundancia*, Traficantes de sueños, Madrid, 2003.
- **Roig, E.**, “*Situación de los extranjeros objeto de una orden de expulsión no ejecutada*”, 2002, disponible en [www.pcb.ub.es/idp/esp/2\\_recerc/immig/pdf/sp\\_roig2.pdf](http://www.pcb.ub.es/idp/esp/2_recerc/immig/pdf/sp_roig2.pdf)
- **Roldán Barbero, H.**, “*Problemas metodológicos en la investigación de la delincuencia de los inmigrantes*”, en Fernández Le Gal, A., /García Cano, S., (dirs.) *Inmigración y Derechos de los extranjeros*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Córdoba, Córdoba, 2005.
- **Romeo Casabona, C.**, *Principio de precaución, Biotecnología y Derecho*, Publicaciones de la Cátedra Interuniversitaria, Fundación BBV- Diputación foral de Bizkaia de Derecho y Genoma Humano y Editorial Comares, Bilbao-Granada 2004.
- **Romero, E.**, “*El Plan Africa, la política migratoria española de “nueva generación” y la guerra contra los pobres*”, en AA.VV., *Frontera Sur, Nuevas políticas de gestión y externalización del control de la inmigración en Europa*, Virus, Barcelona, 2008.
- **Roxin, C.**, *Política criminal y sistema del Derecho Penal*, (introd. y trad. Muñoz Conde), Bosch, Barcelona, 1972.
- **Roxin, C.**, “*¿Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del Derecho penal?*”, (trad. Ortiz de Urbina Gimeno), en Hefendhl, R., *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmáticos?*, Marcial Pons, Madrid, 2007.
- **Roxin, C.**, *Autoría y dominio del hecho en Derecho Penal*, (trad. Cuello Contreras/Serrano González), 7ª ed., Marcial Pons, Madrid, 2000.
- **Roxin, C.**, *Dogmática penal y Política criminal*, (trad. y edición de Abanto Vásquez), Lima, IDEMSA, 1998.
- **Rudolph, H.J.**, “*Los diferentes aspectos del concepto de bien jurídico*” Trad. Basigalupo, E., en *Nuevo Pensamiento Penal*, año 4, 1975.
- **Ruiz Díaz, M.C.**, *Imágenes e ideas entorno al orden, la ley y el delito en la sociedad española actual*, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1989.
- **Ruiz Rodríguez, L.R.**, “*Informe sobre condiciones de marginalidad y exclusión de extranjeros en España*”, en Ruiz Rodríguez, L.R., (coord.), *Sistema penal y exclusión de extranjeros*, Bomarzo, Albacete, 2006.
- **Ruiz, S.**, “*Desarrollo y empleo: una oportunidad para la mujer*” en Villota, P., *Globalización y género*, Editorial Síntesis, Madrid, 1999.
- **Rusche G./ Kirchheimer, O.**, *Pena y estructura social*, Reimpresión, (Trad. García Mendez), Temis, Bogotá, 2004
- **Sáenz de Piapón /Mengs, J.**, “*La ciudad como objeto de protección penal*”, en Bueno Arús, F., et. al, (dirs.) Guzmán Dálbora, J.L.,/ Serano Maíllo, A., (eds.), *Derecho penal y criminología como fundamento de la política criminal. Estudios en Homenaje al Profesor Alfonso Serrano Gómez*, Dykinson, Madrid, 2006.
- **Sáez Valcárcel, R.**, “*Inmigración clandestina, mafias y lucha contra los pobres. Un tipo penal indecente*”, en *Jueces para la democracia*, núm. 53, enero 2006.

- **Sain, M.**, *El leviatán azul. Policía y política en la Argentina, Siglo XXI*, Buenos Aires, 2008.
- **Sáinz-Cantero Caparrós, J.E.**, *Los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros*, Atelier, Barcelona, 2002.
- **Sáinz-Cantero Caparrós, J.E.**, “Sobre la actual configuración de los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros”, en Carbonell Mateu, J.C., (coord.), *Estudios Penales en Homenaje al Prof. Dr. Cobo del Rosal*, Dykinson, Madrid, 2005.
- **Saíz Pardo, M.**, “El Gobierno sólo logra expulsar a uno de cada cinco inmigrantes ilegales. El pasado año se quedaron en el país alrededor de 36.000 clandestinos a pesar de haberseles incoado un expediente de repatriación”, disponible en [www.larioja.com](http://www.larioja.com);
- **San Martín Segura, D.**, “La excepción material y los contornos de lo ordinario: a propósito de la USA Patriot Act”, en Puente Aba, L., (dir), Zapico Barbeito, M., Rodríguez Moro, L., (coords.), *Criminalidad organizada, terrorismo e inmigración. Retos contemporáneos de la política criminal*, Comares, Granada, 2008.
- **Sánchez Capdequí, C.**, “Recursividad, ambivalencia y creatividad social”, en Giddens, Bauman, Z., Lash, S., Beck, U., Beriaín, J., (coord.), *Las consecuencias perversas de la modernidad. Modernidad, contingencia y riesgo*, (Trad. Sánchez Capdequí), Anthropos, Barcelona, 1996.
- **Sánchez García de Paz, I.**, “Inmigración ilegal y tráfico de seres humanos para su explotación laboral o sexual”, en Diego Díaz-Santos, M.R., Fabián Caparrós, E., (coords.), *El sistema penal frente a los retos de la nueva sociedad*, Colex, Madrid, 2003 .
- **Sánchez García de Paz, I.**, “La protección penal de los derechos de los ciudadanos extranjeros”, en *La Ley*, núm. 6254, agosto 2005.
- **Sánchez García de Paz, I.**, “Tráfico y trata de personas a través de organizaciones criminales”, Puente Aba, L., (dir), Zapico Barbeito, M., Rodríguez Moro, L., (coords.), *Criminalidad organizada, terrorismo e inmigración. Retos contemporáneos de la política criminal*, Comares, Granada, 2008.
- **Sánchez Lázaro, F.**, “El nuevo delito de tráfico ilegal de personas”, en Laurenzo Copello, P., (dir.), *Inmigración y Derecho penal. Bases para un debate*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.
- **Sancinetti, M.**, “Ilícito personal y participación”, Buenos Aires, Ad-hoc, 1997.
- **Sancinetti, M.**, *Ilícito personal y participación*, Ad-hoc, Buenos Aires, 1997,
- **Santana Vega, D.M.**, “ Funciones del derecho penal y bienes jurídicos penales colectivos”, en *Actualidad Penal*, N° 9, 2001.
- **Santos, B.**, *La globalización del derecho. Los nuevos caminos de la regulación y la emancipación*, ILSA, Bogotá, 1998.
- **Sanz Morán, A.**, “Reflexiones de urgencia sobre las últimas reformas de la legislación penal”, en *Revista de Derecho Penal*, núm. 11, 2004.
- **Saphiro, M.**, “The globalization of law”, en *Journal of Global Legal Studies*, Vol. I., núm., 1, 1993.
- **Sarmiento Méndez, X.A.**, “La regulación jurídico-constitucional de las migraciones”, en Iglesias Canle, I.C., (dir), *Inmigración y Derecho*, Tirant lo blanch, Valencia, 2006.
- **Sartori, G.**, *La sociedad multiétnica: pluralismo, muticulturalismo, extranjeros e islámicos*, (trad. Ruiz de Asúa), Tecnos, Madrid, 2003.
- **Sassen, S.**, *¿Perdiendo el control? la soberanía en la era de la globalización*, (Epilogo Izquierdo/Trad.Pozanco), Bellaterra, Barcelona, 2001.

- **Sassen, S.**, *“Patterns, Rights, Regulations”*, en *Guests and Aliens*, The New York Press, New York, 1999.
- **Sassen, S.**, *Cities in a World economy*, Thousand Oaks, Pine Forge Press, 1994.
- **Sassen, S.**, *Contrageografías de la globalización. Género y ciudadanía en los circuitos transfronterizos*, (trad. Izquierdo/Laudano/Pérez Orozco/Núñez), Traficantes de sueños, Madrid, 2003.
- **Sassen, S.**, *Una sociología de la globalización*, (trad. Rodil), Katz, Buenos Aires, 2007.
- **Scheerer, S.**, *“Problemas Que Presenta La Prognosis Del Terrorismo”*, (trad. Bohm), en Rivera Beiras, I., /Silveira, H.C., /Bodelón, E., /Recasens, A., (coords.), *Contornos y pliegues del Derecho. Homenaje a Roberto Bergalli*, Anthropos, Barcelona, 2006.
- **Scheerer, S.**, /Bohm, M.L., /Viquez, K., *“Seis preguntas y cinco respuestas sobre el Derecho penal del enemigo”*, en Cancio Meliá, M., /Gómez Jara-Díez, C., *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, Vol. 2, Edisofer, BdeF, Buenos Aires, 2006.
- **Schmitt, C.**, *El concepto de lo político*, (versión Agapito), Alianza, Madrid, 1998.
- **Schmitt, C.**, *El Leviathan en la teoría del Estado de Tomas Hobbes*, (edición y estudio preliminar de Monereo Pérez, J.L.), (trad. Conde), Comares, Granada, 2004,
- **Schünemann, B.**, *“Las reglas de la técnica en Derecho penal”*, en Schünemann, B., Schünemann, B., *Temas actuales y permanentes del Derecho penal después del milenio*, (trad. Silva Sánchez), Tecnos, Madrid, 2002.
- **Schünemann, B.**, *“Sobre la dogmática y la política criminal del Derecho penal del medio ambiente”*, en Schünemann, B., *Temas actuales y permanentes del Derecho penal después del milenio*, (trad. Silva Sánchez), Tecnos, Madrid, 2002.
- **Schünemann, B.**, *“¿Derecho penal del enemigo? Crítica a las insostenibles tendencias erosivas en la realidad de la administración de justicia penal y de su insostenible desatención teórica”* (Trad. Gómez Jara-Díez), en Cancio Meliá, M., /Gómez Jara-Díez, C., *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, Vol. 2, Edisofer, BdeF, Buenos Aires, 2006.
- **Schünemann, B.**, *“El principio de protección de bienes jurídicos como punto de fuga de los límites constitucionales de los tipos penales y de su interpretación”*, (trad. Martín Lorenzo/Feldmann), en Hefendhl, R., *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmáticos?*, Marcial Pons, Madrid, 2007.
- **Schünemann, B.**, *“El refinamiento de la dogmática jurídico penal. ¿Callejón sin salida en Europa? Brillo y miseria de la ciencia jurídico penal alemana”*, en Schünemann, B., *Temas actuales y permanentes del Derecho penal después del milenio*, (trad. Silva Sánchez), Tecnos, Madrid, 2002.
- **Schünemann, B.**, *“Introducción al razonamiento sistemático en Derecho penal”*, en Silva Sánchez, J.M., /Schünemann, B., (coords.), *El sistema moderno del Derecho penal: cuestiones fundamentales, Estudios en Honor a Claus Roxín*, Tecnos, Madrid, 1991.
- **Schünemann, B.**, *“La función del principio de culpabilidad en el Derecho Penal preventivo”*, en Silva Sánchez, J.M., /Schünemann, B., (coords.), *El sistema moderno del Derecho penal: cuestiones fundamentales, Estudios en Honor a Claus Roxín*, Tecnos, Madrid, 1991.

- **Schünemann, B.**, *Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia jurídico-penal alemana*, (trad. Cancio Meliá), Universidad del Externado de Colombia, Bogotá, 1996.
- **Schünemann, B.**, *Temas actuales y permanentes del Derecho penal después del milenio*, (trad. Silva Sánchez), Tecnos, Madrid, 2002.
- **Seher, G.**, “La legitimación de normas penales basadas en principios y el concepto de bien jurídico”, (trad. Alcacer Guirao), en Hefendhl, R., *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmáticos?*, Marcial Pons, Madrid, 2007.
- **Seifer, K.**, “El blindaje frente a refugiados y demandantes de asilo”, en AA.VV. *Frontera Sur, Nuevas políticas de gestión y externalización del control de la inmigración en Europa*, Virus, Barcelona, 2008.
- **Sennet, R.**, “La flexibilidad laboral: aparato ideológico y dispositivo disciplinario”, *Revista Archipiélago*, nº 48, 2001.
- **Sennet, R.**, *La corrosión del carácter. Las consecuencias personales del trabajo en el nuevo capitalismo*, Anagrama, Barcelona, 2000;
- **Serna Alonso, J.**, “El encierro disciplinario en la España contemporánea. Una aproximación”, en Bergalli, R./Marí, E., (coords.) *Historia ideológica del control social (España-Argentina, siglos XIX y XX)*, PPU, Barcelona, 1989.
- **Serrano Gómez, E.**, *Legitimación y racionalización. Weber y Habermas, la dimensión normativa de un orden secularizado*, Anthropos, Barcelona, 1994.
- **Serrano Maíllo, A.**, “Estadísticas judiciales”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, núm. 12, 2003.
- **Serrano Piedecosas, J.R.**, “Consecuencias de la crisis del Estado social”, en Pérez Álvarez, F., (ed), *Serta. In memoriam Alexandri Baratta*, Ediciones de la Universidad de Salamanca, Salamanca, 2004.
- **Serrano Piedecosas, J.R.**, “La protección penal de los derechos de los ciudadanos extranjeros”, en González Rus, J.J., (coord.), *El Código Penal de 1995, cinco años después. Jornadas de Derecho Penal*, Universidad de Córdoba, Córdoba, 2002.
- **Serrano Piedecosas, J.R.**, “Los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros”, en Moya Escudero, M., (coord.), *El extranjero en el Derecho Penal español sustantivo y procesal (adaptado a la nueva LO 4/2000)*, Manuales de formación Continuada, núm. 5, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999.
- **Serrano Piedecosas, J.R.**, “Los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros”, en Laurenzo Copello, P., (dir.), *Inmigración y Derecho penal. Bases para un debate*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.
- **Serrano Piedecosas, J.R.**, *Emergencia y crisis del Estado social, Análisis de la excepcionalidad penal y motivos de su perpetuación*, PPU, Barcelona, 1988.
- **Serrano-Piedecosas, J.R.**, “Los delitos contra los Derechos de los ciudadanos extranjeros”, en Palomo del Arco, A., *El extranjero en el Derecho penal sustantivo y procesal (Adaptado a la nueva ley orgánica 4/2000)*, CGPJ, Manuales de Formación Continuada, núm. 5, 1999,
- **Silva Forné, D.**, “Posibles obstáculos para la aplicación de los principios penales al Derecho Administrativo Sancionador”, en Díez Ripollés/Gracia Martín/ Higuera Guimerá, (eds.) en *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo. Libro homenaje al Prof. Dr. José Cerezo Mir*, Tecnos, Madrid, 2003.
- **Silva Franco, A.**, “Un prognóstico ousado. As perspectivas do Direito Penal por volta

do ano 2010”, en Messuti, A., (coord.), *Perspectivas Criminológicas en el umbral del Tercer milenio*, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 1998.

- **Silva Sánchez, J.M.**, *Política criminal y persona*, Ad-hoc, Buenos Aires, 2000.
- **Silva Sánchez, J.M.**, (dir.) *¿Libertad económica o fraudes punibles? Riesgos penalmente relevantes e irrelevantes en la actividad económico-empresarial*, Marcial Pons, Madrid, 2003.
- **Silva Sánchez, J.M.**, “Directivas de conducta o expectativas institucionalizadas?”, en AA.VV., *Modernas tendencias en la ciencia del Derecho penal y en la Criminología*, UNED, Madrid, 2001.
- **Silva Sánchez, J.M.**, “Hacia el Derecho penal del “Estado de la prevención”, en Silva Sánchez, J.M., (dir.) *¿Libertad económica o fraudes punibles? Riesgos penalmente relevantes e irrelevantes en la actividad económico-empresarial*, Marcial Pons, Madrid, 2003
- **Silva Sánchez, J.M.**, “Política Criminal en la dogmática: algunas cuestiones sobre su contenido y límites”, en Silva Sánchez (ed.) *Política criminal y nuevo Derecho penal, Libro Homenaje a Claus Roxin*, Barcelona, 1997.
- **Silva Sánchez, J.M.**, “Reflexiones sobre las bases de la Política Criminal”, en AA.VV., *El nuevo Código Penal: Presupuestos y Fundamentos. Libro Homenaje al Prof. Dr. Don Ángel Torío López*, Comares, Granada, 1999.
- **Silva Sánchez, J.M.**, “Retos científicos y retos políticos de la ciencia del Derecho penal”, en Arroyo Zapatero, L.; /Neumann, U./ Nieto Martín, A., (coords.), *Crítica y justificación del Derecho penal en el cambio de siglo. El análisis crítico de la Escuela de Frankfurt*, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2003.
- **Silva Sánchez, J.M.**, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, Barcelona, 1992.
- **Silva Sánchez, J.M.- I Saborit, D.F., - Robles Planas, R., - Pastor Muñoz, N.**, “La ideología de la seguridad en la legislación penal española presente y futura”, en *La seguridad en la sociedad del riesgo. Un debate abierto*, Da Agra, C./ Domínguez, L., /García Amado, J.A., /Hebberecht, P., /Recasens, A., (eds.), Atelier, Barcelona, 2003.
- **Silva Sánchez, J.M.**, *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, 2ª ed. Civitas, Madrid, 2001.
- **Silveira Gorski, H.**, “Detención y expulsión de ciudadanos no europeos”, *Il carcere in Europa fra reinserimento ed esclusione, Avvocati Europei Democratici*, Pisa 29 febrero - 1 marzo 2008, disponible en [www.legalteamitalia.it/convegno/common/pdf/HectorSilveiraGorski\\_es.pdf](http://www.legalteamitalia.it/convegno/common/pdf/HectorSilveiraGorski_es.pdf).
- **Silveira Gorski, H.C.**, “El asilo y el declive del Estado de derecho en la frontera sur”, en AA.VV., *Frontera sur. Nuevas políticas de gestión y externalización del control de la inmigración en Europa*, Virus, Barcelona, 2008.
- **Silveira Gorski, H.C.**, “Inmigración y Derecho: la institucionalización de un sistema dual de ciudadanía”, en Bergalli, R. (coord.) *Sistema penal y problemas sociales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.
- **Silveira Gorski, H.C.**, “Los centros de internamientos para extranjeros y el futuro del Estado de Derecho”, en *Revista Mientras Tanto*, núm. 83, 2002.
- **Simon, J.**, *Governing through crime. How the war on crime transformed american democracy and created a culture of fear*, Oxford University Press, New York, 2007
- **Sloterdijk, P.**, *Eurotaoísmo. Aportaciones a la crítica de la cinética política*, (Trad. De

la Fuente), Seix Barral, Barcelona, 2001.

- **Soja, E.**, *Thirdspace*, Cambridge, Blackwell, 1996.
- **Soto Navarro, S.**, “La influencia de los medios en la percepción social de la delincuencia”, en Revista Electrónica de Derecho penal y Criminología, núm. 7, 2005, disponible en [www.criminet.ugr.es/recpc/07/recpc07/09.pdf](http://www.criminet.ugr.es/recpc/07/recpc07/09.pdf)
- **Soto Navarro, S.**, “La protección penal de los bienes jurídicos colectivos en la sociedad moderna”, Comares, Granada, 2003.
- **Souto García, E.M.**, “Algunas notas sobre la función del Derecho penal en el control de los flujos migratorios: especial referencia a la medida de expulsión”, en Faraldo Cabana (dir.), *Derecho penal de excepción*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.
- **Souza, J.**, *A construção social da subcidadania. Para uma sociologia política da modernidade periférica.*, 1ª reimpresión, UFMG/IUPERJ, Belo horizonte/Rio de Janeiro, 2006.
- **Sozzo, M.**, “Seguridad ciudadana y Tácticas de prevención del delito”, Cuadernos de Jurisprudencia y Doctrina Penal, núm. 10, 2000.
- **Spijkerboer, T.**, “The human Costs of Border Control”, *European Journal of Migration and Law*, 9, 2007.
- **Spinoza, B.**, *Ética demostrada según el orden geométrico*, (edición y traducción de Domínguez), Trotta, Madrid, 2000.
- **Spinoza, B.**, *Tratado teológico-político*, (trad., introd., de Domínguez), Alianza, Madrid, 1986.
- **Staechelín, G.**, “¿Es compatible <la prohibición de infraprotección> con una concepción liberal del Derecho penal?”, (trad. Felip i Saborit), en Instituto de Ciencias Criminales de Frankfurt, (ed.), *La insostenible situación del Derecho penal*, Comares, Granada, 1999.
- **Sternber-Lieben, D.**, “Bien jurídico, proporcionalidad y libertad del legislador penal”, (trad. Urbina Gimeno), en Hefendhl, R., *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmáticos?*, Marcial Pons, Madrid, 2007.
- **Stieglitz, J.**, “Sobre la libertad, el Derecho a estar enterado y el discurso público: el papel de la transparencia en la vida pública”, Gibney, M.J. (ed.) *La globalización de los derechos humanos*, Crítica, Barcelona, 2004.
- **Stieglitz, J.**, *El malestar en la globalización*, Taurus, Madrid, 2002.
- **Súarez González, C.**, “Derecho penal y riesgos tecnológicos”, en Arroyo Zapatero, L., /Neumann, U., /Nieto Martín, A., (coords.), *Crítica y justificación del Derecho penal en el cambio de siglo El análisis crítico de la Escuela de Frankfurt*, Ediciones de la Universidad de Castilla La Mancha, Cuenca, 2003.
- **Taran, P., /Geronimi, E.**, “Perspectivas sobre migraciones laborales. Globalización y Migraciones laborales: importancia de la protección”, Programa de Migraciones Internacionales, OIT en [www.gender.gcim.org/attachments/migacioneslaborales/mujeresespaña.pdf](http://www.gender.gcim.org/attachments/migacioneslaborales/mujeresespaña.pdf)
- **Taran, P., y Geronimi, E.**, “Perspectivas sobre migraciones laborales. Globalización y Migraciones laborales: importancia de la protección”, Programa de Migraciones Internacionales, OIT en [www.gender.gcim.org/attachments/migacioneslaborales/mujeresespaña.pdf](http://www.gender.gcim.org/attachments/migacioneslaborales/mujeresespaña.pdf)
- **Tavares, J.**, *Bien jurídico y función en Derecho penal*, (trad. Cuñarro), Hammurabi, Buenos Aires, 2004.

- **Tavares, J.**, “A crescente legislação penal e os discursos de emergência” en Revista Discursos sediciosos: crime, direito e sociedade, Instituto Carioca de Criminologia, núm., 4, Rio de Janeiro, 1997.
- **Tavares, J.**, “Globalización, Derecho penal y seguridad pública”, en Bacigalupo, S., /Cancio Meliá, M., (coords.), *Derecho penal y política transnacional*, Atelier, Barcelona, 2005.
- **Tavares, J.**, “Globalización, Derecho penal y seguridad pública”, en Bacigalupo, S., /Cancio Meliá, M., (coords.), *Derecho penal y política transnacional*, Atelier, Barcelona, 2005.
- **Taylor, Ch.**, *Hegel y la sociedad moderna*, Siglo XXI, México, 1983.
- **Terradillos Basoco J.M.**, “Marginalidad social, inmigración, criminalización”, en Zúñiga Rodríguez, L., /Méndez Rodríguez, C., /Diego Díaz-Santos, R., (coords.), *El Derecho penal ante la globalización*, Madrid, Colex, 2002.
- **Terradillos Basoco, J.**, “Constitución y Ley penal. La imposible convergencia”, en Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, núm. 11, monográfico, 1986.
- **Terradillos Basoco, J.**, “El Derecho de la globalización luces y sombras” en Capella Hernández, J.R., (coord.), *Transformaciones del Derecho en la mundialización*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999.
- **Terradillos Basoco, J.**, “El derecho de la globalización luces y sombras” en *Transformaciones del Derecho en la mundialización*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999.
- **Terradillos Basoco, J.**, “La criminalidad de los migrantes. Aproximación criminológica”, en Revista Galega de Seguridade Pública, núm. 8, 2006.
- **Terradillos Basoco, J.**, “La satisfacción de necesidades como criterio de determinación del objeto de tutela jurídico-penal”, en Revista Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, núm., 63, 1981.
- **Terradillos Basoco, J.**, “Migraciones ilegales”, Revista de Derecho Social, núm. 4, 1998.
- **Terradillos Basoco, J.M.**, “Las políticas penales europeas de inmigración”, en Puente Aba, M.L., (dir.), Zapico Barbeito, M.,/Rodríguez Moro, L., (coords.), *Criminalidad organizada, terrorismo e inmigración*, Comares, Granada.
- **Terradillos Basoco, J.M.**, “El Derecho penal de la globalización: Luces y sombras” en Capella Hernández, J.R. (coord.), *Transformación del Derecho en la mundialización*, Madrid, Trotta, 1999.
- **Terradillos Basoco, J.M.**, “Extranjería, inmigración y sistema penal”, en Rodríguez Mesa, M.J., /Ruiz Rodríguez, L.R., (coords.), *Inmigración y sistema penal. Retos y desafíos para el siglo XXI*, Tirant lo blanch, Valencia, 2006.
- **Terradillos Basoco, J.M.**, “Inmigración, mafias y sistema penal. La estructura y la pátina”, en Faraldo Cabana, P., (dir) *Derecho penal de excepción. Inmigración y terrorismo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.
- **Terradillos Basoco, J.M.**, “La criminalidad de los migrantes. Aproximación criminológica”, en Revista Galega de Seguridade Pública, núm. 8, 2006.
- **Terradillos Basoco, J.M.**, “Los delitos de tráfico ilegal de mano de obra y abuso de mano de obra extranjera”, Conferencia pronunciada dentro del curso *Inmigración: prevención y control de sus efectos en el ámbito jurídico social*, UIMP, Tenerife, 4/4/2000.

- **Terradillos Basoco, J.M.**, “Sistema penal e inmigración”, en *Serta. In memoriam Alexandri Baratta*, Pérez Álvarez, F., (ed.), Ediciones de la Universidad de Salamanca, Salamanca, 2004.
- **Terradillos Basoco, J.M.**, “Una connivencia cómplice. En torno a la construcción teórica del denominado “Derecho penal del enemigo”, en Cancio Meliá, M., /Gómez Jara-Diez, C., (coords.) *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, Vol. 2, Edisofer, BdeF, Buenos Aires, 2006.
- **Terradillos Basoco, J.M.**, *Terrorismo y Derecho*, Tecnos, Madrid, 1998.
- **Teubner, G.**, “Global law without a State”, Teubner (ed.), Aldershot Dartmouth, 1997.
- **Thome, H.I.**, “Cultura de la seguridad ciudadana en España”, *Opiniones y Actitudes*, 44, Centro de Investigaciones Sociológicas, Madrid, 2003.
- **Tiedemann, K.**, *Poder Económico y Delito*, Ariel, Barcelona, 1985.
- **Toqueville, A.**, *La democracia en América*, México, 1979.
- **Torío López, A.**, “El sustrato antropológico de las teorías penales”, en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid*, 11, (Monográfico Estudios de Derecho penal en Homenaje al Profesor Jiménez de Asúa), junio 1986.
- **Torres Fernández, M.E.**, “El tráfico de personas con fines de inmigración ilegal del artículo 318 bis del Código Penal”, en *La Ley*, Año XXVII, núm. 6491, 2006.
- **Tortosa, J.M.**, *Sociología del sistema mundial*, Madrid, Tecnos, 1992.
- **Travaux préparatoires** de la negociación de la Convención de Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus Protocolos, documento de Naciones Unidas A/55/383/Add.1, de 3 de noviembre de 2000, parágrafo 79. Disponible en <http://daccessdds.un.org/UNDOC/GEN/N00/736/89/PDF/N0073689.pdf?OpenElement>
- **Triandafyllidou, A.**, /**Maroukis, T.**, “The Case of the Greek Islands: The Challenge of Migration at the EU’s Southeastern Sea Borders”, en *Documentos CIDOB*, 17, *Migraciones*, 2008, disponible en [http://www.cidob.org/es/publicaciones/documentos\\_cidob/migraciones/num\\_17\\_immigration\\_flows\\_and\\_the\\_management\\_of\\_the\\_eu\\_s\\_southern\\_maritim\\_borders](http://www.cidob.org/es/publicaciones/documentos_cidob/migraciones/num_17_immigration_flows_and_the_management_of_the_eu_s_southern_maritim_borders).
- **Trías, E.**, *La política y su sombra*, Anagrama, Barcelona, 2005
- **Tyler, T.R.**, “Governing amid diversity: the effect of fair decision-making procedures on the legitimacy of government”, en Vogel, M.E., *Crime, inequality and the state*, Routledge, London, 2007.
- **Vallespín, F.**, *Nuevas teorías del contrato social: John Rawls, Robert Nozick y James Buchanan*, Alianza, Madrid, 1985.
- **Vattimo, G.**, *Nihilismo y emancipación. Ética, política y derecho*, (Traducción Redilla) Santiago Zabala (comp.) Paidós, Barcelona, 2004.
- **Vattimo, G.**, *El fin de la modernidad. Nihilismo y hermenéutica en la cultura postmoderna*, Península, Barcelona, 1985.
- **Vattimo, G.**, *Introducción a Heidegger*, Península, Barcelona, 1996.
- **Vázquez Rocca, A.**, “Individualismo, modernidad líquida y terrorismo hipermoderno; de Bauman a Sloterdijk”, en *Revista Konvergencias, Filosofía y culturas en diálogo*, Año V, nº 17, abril 2008, disponible en [www.konvergencias.net/vasquezrocca168.pdf](http://www.konvergencias.net/vasquezrocca168.pdf)



- **Velásquez V.F.**, “Globalización y Derecho penal”, en Losano, M., Muñoz Conde, F., (coords), *El Derecho penal ante la globalización y el terrorismo, “Cedant arma togae”*, Actas del Coloquio Internacional Humboldt, Montevideo abril 2003, Tirant lo blanch, Valencia, 2004.
- **Vidal Villa, J.**, *Mundialización. Diez tesis y otros artículos*, Icaria, Barcelona, 1996
- **Viejo Viñas, R.**, *Soberanía y gobernanza en la era global*, 2005, disponible en [www.nodo50.org/kinosura/spip/rubrique.php3?d\\_rubrique=124](http://www.nodo50.org/kinosura/spip/rubrique.php3?d_rubrique=124), pág. 7.
- **Villacampa Estiarte, C.**, “Delitos contra los Derechos de los ciudadanos extranjeros”, en Quintero Olivares (dir.) *Comentarios a la parte especial del Derecho penal*, 7ª ed., Aranzadi, Pamplona, 2008.
- **Villacampa Estiarte, C.**, “Normativa europea y regulación del tráfico de personas en el código penal español”, en Rodríguez Mesa, M.J., /Ruiz Rodríguez, L., (coords.), *Inmigración y sistema penal*,
- **Villacampa Estiarte, C.**, “Título XV bis. Delitos contra los ciudadanos extranjeros” en *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, Quintero Olivares, G., (dir.); Morales Prats, F., (coord.), Tercera Edición, Aranzadi, 2002.
- **Villena Rodríguez, M.**, *Demografía, mercado de trabajo y política de inmigración. España vs. UE*, 2006 disponible en [www.eumed.net/coursecon/libreria/](http://www.eumed.net/coursecon/libreria/)
- **Villoro, L.**, “Aproximaciones a una ética de la cultura”, en *Ética y diversidad cultural*, Olivé, L., (ed.) Fondo de Cultura Económica, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1993.
- **Virno, P.**, *Gramática de la multitud. Para un análisis de las formas de vida contemporáneas*, (trad. Gómez/Estop/Santucho), Traficantes de sueños, Madrid, 2003.
- **Vogel, M.E.**, *Crime, inequality and the state*, Routledge, London, 2007.
- **Vozmediano, L.**, /San Juan, C., /Vergara, A.I., “Problemas de medición de miedo al delito. Algunas respuestas teóricas y técnicas”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núms. 10-07, 2008, disponible en [www.criminet.ugr.es/recpc](http://www.criminet.ugr.es/recpc)
- **Wacquant, L.**, “Penalización de la miseria y proyecto político neoliberal”, (trad. Álvarez Uria), *Revista Archipiélago*, núm. 55, 2003.
- **Wacquant, L.**, *Las cárceles de la miseria* ( Trad. Pons H.) Manantial, Buenos Aires, 2000.
- **Wagman, D.**, “Integración e inmigración”, 2008, disponible en <http://www.sosracismomadrid.es/descargas/7.html>
- **Wagman, D.**, *Perfil racial en España: Investigaciones y recomendaciones*, 2006, disponible en [www.ecln.org/link.asp?linkid\\_530](http://www.ecln.org/link.asp?linkid_530)
- **Wallerstein, I.**, *El capitalismo histórico y nuevos movimientos antisistémicos. Un análisis de sistemas del mundo*, Akal, Madrid, 2004.
- **Weber, M.**, *Economía y Sociedad. Esbozo de sociología comprensiva*, (trad. Medina Echavarría), Fondo de Cultura Económica, México, 1944.
- **Weber, M.**, *La ética protestante y el espíritu del capitalismo*, Barcelona, Península, 1989.
- **Weisburd, D./Eck, J.E.**, “¿Qué puede hacer la policía para reducir la delincuencia, los disturbios y el miedo?”, en Bueno Arús, F., et. al, (dirs.) *Derecho penal y criminología como fundamento de la política criminal. Estudios en Homenaje al Profesor Alfonso*

Serrano Gómez, Guzmán Dálbora, J.L./ Serano Maíllo, A., (eds.), Dykinson, Madrid, 2006.

• **Wilson, J.Q., /Herrnstein, R.J.**, *Crime and human nature*, Simon & Schuster, New York, 1986.

• **Wolter, J.**, “Policía y justicia penal en la Unión Europea”, (trad. Gómez Martín) en Mir Puig, S., / Corcoy Bidasolo, M., (dirs.), Gómez Martín, V., (coord.), *Política Criminal en Europa*, Atelier, Barcelona, 2004.

• **Yacobucci, J.G.**, “El dilema de la legalidad en el Derecho penal de los Derechos humanos”, en Cancio Meliá, M., /Gómez Jara-Díez, C., *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, Vol. 2, Edisofer, BdF, Buenos Aires, 2006.

• **Young, J., /Lea, J.**, *¿Qué hacer con la ley y el orden?*, (trad. Gil/Ciafardini), Editores del Puerto, Buenos Aires, 2001.

• **Young, J.**, “Escribiendo en la cúspide del cambio: una nueva criminología para una modernidad tardía”, (Trad. Landívar-González), en Sozzo, M., (coord.), *Reconstruyendo las criminologías críticas*, Ah-Hoc, Buenos Aires, 2006.

• **Young, J.**, *La sociedad “excluyente”. Exclusión social, delito y diferencia en la Modernidad Tardía*, (trad. Bergalli/Sagarduy), Marcial Pons, Madrid, 2003.

• **Zaffaroni, E.R., /Slokar, A., /Alagia, A.**, *Manual de Derecho Penal. Parte General*, Ediar, Buenos Aires, 2005.

• **Zaffaroni, E.R., /Slokar, A., /Alagia, A.**, *Derecho Penal. Parte General. 2ª Ed.*, Ediar, Buenos Aires, 2002.

• **Zaffaroni, E.R.**, “¿Es posible un Derecho Penal del enemigo no autorizado?”, en AA.VV., *Homenaje al Profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Civitas, Madrid, 2005

• **Zaffaroni, E.R.**, “La legitimación del control penal de los “extraños”, en Cancio Meliá, M., /Gómez Jara-Díez, C., (coords.), en Cancio Meliá, M., /Gómez Jara-Díez, C., *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, Vol. 2, Edisofer, BdF, Buenos Aires, 2006.

• **Zaffaroni, E.R.**, “Tóxicos y ley penal” en AAVV, *Problemas vinculados al consumo de sustancias adictivas*, T. II, Nemgraf, Montevideo, 1998.

• **Zaffaroni, E.R.**, *Crimen organizado y globalización*, 2007, disponible en [www.cienciaspenales.net](http://www.cienciaspenales.net)

• **Zaffaroni, E.R.**, *Criminología. Una aproximación desde el margen*, Temis, Bogotá, 1993.

• **Zaffaroni, E.R.**, *El enemigo en el Derecho penal*, Dykinson, Madrid, 2006

• **Zaletel, P.**, “Competing for the highly skilled migrants: Implications for the EU Common Approach on Temporary Economic Migration”, *European Law Journal*, vol. 12, 2006.

• **Zapata-Barrero, R. /van Dijk, T.A.**, (eds.), *Discursos sobre la inmigración en España. Los medios de comunicación, los parlamentos y las administraciones*, CIDOB, Barcelona, 2007.

• **Zino Torraza, J.**, “Inmigración y prácticas sociales discriminatorias”, en Rivera Beiras, I., /Silveira, H.C., /Bodelón, E., /Recasens, A., (coords.), *Contornos y pliegues del Derecho. Homenaje a Roberto Bergalli*, Anthropos, Barcelona, 2006.

• **Zipf, H.**, *Introducción a la política criminal*, (Trad. Izquierdo-Macías, Picavea), Eversa, Madrid, 1979.

- **Žižek, S.**, *“Violencia en Acto” Conferencias en Buenos Aires.*, Hounie, A., (comp.) (Trad. Willson, P.), Paidós, Barcelona, , México, Buenos Aires, 2004.
- **Žižek, S.**, *“Estamos en guerra? ¿Tenemos un enemigo?”*, disponible en [//es.geocities.com/zizekencastellano/artestamosenguerra.htm](http://es.geocities.com/zizekencastellano/artestamosenguerra.htm)
- **Žižek, S.**, *“Estamos en guerra? ¿Tenemos un enemigo?”*, disponible en [//es.geocities.com/zizekencastellano/artestamosenguerra.htm](http://es.geocities.com/zizekencastellano/artestamosenguerra.htm)
- **Žižek, S.**, *Bienvenido al desierto de lo real*, disponible en <http://es.geocities.com/zizekencastellano/artBienvsep2001.htm>
- **Žižek, S.**, *Did somebody say totalitarianism? Five interpretations in the (mis)use of a notion*, Verso, London-New York, 2001.
- **Žižek, S.**, *El espinoso sujeto. El centro ausente de la ontología política*, (trad. Piatigorsky) Paidós, Barcelona, 2001.
- **Žižek, S.**, *Órganos sin cuerpo. Sobre Deleuze y consecuencias*,(trad. Gimeno Cuspintera), Pre-textos, Valencia, 2006.
- **Zolo, D.**, *Lo Stato di Diritto. Teoria, critica.* Cosata, P., Zolo, D., Fettrinelli, G., (eds.), Milano, Campi del Sapere, 2002.
- **Zolo, D.**, *“El espacio jurídico global”*, (trad. Covarrubias González), en Memoria. Revista de Política y Cultura, núm., 185, julio 2004.
- **Zugaldía Espinar, J.M.**, *“La contrarreforma Penal (El annus horribilis de 2003) y el Anteproyecto de Reforma del Código Penal de 2006”*, en Bueno Arús, et.al (dirs.) *Derecho penal y criminología como fundamentos de la política criminal. Estudios en Homenaje al Prof. Alfonso Serrano Gómez*, Dykinson, Madrid, 2006,.
- **Zúñiga Rodríguez, L.**, *“El inmigrante como víctima: contradicciones del tratamiento penal del fenómeno de la inmigración”*, en *La reforma penal a debate*, Diego Díaz Santos, Fabián Caparrós, Rodríguez Gómez, (coords.), XII Congreso Universitario de Derecho Penal, Salamanca, 2004.
- **Zúñiga Rodríguez, L.**, *“Relaciones entre Derecho penal y Derecho administrativo sancionador ¿Hacia una “administrativización” del Derecho penal o una “penalización” del Derecho Administrativo sancionador?”*, en Nieto Martín, A., (coord.), *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos. In memoriam.*, Vol. I, Ediciones de la Universidad de Castilla- La Mancha, Ediciones de la Universidad de Salamanca, Cuenca, 2001.
- **Zúñiga Rodríguez, L.**, *Política Criminal*, COLEX, Madrid, 2001.
- **Zysman Quirós, D.**, *“Nada funciona (Nothing Works) en el sistema penal? Recuerdos y reflexiones sobre el histórico artículo de Robert Martinson”*, , en Rivera Beiras, I., /Silveira, H.C., /Bodelón, E., /Recasens, A., (coords.), *Contornos y pliegues del Derecho. Homenaje a Roberto Bergalli*, Anthropos, Barcelona, 2006.