

# EFFECTOS DE LA CRISIS DEL *WELFARE STATE* EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO PENAL

Por José Ramón Serrano-Piedecasas

Catedrático de Derecho Penal  
Universidad de Castilla La Mancha

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. CRISIS DEL ESTADO SOCIAL. III. ADECUACIÓN DEL ESTADO SOCIAL A LAS NUEVAS NECESIDADES CAPITALISTAS. 1. Adecuación del Estado Social al nuevo modelo de acumulación. 2. Adecuación del Estado a las nuevas necesidades de legitimación. IV. REPERCUSIONES DE LA CRISIS EN EL ESTADO DE DERECHO. V. EFECTOS DE LA CRISIS EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO.

## I. INTRODUCCIÓN

El terrorismo constituye un fenómeno histórico y social de indudable actualidad. El tratar de comprenderlo exige una profunda reflexión que, por supuesto, no se agota con su estudio jurídico. Prueba de ello es la extensísima bibliografía existente, que abarca una pluralidad de enfoques que van desde sus aspectos materiales y sociales hasta los históricos. En otras palabras, las formas específicas a través de las cuales se manifiesta este tipo de violencia, la reacción institucional y social provocadas por el terrorismo, y el origen, la evolución y el medio histórico en el que tiene lugar<sup>1</sup>.

El objeto de estas breves reflexiones va más allá de un análisis comparado de las legislaciones antiterroristas europeas o anglosajonas. Nuestro interés se centra en poner de manifiesto la existencia de una relación causal que va desde la norma de excep-

<sup>1</sup> BARATTA "Violencia social y legislación de emergencia en Europa" en *Democracia y leyes antiterroristas en Europa*. Bilbao 1985, p.15.

ción hasta la crisis del Estado Social; o, en otros términos, reconstruir el itinerario que partiendo de la crisis de las dos funciones básicas del Estado —acumulación de plusvalía y legitimación social—, pasa por las transformaciones operadas en los propios fundamentos de la democracia representativa. Es decir, cuando la democracia liberal burguesa resulta desplazada por la democracia social burguesa, "consensual, integrista, autoritaria y protegida"<sup>2</sup>, para terminar con la aparición de un significativo despliegue de la "normativa de excepción" integrada, casi en su totalidad, por la denominada legislación antiterrorista.

El proceso comienza, evidentemente, con la aparición de la crisis del Estado Social o Asistencial en los inicios de la década de los años setenta. Crisis que no supone, en el ámbito económico, un cambio en el modo de producción, sino más bien, la posible entrada en una nueva fase del capitalismo desarrollado. No obstante, llamémosla crisis o adecuación a las nuevas necesidades acumulativas, existen elementos suficientes como para sostener que el Estado Social o el *Welfare State* ha llegado a convertirse en una traba al proceso de acumulación del capital. El capital social y el gasto social han generado un proceso, entre sí contradictorio, que en forma recurrente alimenta la presencia de la crisis<sup>3</sup>. Las consecuencias de este proceso son dobles: en primer lugar, el Estado debe potenciar, en perjuicio de su función de legitimación social del sistema, la acumulación del plusvalor<sup>4</sup>; en segundo lugar, y efecto directo de esa obligada opción, la intervención del Estado Social debe canalizarse a través de la inversión social, financiación de proyectos y servicios que posibiliten un aumento de la productividad, en detrimento del consumo social, proyectos que abaraten el coste de la reproducción del trabajo.

<sup>2</sup> FERRAJOLI "¿Existe una democracia representativa?" en *Democracia representativa y capitalismo maduro*, El Viejo Topo, Barcelona, 1983, p. 64.

<sup>3</sup> O'CONNOR *The crisis fiscal of the State*, New York 1973, p. 43.

<sup>4</sup> GARCÍA MÉNDEZ *Autoritarismo y Control Social*, Buenos Aires, 1987, p. 81.

La crisis admite la siguiente lectura: los obstáculos que impiden el proceso de acumulación provienen de la caída de la tasa de ganancia. Siendo esto así, la corrección de este impedimento pasa necesariamente por el mencionado incremento de la productividad lo que lleva, por una parte, a la reducción de los gastos improductivos, tales como los de educación, asistencia social, prestaciones sociales, etc., y, por otra, al desempleo<sup>5</sup>. El gasto social ha venido cumpliendo un papel clave en el proceso de legitimación del Estado, pues era la garantía de una cierta armonía social. Sin embargo, los drásticos recortes operados en aquél han determinado, como expresa Habermas, el traspaso de la función legitimadora del Estado de la esfera económica a la política<sup>6</sup>.

Las bases de legitimación del Estado Social o Asistencial radicaban en la participación universal tendente a la formación de la voluntad política y, en la posibilidad de usufructuar, sin distinciones de clase, de las prestaciones y servicios del Estado<sup>7</sup>. La transformación del Estado Social, requisito ineludible para la superación de la crisis, ha afectado en forma directa a sus bases legitimadoras. El resultado más inmediato ha sido la transformación de la legitimación legal en una legitimación política de tipo democrático consensual<sup>8</sup>; o, como dice Stame, la racionalidad formal — "el imperativo de la Ley" — ha iniciado una difícil convivencia con mecanismos consensuados de control que "procuren obediencia o sumisión"<sup>9</sup>.

El predominio del Ejecutivo y de la Administración acentúa su presencia, a medida que la limitación de recursos constriñe el espacio de decisión política. Esta tendencia acarrea, a su vez,

<sup>5</sup> MISHRA *The Welfare State in crisis*, Norfolk, 1984, p. 36.

<sup>6</sup> HABERMAS "Un modelo de compromiso del estado Social", en *Teorema* nº13 y 14, 1983.

<sup>7</sup> OFFE *Lo Stato nel capitalismo maturo*. Milano, 1977, p. 130 y ss.

<sup>8</sup> FERRAJOLI *op. cit.* pp. 63 y 64.

<sup>9</sup> STAME *Teoria dello Stato e controllo sociale en a Questione Criminale*, nº 2, p. 185.

otras consecuencias, entre las que destaco dos de suma importancia: la conversión del Estado en el lugar privilegiado de la lucha de clases<sup>10</sup>—reivindicaciones y demandas que se canalizan por la vía jurídica o institucional— y la pérdida de protagonismo del Parlamento como supremo órgano de formación de la voluntad política. Institución, esta última, que se ve menoscabada por la injerencia de formaciones sociales no universalmente representativas: la cúpula dirigente de los grandes partidos, los altos cargos de la Administración y las asociaciones patronales o sindicales<sup>11</sup>. De esta forma, las asociaciones o fuertes grupos financieros, con la representación de un único interés, común a muchos pero no de todos, ocupan una parte del ámbito parlamentario, constituyéndose, como acertadamente expresa Habermas, en una "esfera casi autónoma para un ejercicio casi político del poder"<sup>12</sup>.

Tras la crisis del *Welfare State* se ha generado una explosión de conflictividad social en el seno de las sociedades del capitalismo central y en las áreas del capitalismo periférico. En el primer caso, se viene produciendo una amenaza a las bases ideológicas del "consenso político"; en el segundo, son las propias estructuras materiales de las relaciones sociales de producción las cuestionadas. Es en este contexto en el que se produce una transformación autoritaria del Derecho, donde la crisis y la excepcionalidad legislativa van estrechamente unidas y donde es posible percibir una "politización de los derechos penales"<sup>13</sup>.

Un "gobierno de la crisis" requiere una "normativa de crisis". Esta normativa constituye la legislación denominada excep-

<sup>10</sup> DE CABO MATÍN, *Crisis del Estado social*, Barcelona, 1986, p. 86.

<sup>11</sup> KARSCH/SCHMIEDERER, "Evolución Funcional del poder legislativo", en *Introducción a la Ciencia Política*, Direc. Abendroth/Lenk Anagrama. Barcelona, 1973, pp. 208 y 209.

<sup>12</sup> HABERMAS *Problemas de legitimación en el capitalismo maduro*, Buenos Aires, 1975, p. 194.

<sup>13</sup> BARATTA "Viejas y nuevas estrategias en la legitimación del Derecho penal" en *Rev. Poder y Control*, Barcelona, nº 0, 1986, p. 86.

cional, especial, *temporary provisions* o *dell' emergenza*. Nota común a todas ellas es la de incluir disposiciones suspensivas de determinadas libertades y derechos fundamentales. La legislación antiterrorista constituye el núcleo de esta normativa. Sin embargo, un cuidadoso análisis de la misma permite descubrir una pretensión que va más allá de la represión de estas conductas delictivas. Me refiero a la puesta a punto de una política criminal dirigida a garantizar el "orden público" o la "seguridad ciudadana"; o como afirma Portilla Contreras: "una legislación que responde a la idea de traducir lo excepcional en normal y la seguridad del Estado en seguridad de los ciudadanos"<sup>14</sup>.

Si esto es así, la pregunta clásica de la filosofía política, ¿cómo es posible fundamentar racionalmente a la sociedad?, se transforma en esta otra: ¿cómo es posible que el individuo se someta al orden impuesto por el Estado?<sup>15</sup>. La calidad de la respuesta ha sido diferente en el capitalismo central que la obtenida en sus áreas periféricas.

El consenso dado por la ciudadanía en los países del capitalismo central a este tipo de medidas restrictivas de los derechos y libertades públicas se ha logrado gracias a la combinación de diversos factores:

a) El manejo de recursos jurídicos que hacen aparecer ante los ojos de los ciudadanos la formal legitimidad de esta legislación excepcional. Luhmann aporta una solución técnica que evita la ruptura de las instituciones representativas: "Toda organización social conoce el *management by exception*. Este modelo se puede transferir a la política de forma ampliada, en el sentido de una activación excepcional de los recursos

<sup>14</sup> PORTILLA CONTRERAS, "La configuración del 'Homo Sacer' como expresión de los nuevos modelos del derecho penal imperial", en LH Alexandri Baratta. Salamanca, 2004, p. 1403.

<sup>15</sup> STAME *op. cit.* p. 191.

del poder"<sup>16</sup>. Es decir, en el plano jurídico no existe, salvo algunas excepciones, ningún problema formal que impida hacerse con los instrumentos legales adecuados.

b) La utilización del "impacto emocional", que provocan en la opinión pública las actividades terroristas, para justificar por razones de "interés general"<sup>17</sup> la ampliación de los poderes del Ejecutivo en detrimento del Poder Judicial.

En los países periféricos, por ejemplo en Latinoamérica, las soluciones interpuestas han sido mucho más drásticas: la destrucción social y la pena de "desaparición". La Doctrina de la Seguridad Nacional aportó confusos argumentos que permitieron la criminalización de toda forma de disenso político<sup>18</sup>.

El reforzamiento "autoritario" de la democracia se ha logrado a costa de pagar un precio quizás demasiado alto: la vigencia de determinadas disposiciones excepcionales de carácter represivo que han alterado profundamente los planteamientos garantistas y liberales del viejo Estado de Derecho. Desde el punto de vista formal, la legislación antiterrorista queda recogida en leyes especiales dispersas, o en los propios artículos del Código Penal o del Procedimiento Penal convenientemente modificados. En este segundo caso, si bien es encomiable la voluntad legislativa de hacer prevalecer la normativa ordinaria, el grave peligro que se cierne lo constituye el "trasvase" de la excepcionalidad a los cuerpos legales ordinarios.

<sup>16</sup> LUHMANN *Macht*, Stuttgart, 1975, p. 197. En el mismo sentido: FOUCAULT *Saber y verdad. Nuevo orden interior y control social*, Madrid, 1991, pp. 165 y 166.

<sup>17</sup> GOMÉZ BENÍTEZ "Crítica de la política criminal del orden público" en *Rev. Cuadernos de Política Criminal*, nº 16, 1983, p. 56.

<sup>18</sup> GARCÍA MÉNDEZ: Epílogo a la edición castellana de la obra de RUSCHE y KIRCHEIMER, 1984, p. 267.

## II. CRISIS DEL ESTADO SOCIAL

El Estado capitalista se encuentra atrapado entre dos exigencias: la legitimación social del sistema y la acumulación de plusvalía. La historia del Estado moderno se podría resumir en las diferentes fórmulas empleadas para hacer compatible esta doble exigencia. Hasta el momento, no se ha tenido éxito en resolver esta contradicción. Cada uno de los modelos conocidos —Estado Absoluto, Estado Liberal, Estado Intervencionista y Estado Social— entraron en crisis, ya fuera por no cumplir con las exigencias dimanantes del proceso de acumulación, o debido al desarrollo alcanzado en las reivindicaciones sociales.

Por Estado Social se entiende a la estructura del poder público en las sociedades capitalistas altamente industrializadas y poseedoras de una Constitución democrática<sup>19</sup>. Este concepto hace referencia a la mediación entre Estado y Sociedad, que tiene lugar en el sistema de organización y decisión política. Así, el concepto también se refiere al Estado Social en su variante de *Welfare State*, al contar con sistemas de seguridad social, con la garantía de la coadministración estatal. Y, por último, presupone la exigencia de organizar democráticamente el proceso de reproducción económica de la sociedad.

El Estado Social aparece, a diferencia del modelo liberal, como un Estado que interviene en el orden económico y en el social. Esta interrelación entre tales ámbitos es la que determina los caracteres del Estado Social. La defensa de la armonía espontánea de la sociedad (*laissez faire*) propugnada por el liberalismo, es sustituida por la idea de que la convivencia social debe perfeccionarse a través de la actuación del Estado tanto en el ámbito económico como en el político.

<sup>19</sup> KAMMLER "El Estado Social", en *Introducción a la Ciencia Política*, Direc. Abendroth/Lenk Anagrama. Barcelona, 1973, p. 91.

Tal mediación se intenta legitimar a través de la teoría del consenso. "El consenso permite reemplazar la idea del Contrato Social, que no se demuestra apta para fundamentar la intervención del Estado sobre los propios contratantes y que precisamente desnaturaliza toda posibilidad de Contrato Social y de autonomía de libertad"<sup>20</sup>. De esta manera se gana en eficacia a la hora de ejercitar el Estado el control sobre la disidencia. De ahí la importancia que cobran los llamados controles informales, la sociología y la propia criminología como ciencias encargadas de su análisis.

La organización democrática del Estado desemboca en la aplicación masiva y organizada del poderío social en el poder público. La clase trabajadora se organiza en partidos y sindicatos. De forma correlativa, las clases superiores agrarias e industriales, se ven obligadas a hacer lo propio. Las organizaciones patronales pasan a ejercer una notable influencia en la Administración estatal y en los medios de comunicación de masas. Esto se realizará a través de una ideologización de sus intereses particulares, en intereses generales<sup>21</sup>. En suma los más influyentes sectores del capitalismo industrial y financiero, condicionan la estabilización y ampliación de la democracia, logro de una influencia eficaz sobre las decisiones del Estado, de la sociedad en general y de los órganos configuradores de la opinión pública.

Estos objetivos no se alcanzan sobre la base de la representación política directa, sino debido a la combinación de dos factores: la conformidad ideológica y la similitud de los intereses que tienen la dirección capitalista y la burocracia estatal<sup>22</sup>. En los hechos son aquellos sectores los que se encargan de regular el proceso democrático.

<sup>20</sup> BUSTOS "Estado y control: La ideología del control y el control de la ideología", en *El Pensamiento Criminológico* II, Barcelona, 1983, p. 79.

<sup>21</sup> KAMMLER *op. cit.* p. 9.

<sup>22</sup> FERRAJOLI *op. cit.* pp. 43 y ss.

No obstante para que el sistema pueda mantenerse y reproducirse se requiere del cumplimiento de dos requisitos fundamentales: a) el crecimiento del consumo y del bienestar social. Parte del fundamento del neocapitalismo se basa en el aserto de Keynes y Beveridge de que el gasto social mantiene y genera fuerza de trabajo para el mercado; b) el crecimiento constante del Producto Nacional Bruto. Como dice García-Pelayo, "El neocapitalismo de los países desarrollados constituye la infraestructura económica sobre la que se ha construido el Estado Social"<sup>23</sup>. Si esto es así, la pregunta que cabe hacerse es: ¿Qué pasará si el sistema entra en crisis? Una respuesta inmediata sería la de que esta eventualidad acarrearía graves problemas a la pervivencia del Estado Social.

En la evolución del Estado Social se pueden distinguir tres períodos caracterizados por una permanente interrelación entre el crecimiento económico y la democracia política:

1. Una primera fase de expansión del Estado Social, se corresponde con el nivel más alto de reivindicación y organización de la clase trabajadora, así como con un espectacular crecimiento económico en los países altamente industrializados. Es la fase de mayor desarrollo democrático que marca el auge de la socialdemocracia. El excedente económico permitió una relativa y beneficiosa redistribución de la renta en favor de las clases trabajadoras, lo cual permite cuestionar el papel revolucionario de la lucha de clases y quitar la importancia debida a la ley del valor y su potencialidad reproductiva.

2. En la década de los setenta se inicia una segunda fase de freno y control al crecimiento del Estado Social. Una buena parte del presupuesto no pasa ya a financiar la reproducción y condiciones de la fuerza de trabajo, sino a incrementar la productividad empresarial, seriamente comprome-

<sup>23</sup> GARCÍA-PELAYO *Estado social y sistema económico*, Madrid, 1979, p. 74.

tida por las llamadas "crisis del petróleo". Es la fase del modelo corporativista que posibilita la ruptura de la organización obrera. La esencia de este corporativismo, reside en reunir en torno a un pacto (concertación) a los organismos centrales de las asociaciones sindicales y patronales. El consenso queda restringido a la cúpula de dichas organizaciones y a los altos niveles de la Administración estatal. De esta manera se produce una especie de síntesis de la teoría del "pacto social" y del "consenso"<sup>24</sup>.

3. Una tercera fase, la actual, comienza con una ligera recuperación económica a principios de los ochenta para convertirse en un nuevo período de estancamiento con amenaza de recesión. En efecto, la mayoría de los países, al reaccionar contra la explosión mundial de la inflación<sup>25</sup>, acaecida a finales de la década de los setenta, han llegado a tolerar tasas de desempleo mucho más altas que en el pasado. Aunque es muy difícil tener una visión global de lo que está sucediendo, sí se puede hablar de crisis del Estado asistencial. Las consecuencias sociales y políticas son notorias: el crecimiento incontrolado del desempleo y la pobreza en vastas zonas del planeta, la privatización de los servicios públicos, los recortes en los gastos sociales, la crisis ideológica en el seno de los partidos de izquierda, la pérdida de representatividad política, el aumento de las actividades terroristas, la inmigración desordenada, el crimen organizado, el deterioro del medio ambiente, etc. Una creciente conflictividad social que las democracias del mundo desarrollado tratan de paliar recurriendo a un ejercicio muchas veces arbitrario de su autoridad<sup>26</sup>. En este sentido, los

<sup>24</sup> BUSTOS *op. cit.* p. 83.

<sup>25</sup> De distinta opinión U.BECK (*¿Qué es la globalización?* Barcelona, 1998, p. 176): "...la variante mas suave de la nostalgia del Estado social de izquierdas ignora que la crisis del sistema social no es de carácter coyuntural".

<sup>26</sup> Véase DE GIORGI, *Il governó dell'eccedenza*, Verona, 2002, pp. 74-75. El autor sugiere la existencia de un nuevo modelo 'imperial' de control social quizás exagerado. Más acertada es la opinión de MELOSSI quien considera que en las nuevas formas de

rasgos más llamativos del programa de gobierno del que fuera Presidente de Estados Unidos Reagan y en la actualidad Bush serían: a) la transferencia de los recursos de los pobres a los ricos; b) la intervención masiva del Estado en la economía a través del sistema militar; c) y una política exterior más "activa", en el sentido de un incremento de la agresión internacional, del terrorismo de Estado y de la subversión.

No obstante, la crisis se configura como una crisis estructural y no general; con la particularidad de que la misma se transforma en una crisis política que afecta al conjunto de las relaciones sociales sobre las que descansa el Estado asistencial. Esta coyuntura particular es la que permite que aquélla se proyecte como una crisis de legitimación<sup>27</sup>. Comparto la opinión de Cabo Martín al preguntarse si sería más correcto hablar, más que de crisis, de *adecuación* del Estado a una nueva fase del capitalismo<sup>28</sup>. Quizás sea demasiado pronto para contestar afirmativamente a esta cuestión. De todas maneras, lo que sí parece indudable es que hoy el Estado actúa como gobierno de la crisis.

Además del concepto de crisis se nos plantea el interrogante de su alcance. Como se verá, la misma se articula también, como crisis ideológica<sup>29</sup> y de las instituciones político-jurídicas. Pero en estas últimas con la particularidad de que se producen sin romper las formas legales dadas previamente y ello debido a que la crisis no es de carácter general.

Algunos autores consideran que el capitalismo posee aún suficientes recursos como para salir de esta situación, si bien con-

control aún conviven tendencias de tipo meramente neutralizantes y tendencias de tipo autoritario-resocializante. "Discussione a mo di prefazione: carcere, postfordismo e ciclo di produzione della canaglia" en, *Il governò dell'eccezenza*, Verona, 2002, p. 19. Cita PORTILLA CONTRERAS, "La configuración del 'Homo Sacer'..." *op. cit.* p. 1407.

<sup>27</sup> GARCÍA MÉNDEZ *op. cit.* p. 74. En este sentido 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" *op. cit.* p. 1409.

<sup>28</sup> CABO MARTÍN DE *op. cit.* p. 50.

<sup>29</sup> POULANTZAS *Las clases sociales y el capitalismo maduro*, Madrid, 1977 *passim*.

dicionada a la aplicación de profundas transformaciones en el ámbito de las funciones de acumulación. Remedios que lejos de contener la crisis son, paradójicamente, los más indicados para profundizarla. Habermas se expresa así sobre este punto: "Por ahora no veo ninguna posibilidad de decidir, con argumentos sólidos, la pregunta por las posibilidades de auto-transformación del capitalismo tardío. Pero no excluyo la perspectiva de que la crisis económica puede ser contenida en el largo plazo, aunque sólo de tal modo que los imperativos contradictorios de autogobierno, determinados por la compulsiva necesidad de valorar el capital, generen una serie de nuevas tendencias a la crisis. La tendencia, hoy actuante, a la perturbación del crecimiento capitalista puede manejarse administrativamente y ser desplazada poco a poco al sistema socio-cultural, pasando por el sistema político"<sup>30</sup>. En sentido similar se manifiesta Ulrich Beck: "Este círculo vicioso en el que cae el estado asistencial no sólo es el resultado de unos recursos decrecientes junto a unos gastos que crecen como la espuma, sino también de la falta de medios de pacificación conforme el abismo entre pobres y ricos se va haciendo cada vez mas grande"<sup>31</sup>.

### III. ADECUACIÓN DEL ESTADO SOCIAL A LAS NUEVAS NECESIDADES NEOCAPITALISTAS

Esta situación, que manifiesta tanto una crisis de acumulación y de reproducción de la fuerza de trabajo, como de legitimación, ha tratado de ser resuelta a través de cambios operados en las funciones que debe desarrollar el Estado. En suma a la adecuación del Estado Social a las nuevas necesidades del proceso

<sup>30</sup> HABERMAS *op. cit.* p. 58.

<sup>31</sup> U.BECK "¿Qué es la ...?. *op. cit.* p. 23.

capitalista. En primer lugar, se señalarán los aspectos en los que el Estado Social supone una traba al proceso de acumulación. En segundo lugar, el impacto de esta adecuación en el ámbito de la legitimación.

### 1. Adecuación del Estado Social al nuevo modelo de acumulación

Un presupuesto esencial del capitalismo, desde el que se debe partir, es la relación entre la acumulación del plusvalor y el dominio capitalista de la fuerza de trabajo en el lugar de la producción. Los obstáculos de tal acumulación son las anomalías más graves que pueden afectar al capitalismo. Estas anomalías se convierten en los factores determinantes de la crisis. El Estado Social se presenta hoy como un impedimento para la superación de los obstáculos del proceso de acumulación.

Según Wright<sup>32</sup> la naturaleza de estos impedimentos la conforman aquellas causas que sitúan el origen de los mismos en las contradicciones que genera el desarrollo de las fuerzas productivas. Entre las teorías explicativas del anterior fenómeno se pueden señalar las teorías de la composición orgánica del capital y la subconsumista.

Se entiende por composición orgánica del capital la proporción existente entre capital constante y variable<sup>33</sup>, determinada por la proporción entre el volumen de los medios de producción y la fuerza de trabajo. La teoría, antes aludida, estima que el crecimiento de la composición orgánica del capital implica una disminución del capital variable y un correlativo aumento del capital constante. Esta relación trae aparejada, por tanto, que a un crecimiento de la composición orgánica del capital se siga una inevitable disminución de la tasa del beneficios. Disminución

<sup>32</sup> WRIGHT *Clases, Crisis y Estado*, Madrid, 1983, p. 56.

<sup>33</sup> Por capital variable se entiende: la parte del capital invertido en la compra de la fuerza de trabajo. Por capital constante: la parte del capital que existe bajo la forma de valor de los medios de producción.

que sólo quedaría paliada por el aumento en la tasa de explotación, incapaz, a la larga, de equilibrar la caída de la tasa de ganancia. Cuando la caída de la tasa de ganancia supera un determinado nivel, se produce la crisis. Los capitales menos rentables desaparecen, disminuyen las inversiones y aumenta el desempleo.

Las teorías subconsumistas se basan en el hecho de que el nivel absoluto de plusvalía<sup>34</sup> tiende a crecer en la sociedad capitalista, con el consiguiente aumento de la producción. Sin embargo, la realización de esta cantidad de plusvalía encuentra dificultad en su realización dado que la capacidad de consumo es inferior a la capacidad de producción. Esto hace necesario, para superar tal contradicción, la liberación de capital de consumos improductivos y, de forma análoga, una desvalorización del capital. Aquí, una vez más, se ponen de manifiesto los límites internos de la producción capitalista.

La fórmula empleada para contrarrestar este efecto es la de incentivar el consumo a través de concesiones de créditos baratos. Se trata, pues, de transferir el coste de la desvalorización del capital a la colectividad. De crear canales de distribución de la plusvalía para conseguir nuevos consumos. En otras palabras, se trata de dar autonomía al capital financiero respecto de la empresa productiva<sup>35</sup>.

Como se decía, la corrección de este impedimento lleva al Estado a fijarse como objetivo prioritario el incremento de la productividad del sistema económico. Este objetivo lo logrará apoyando solamente a los sectores económicos con capacidad de expansión y realizando inversiones, no rentables, destinadas a la creación de las infraestructuras necesarias para el aumento de la

<sup>34</sup> Por plusvalía absoluta: el valor que el trabajo del obrero asalariado crea después de cubrir el valor de su fuerza de trabajo.

<sup>35</sup> STEFANELLI *La crisi del capitalismo italiano degli anni 70*. Conferencia dada en el Instituto Gramsci, de Bolonia, el 30 de noviembre de 1973. Citado por BARCELLONA, *El Estado y los juristas*, Barcelona, 1976, p. 229.

productividad nacional. Consecuencias de esta nueva política económica son las tendencias conducentes a la privatización y desnacionalización de servicios y sectores económicos.

Sin embargo, si el obstáculo a la acumulación se considera que radica en la tendencia del capitalismo monopolista del subconsumo, el mecanismo corrector habitual consiste en la aplicación de las leyes keynesianas. No obstante, el gasto social del Estado ha aumentado mucho más de lo deseable; y ello debido a las propias necesidades de legitimación del sistema. El Estado así, se ve constreñido a impulsar una política de recorte de los gastos improductivos, como son los de seguridad social, educación, asistencia social, etc.

Si se considera que las trabas a la acumulación de plusvalía son de naturaleza legal o institucional, legislación protectora del medio ambiente, legislación sobre la obtención de materias primas, etc., es indudable que el Estado Social se sitúa en el centro de la crisis, por lo que se requiere su transformación<sup>36</sup>.

## 2. Adecuación del Estado a las nuevas necesidades de legitimación

Como es de todos conocido, la legitimidad es la base indispensable sobre la que se asienta toda autoridad política. De acuerdo con Max Weber<sup>37</sup>, existen diferentes representaciones históricas de legitimidad. Las leyes son legítimas, si han sido legítimamente sancionadas; y la sanción es legítima si se ha dado en conformidad con las leyes que prescriben el procedimiento a seguir. Este criterio de racionalidad formal weberiano, que ha servido para fundamentar el principio de legalidad inserto en la legitimación, sin embargo, hoy ya no es suficiente. La legitimación, en la actualidad, precisa de un nuevo requisito: el consenso generalizado de los ciudadanos sobre los valores y los beneficios que se

<sup>36</sup> Véase U. BECK ¿Qué es la ...?. *op. cit.* pp. 15 y ss.

<sup>37</sup> MAX WEBER *Economía y Sociedad*, México, 1979.

derivan del ejercicio del poder<sup>38</sup>.

En la etapa del capitalismo liberal el principio organizativo era el que regulaba las relaciones entre el trabajador asalariado y el capital, todo ello basado en el sistema del derecho privado burgués. Con la institucionalización del mercado, el Estado pasa a ser una institución complementaria en el juego de la oferta y la demanda. "El mercado desarrolla la doble función de integración del sistema e integración social"<sup>39</sup>. Así se explica cómo la crisis económica hizo entrar, a su vez, en crisis al sistema político.

En efecto, la transformación del capitalismo liberal en otro socialmente organizado, a través de un proceso de concentración y centralización del capital, condujo a una necesaria reorganización del Poder Público. Más aún, a una readecuación de sus principios legitimadores. El Estado de bienestar ha roto así las bases tradicionales de legitimación de la sociedad liberal, ancladas en la filosofía de la libertad individual y de la economía de mercado. Como dice Pico, "los fundamentos filosóficos de la ética protestante han sido minados por esta nueva formulación estatal"<sup>40</sup>.

Esta nueva formulación implica que el Estado y la sociedad han dejado de ser sistemas autónomos interregulados y se han transformado en dos sistemas fuertemente interrelacionados. El Estado Social de bienestar podría ser definido en términos de un proceso de carácter histórico en el que se ha producido, según Habermas, el doble fenómeno de la "socialización del Estado" y la "estatalización de la sociedad"<sup>41</sup>. La nueva esfera pública así formulada no puede ser ya concebida, ni como esfera puramente privada, ni como esfera estrictamente pública.

La legitimación, en este contexto, actúa en primer lugar, sobre el plano político e institucional, para penetrar mediante

<sup>38</sup> PICO *Teorías sobre el Estado de bienestar*, Madrid, p. 130.

<sup>39</sup> *Ibidem* p. 112.

<sup>40</sup> *Ibidem* p. 13.

<sup>41</sup> HABERMAS *Historia y crítica de la opinión pública. La transformación estructural de la vida pública*, Barcelona, 1981, p. 173.

complejos mecanismos en todo el entramado social hasta la esfera privada individual. El avance de la organización democrática contradice la legitimación basada en el individuo. Las consecuencias sociológicas que conlleva este proceso son enormes. La legitimidad actual se basa en la participación de los valores del sistema. En efecto, la ampliación del campo de materiales manejados administrativamente exige la lealtad de las masas y, como dice Habermas<sup>42</sup>, esta necesidad de legitimación debe satisfacerse hoy con los medios de la democracia política.

Según Offe<sup>43</sup> las bases de legitimación son dos en esencia: la participación universal en la formación de la voluntad política y la posibilidad de usufructuar, sin distinciones de clases, las prestaciones y servicios, así como sus intervenciones reguladoras.

El Estado se ve en la imperiosa necesidad de llevar adelante una democratización del conjunto de la sociedad y de actuar con criterios de eficacia propios de la empresa privada. Sin embargo, esta apreciación requiere ser comentada. El Estado capitalista no se orienta directamente hacia la consecución de la eficiencia social, sino más bien hacia el incremento de la misma en función de los objetivos de intercambio privado y acumulación. Del mismo modo que el proceso económico beneficia a unas minorías, el proceso político sigue teniendo como objetivo consolidar el poder de determinados grupos políticos, que a su vez tratan de imponer los intereses particulares de la capa económicamente dominante. La escolarización, los planes de enseñanza, por ejemplo, no tienen el propósito de proporcionar conocimientos como objetivo prioritario. Su finalidad es adiestrar a los jóvenes en el uso de su fuerza de trabajo, como mercancía en el mercado de trabajo. En otras palabras: "El sistema capitalista no es eficiente y efectivo por sus propios criterios, sino en la medida

<sup>42</sup> *Ibidem* p. 256.

<sup>43</sup> OFFE *Le Stato nel capitalismo maturo*, Milano, p. 130 y ss.

que tiene éxito en la universalización de la forma mercancía"<sup>44</sup>. También en este mismo sentido hay que entender por parte del Estado el reconocimiento de un vasto elenco de derechos sociales exclusivamente visualizado desde la necesidad de garantizar una reproducción sin tensiones de la fuerza de trabajo.

La intervención y la planificación se pretenden legitimar a través de la teoría del consenso. De ahí la importancia que toma, una vez más, la sociología y la criminología (*social deviance*), como herramientas de trabajo que permiten efectuar la selección básica entre los que aceptan el sistema y los que disienten de él. Algún autor<sup>45</sup> opina que el problema de la legitimación del Estado se desplaza del campo de la racionalidad formal al de los mecanismos que procuran obediencia y sumisión. Paradójicamente, este proceso entra en contradicción con la tradición democrática liberal de occidente y, para ser más concretos, con el empleo universal de la democracia como soporte de legitimación.

Si esto es así, la transformación y la desaparición del Estado Social como requisito ineludible para la superación de la crisis en el ámbito económico y social, conlleva la transformación del Estado democrático. Entendiendo por tal, el Estado que garantiza al ciudadano el pleno disfrute de los derechos y de las libertades fundamentales. Comienza, pues, a abrirse paso la tesis de si la compatibilidad entre democracia y capitalismo es sólo coyuntural. Si la voluntad democrática del Estado Social depende del incremento de sus indicadores económicos.

<sup>44</sup> PICO *op. cit.* p. 120.

<sup>45</sup> STAME *op. cit.* p. 179 y ss.

#### IV. REPERCUSIONES DE LA CRISIS EN EL ESTADO DE DERECHO

La adecuación pasa también por la función legitimadora que cumple el Estado. Esta crisis política se debe fundamentalmente a dos causas: la creciente intervención del Estado en la economía y el aumento de autonomía del Estado respecto a la sociedad civil. Las consecuencias de este proceso son las tendencias autoritarias en el seno del capitalismo central. Además, la teoría del consenso tampoco logra solucionar el problema de la legitimación. Y ello se debe a que el Estado del bienestar no cuenta ya con el excedente económico necesario para seguir garantizando el disfrute de sus prestaciones por parte de sus ciudadanos.

En el siglo XX el modelo de Estado liberal burgués entra en crisis profunda. El viejo capitalismo deviene en su fase superior en monopolístico y concentrado, asistido y protegido estatalmente. Esta mutación del modo de conservación y desarrollo del capitalismo significa el fin del Estado exclusivamente político, es decir, como simple garante externo de las leyes del mercado, como guardián del orden público. El Estado en esta nueva fase, la social, se convierte en instrumento de tutela, de organización y de control de la fuerza de trabajo y al mismo tiempo en elemento de regulación interna del proceso de acumulación capitalista.

El Estado, por tanto, ya no es sólo Estado político, sino Estado capitalista y Estado Social, asistencial y corporativo. Desplazado hacia el centro del conflicto capital-trabajo, el papel que juega el Estado queda subordinado al proceso de acumulación capitalista, acentuándose, por tanto, su autonomía respecto de su base social general<sup>46</sup>. Tal adecuación introduce profundos cambios en el concepto y aplicación de los principios que informan al Estado de Derecho.

<sup>46</sup> FERRAJOLI ¿Existe una...? *op. cit.* p. 25.

Repetidas veces hemos hecho uso del término autoritarismo, al referirnos a una tendencia presente en el seno de las democracias occidentales. No se hace uso de este término como sinónimo de totalitarismo o de un sistema de pluralismo político limitado y carente de ideología. Esta tendencia, sin duda, es de menor intensidad que las expresadas. Cuando aquí hablamos de autoritarismo, nos referimos a las disfunciones provocadas, en la instancia jurídica y política, por el proceso de creciente autonomía del Estado en relación con la sociedad civil, y esto sin que llegue a producirse la quiebra de los mecanismos formales de la democracia representativa y, más aún, sin la pérdida del consenso que legitima a esas instituciones.

La crisis del Estado Social se puede expresar como crisis de legitimación. Es decir, crisis de la idea de una organización de la sociedad participativa y justa. Esta valoración, hoy ampliamente aceptada, es, sin embargo, rechazada en determinados círculos intelectuales. Ejemplo extremo lo representó la llamada Doctrina de la Seguridad Nacional, ominosa justificación de brutales violaciones de los derechos humanos justificada por una evanescente defensa de los "valores de occidentales" frente a la amenaza del comunismo.

La instrumentalización de esta política autoritaria, en los países de nuestro mismo entorno cultural, ha sido fundamentada por un autor tan prestigioso como Luhmann<sup>47</sup>. En opinión de Barcellona<sup>48</sup>, Luhmann se caracteriza por una utilización positiva y neutra de las ciencias sociales y Jakobs, añadido, en el campo de la ciencia penal. Sus teorías están potencialmente habilitadas para proveer de elementos de legitimación a cualquier sistema cuyo único objetivo haga posible conseguir un eficiente funciona-

<sup>47</sup> Véase: *Funktionen der Rechtssprechung im politischen System*, en *Politische Planung*, Westdeutscher, Opladen, 1971; *Legitimation durch Verfahren*, Berlín, 1969; *Macht*, Stuttgart, 1975.

<sup>48</sup> BARCELLONA *Oltre lo Statu sociale. Economia e politica nella crisi dello Statu keynesiano*, Bari, 1980, p. 8. Véase también OLLERO *Derecho y sociedad, dos reflexiones en torno a la filosofía jurídica alemana actual*, Madrid, 1973.

miento. Aún más, el hecho de que el pueblo se habitúe a prescindir de la expectativa legitimadora, constituye para ese autor "un requisito ideal de funcionamiento del sistema político"<sup>49</sup>. Para García Méndez, Luhmann ha prestado elementos de juicio justificativo de una "economía política de represión"<sup>50</sup>.

El problema crucial que se plantea hoy al capitalismo central es el gobierno de la crisis. Luhmann aporta una solución teórica que evita la ruptura de las instituciones representativas, suprimiendo, con la mínima oposición, el ejercicio de determinadas libertades individuales<sup>51</sup>. En efecto, el Estado se ve constreñido a institucionalizar los mecanismos adecuados para afrontar con éxito la crisis. Es por esta razón, que sus teorías alcanzan una importancia fundamental en la medida que constituye la contribución contemporánea más valiosa para la suspensión o el recorte de los derechos fundamentales en el interior del Estado de Derecho. Según el autor el Estado de Derecho puede y debe incluir todas aquellas técnicas que posibiliten el cumplimiento de su función, que en época de crisis sólo pueden ser llevadas a cabo a través de la negociación de los derechos y garantías pensadas para la normalidad.

Luhmann reserva el uso del concepto de crisis a una concreta y formal fase del proceso caracterizada por la existencia de peligros extraordinarios: el estado de excepción. La actual fase que está pasando el capitalismo central no es valorada, sin embargo, formalmente como crisis. Esta abstracción le permite, por tanto, salvaguardar las estructuras formales del Estado de Derecho, legitimando, a su vez, la utilización de técnicas que posibiliten al Estado el cumplimiento de sus funciones con un cierto grado de autonomía.

<sup>49</sup> HEODORN *Legitimitat und Regierbarkeit, Studien zu Legitimitatstheorien von Max Weber, Niklas Luhman, Jurgen Habermas und der unregierbarkeitforschung*, Berlín, 1982.

<sup>50</sup> GARCÍA MÉNDEZ *op. cit.* p. 201.

<sup>51</sup> PORTILLA CONTRERAS, "La configuración del 'Homo Sacer' ..." *op. cit.* pp. 1402 y ss.

Los derechos fundamentales individuales cumplen una función limitadora del poder del Estado, pero no para proteger al individuo en el ejercicio de los mismos, sino porque, de no hacerlo, perjudicaría una conquista fundamental del sistema, como es la diferenciación social<sup>52</sup>. El Estado de Derecho así concebido, deja de ser pluralista, para convertirse en la forma más desarrollada de la auto-diferenciación, y participativo, para dejar paso a la autonomía y a la auto-programación del sistema político. En resumen, el Estado de Derecho queda reducido a una entidad que reúne en su seno a las distintas ramas de un único sistema de administración.

Las consecuencias de este enfoque son importantes y esclarecedoras de lo que está sucediendo en nuestras democracias occidentales. García Méndez<sup>53</sup> extrae algunas conclusiones de la teoría de Luhmann, que de forma difusa y encubierta tienen una real aplicación en la actualidad: a) la seguridad adquiere un valor supremo a la que todo comportamiento debe someterse; b) el consenso constituye un presupuesto que sólo debe ser requerido por aquellos que no cuestionan al sistema; c) el concepto de enemigo del sistema adquiere un relieve fundamental; d) lo importante no es asegurar la conformidad de la mayoría, sino neutralizar los comportamientos nocivos que dificulten la cohesión social.

También la disfunción alcanza al ámbito de la toma de decisiones políticas. En efecto, constituye un flagrante ataque al Estado de Derecho la judicialización del conflicto socio-político. Los jueces y tribunales se ven abocados a entender directamente sobre tal problemática consiguiéndose así la instrumentalización de la justicia a los efectos de obtener un logro político y no jurí-

<sup>52</sup> FEBRAJO *Funzionalismo struttrale e sociologia del diritto nell'oppera de Niklas Luhmann*, 1975, Milano, p. XXV.

<sup>53</sup> GARCÍA MÉNDEZ *op. cit.* p. 195 y ss.

dico como hubiera sido lo deseable. Lo cual se traduce en una distorsión de los recursos jurídicos, o como dice Cabo Martín "en un Derecho y Constitución enajenados"<sup>54</sup>.

En la medida que el Estado Social se convierte en portador del orden social sufre un notable impulso la actividad legislativa. Pero esta aseveración no entra en contradicción con la pérdida decisoria del poder legislativo. Las leyes promulgadas pueden ser numerosas, pero su elaboración queda sustraída a la iniciativa parlamentaria. "Cuanto más complicado deviene el proceso de normación, cuanto menos basta un cumplimiento de los criterios formales del concepto legal del Estado Social para una normación adecuada de la nueva materia, tanto más resulta que en la praxis el derecho de iniciativa legislativa del Parlamento queda desplazado por el Gobierno, el cual puede apoyarse en los preparativos de la burocracia ministerial y en sus contactos con los grupos económicos"<sup>55</sup>.

Este predominio del ejecutivo y de la administración que ha caracterizado al Estado Social no sólo se mantiene sino que se acentúa. La limitación de los recursos respecto de las necesidades consiñe, aún más, el lugar de la toma de decisión, configurándose el ejecutivo como el lugar más idóneo para ello. El ingente crecimiento de la administración pública del Estado Social condiciona el contacto del ciudadano con los centros de administración. Esto es, dado que dicho contacto excluye en gran parte la visión de conjunto por parte del individuo, la administración se constituye en un factor antidemocrático. Tal situación se agrava cuando el personal administrativo queda excluido reglamentariamente de la configuración del proceso de trabajo o de la simple asociación. En suma, la centralización y tecnificación de la toma de decisiones constituye un recurso imprescindible para el gobierno de la crisis.

<sup>54</sup> CABO MARTÍN DE *op. cit.* p. 76.

<sup>55</sup> KARSCH/SCHIEDERER *op. cit.* p. 207.

Los efectos concretos de las transformaciones que se operan en las funciones del Estado tienen especial relevancia en el poder legislativo. Offe analiza en profundidad los mecanismos de dominio que operan en la formación de la voluntad política, concluyendo que la mayor parte de las iniciativas en materia de leyes y de decisiones fundamentales son hoy tomadas por el poder ejecutivo. De aquí, se pregunta: "Si la representación política constituye todavía un hecho real o si en verdad es un mero postulado ideológico"<sup>56</sup>.

Como antes se había apuntado, las necesidades normativas crecen de manera continua atendiendo a múltiples situaciones particulares. Frente a ello, la Administración se encuentra capacitada para hacer frente a intervenciones rápidas adecuadas a esas necesidades. Consecuencia de ello son la promulgación de normas generales que requieren para su aplicación de normas de desarrollo. De este modo, el número de autorizaciones concedidas al Gobierno por vía dispositiva proliferan sin cesar. Este proceso de autonomización del ejecutivo es acompañado por la proliferación de los cuerpos burocráticos, proceso que paradójicamente se vincula, por una parte, a la "democratización" abstracta y general de la esfera político-representativa y por otra, se vincula a las funciones sociales y económicas que le han sido asignadas en las sociedades del capitalismo tardío. Ferrajoli opina que tal expansión burocrática, en apariencia caótica, sirve al tipo de prestaciones que exige el desarrollo del capital. "Estas prestaciones pueden ser identificadas más que en las tradicionales de orden público general, en las prestaciones económicas de valoración global del capital y en las sociales de estabilización y de integración de la fuerza de trabajo"<sup>57</sup>.

<sup>56</sup> OFFE *Politische Herrschaft und Klassenstrukturen. Zur Analyse spitkapitalistischer Gesellschaftssysteme*, en Politikwissenschaft, Frankfurt, 1975, p. 149.

<sup>57</sup> FERRAJOLI ¿Existe...? *op. cit.* p. 43.

Es evidente que las únicas estructuras burocráticas capaces de manifestar la flexibilidad organizativa propia de la empresa son precisamente las que poseen los Estados contemporáneos. Se trata de estructuras capaces de articularse y desarticularse, componerse y recomponerse en función de las coyunturas sociales y económicas mudables. Tal flexibilidad del poder burocrático depende, en suma, de su capacidad de autonomía extraparlamentaria. De aquí se deriva que, bajo la advocación ritual del Estado de Derecho, en forma solapada, se viene desarrollando otro Estado tecnocrático y autónomo. Las garantías jurídicas del viejo Estado liberal democrático han perdido su operatividad. Ferrajoli lo sintetiza de la manera siguiente: 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 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>58</sup>.

Después de estas breves reflexiones, cabría preguntarse quiénes son los que realmente detentan el poder en el Estado actual. Quizás la respuesta habría que buscarla en los vínculos que las asociaciones mantienen con los partidos y con el Poder ejecutivo. Para poder valorar su influencia e interrelación en el orden constitucional democrático, es preciso atenerse a una serie de características diferenciadoras; es decir, si sus estructuras son democráticas o no, si su influencia en las decisiones políticas se efectúa de forma pública o privada, si su interés abarca a sectores exclusivamente privados o generales, etc. Si se aplican estas categorías es fácil descubrir el contraste básico entre la praxis y el

<sup>58</sup> *Ibidem*, p. 40 y ss.

objetivo de las asociaciones que responden a los intereses de la clase social a la que representan.

Las asociaciones, con la representación de un solo interés común de muchos, ocupan una parte del ámbito parlamentario. Como dice Habermas, nace así una "esfera casi autónoma para un ejercicio casi político del poder"<sup>59</sup>. Al hablar de asociaciones nos referimos a dos grupos de presión socialmente básicos: el de los empresarios y el de los trabajadores. Las asociaciones económicas, controladas por las grandes empresas, no están estructuradas ni legitimadas democráticamente. Sus objetivos consisten en ampliar privilegios socioeconómicos invocando para ello un difuso "bienestar general". Su influencia se deja notar en el Parlamento por medio de algunos de sus integrantes, que pertenecen a tal o cual grupo de presión.

En muchas asociaciones la estructura interna realiza prácticas antidemocráticas, y ello debido a que no existen en su seno los cauces adecuados para la discusión pública. El cometido de la base se limita a la aclamación de una gerencia independizada cuyo trabajo como lobby en los sindicatos, administración pública o partidos se sustrae al control público. "Los arreglos acordados de esta forma, con exclusión de la opinión pública y de la democracia interna de la organización, ya no tienen una validez en el sentido de compromisos provisionales entre grupos de intereses antagónicos, sino en el sentido de una cooperación integradora, que convierte el compromiso prácticamente en contrato de categoría social dentro de un ficticio orden libre de conflictos"<sup>60</sup>. Esta situación alienta la aparición de estructuras estamentales que socavan la eficiencia de la vida parlamentaria.

En resumen, la crisis del Estado Social de derecho se manifiesta como una crisis política y, en particular, como una crisis de

<sup>59</sup> HABERMAS *Problemas de...* *op. cit.* p. 197.

<sup>60</sup> KARSCH/SCHMIEDERER *op. cit.* pp. 210 y 211.

los ámbitos de discusión. Todos los desarrollos críticos de la teoría del Estado coinciden en la disminución de las funciones del órgano legislativo. La centralización y la burocracia en la toma de decisiones constituye el imprescindible recurso para el gobierno de la crisis.

## V. EFECTOS DE LA CRISIS EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO<sup>61</sup>

La doctrina del Estado de Derecho recoge, en el plano jurídico-político, la concepción liberal burguesa de la defensa frente a los abusos y arbitrariedades del poder, de los derechos y libertades individuales. En esta lucha contra la discrecionalidad, las distintas formas constitucionales se asientan en el desarrollo de teorías contractuales y democráticas. La propia noción de la libertad, que el liberalismo fundamentaba en una concepción iusnaturalista, se altera en el sentido de ser considerada como consecuencia de un determinado estado de cosas.

Hasta el moderno constitucionalismo llega la noción de que todo derecho conlleva su correspondiente deber. Los derechos fundamentales, en tanto que están reconocidos por la Ley, pueden ser reivindicados por los ciudadanos; pero, a su vez, la ley puede limitar el ejercicio de los mismos. Este principio queda claramente recogido en el polémico artículo segundo de la Ley Fundamental de Bonn: "Todos tienen derecho al libre desarrollo de su personalidad, siempre que no vulneren los derechos de otros ni atenten al orden constitucional o a la ley moral". Se han empleado distintos argumentos para justificar la limitación de los derechos y las libertades fundamentales: defensa del bien común,

<sup>61</sup> Véase R. BERGALLI: "Las funciones del sistema penal en el estado constitucional de derecho, social y democrático: perspectivas socio-jurídicas en el sistema penal y problemas sociales" Coord. R. Bergalli, Valencia, 2003, pp. 67-68.

salvaguarda de valores superiores, protección del orden democrático, etc. Sin embargo, la defensa de bienes jurídicos tan esenciales no impide ver con temor e inquietud la aplicación de este tipo de medidas limitativas reconocidas en la Constitución. Restricciones, como asevera Peces-Barba: "que pueden conducir a la desaparición de las libertades y a la instalación de un Estado autoritario o totalitario"<sup>62</sup>.

Cuando el Estado Social comienza a sentirse amenazado, comienzan a proliferar previsiones normativas que posibilitan el ejercicio cuasi-excepcional del poder. No obstante, el "sacramental formalismo" normativo regulador de los tres poderes, unido a una opinión pública confiada en su independencia funcional disuelven las dudas acerca de la inminencia de una posible deriva autoritaria. ¿Es esto así?

El Derecho Penal, tanto en los casos que sanciona como en la forma de hacerlo, es violencia. La violencia es una característica de todas las instituciones sociales creadas para la defensa de determinados intereses, sean aquellos legítimos o ilegítimos. La violencia es, por tanto, consustancial a todo sistema de control social. Lo que diferencia al Derecho Penal de otras instituciones de control social es simplemente la formalización del control liberado del subjetivismo y del contenido coyuntural de otros sistemas similares. Por norma se entiende toda regulación de la conducta humana, la cual posee un carácter vinculante. Cualquiera puede esperar de mí que me comporte de acuerdo con una norma, lo que en términos sociológicos se denomina una "expectativa de conducta". No obstante, puede suceder que se frustre tal expectativa, dando lugar a la aparición de determinados mecanismos —sanciones—, que significan una reacción tendente a preservar la convivencia. Lo característico de la norma penal es que la frustración de esa expectativa de conducta constituye un deli-

<sup>62</sup> PECES-BARBA, G. *Derechos fundamentales*, Madrid, 1976, pp. 36 y ss.

to, y la reacción frente a ella una pena. Pero, en este punto, la idea importante que hay que destacar es la de que la pena sólo es inteligible si es puesta en relación con un determinado sistema<sup>63</sup>.

La función motivadora de la norma es, por lo tanto, originalmente social y general para luego incidir en el individuo concreto. Así pues, el comportamiento individual, y por tanto la función motivadora de la norma penal debe interpretarse en el contexto socioeconómico en que tiene lugar. Lo contrario sería llevar la norma penal a un plano estrictamente psicológico en cuanto a su función motivadora. No existe sólo una contradicción individuo-sociedad, sino también entre distintos sistemas económico-sociales. El sistema jurídico penal significa desde este amplio contexto socioeconómico un control social. Si son correctas las reflexiones precedentes es evidente que la crisis del Estado Social conlleva profundos cambios en la función motivadora de la norma y, por tanto, en la propia efectividad del control social ejercido por el Derecho Penal. Bergalli dice al respecto: " ...será la forma que el Estado se decida a adoptar la que condicionará cualquier política de control social"<sup>64</sup>.

La efectividad de los mecanismos informales de control se ha puesto en evidencia frente a la relativa inoperancia de los mecanismos formales y profesionalizados de control basados en el sistema de la justicia penal. Parecería que dos causas han sido las que han provocado un aceleramiento en el uso de este tipo de control: a) la crisis del Estado que se manifiesta en la falta de elasticidad para dar respuesta a la complejidad del fenómeno de la criminalidad con que se enfrentan las sociedades desarrolladas; y b) la ideología del Estado moderno que parece favorecer una legi-

<sup>63</sup> KARSCH/SCHMIEDERER *op. cit.* pp. 210 y ss.

<sup>64</sup> BERGALLI "La instancia judicial" en *El pensamiento criminológico II* Coord. Bergalli, Bustos, Miralles, Barcelona, 1983, p. 75.

timación preferiblemente basada en el consenso, más que en la legalidad<sup>65</sup>.

Así pues, más que nunca la función motivadora del Derecho Penal sería ineficaz si no se viera reforzada por la función motivadora de otras instancias de control. Lo mismo se puede decir a la inversa. La abolición del Derecho Penal, teniendo en cuenta los modelos de sociedad conocidos, no es viable<sup>66</sup> o como dice Pavarini: "La contradicción de la propuesta abolicionista...(radica) en las dificultades de resolver adecuadamente el nivel de la crítica en el espacio de la propuesta política" (1987, 146).

Según una doctrina en la actualidad muy en boga la meta preventiva general del Derecho Penal no es la motivación intimidadora de los ciudadanos, sino la motivación integradora del consenso a través de la confirmación y aseguramiento de las normas básicas que rigen la convivencia social. Tal concepción implica la racionalización de algo subyacente e inconsciente. Es así que la norma penal adquiere un contenido moralizante destinado a reforzar, mediante la pena, la "adhesión interna" de los ciudadanos a los valores jurídicos, con lo que se desvirtúa el carácter propio que debe tener el Derecho Penal. Este proceso trata de alcanzar un consenso de mayorías, la confirmación de una ideología de la defensa social y la posterior legitimación del sistema represivo tradicional entendido globalmente. Paradigma de lo dicho son las campañas desatadas con ocasión de los graves incidentes provocados por las actividades terroristas. En la opinión pública se inducen muchas veces exagerados sentimientos de alarma social, creando en ella una falsa representación de solidaridad frente al "enemigo común". De tal suerte: "la pena actúa como elemento de integración del cuerpo social, produciendo sentimientos de

<sup>65</sup> ZVEKIC/FINDLAY "Para un análisis de los mecanismos informales de control social" en Rev. *Poder y Control* nº 1, pp. 21 y 22.

<sup>66</sup> Por todos: HULSMAN *Sistema Penal y Seguridad ciudadana: hacia una alternativa*, Ariel Derecho, Barcelona, 1984.

unidad en todos aquellos que son sólo espectadores de la misma y procurando de esa forma una consolidación de las relaciones de poder existente"<sup>67</sup>.

Todo lo dicho nos lleva a la causa última que sirve de fundamento a la pena y a los sistemas de control social: la razón de Estado. No es el Estado ni el Derecho, el fruto del consenso de voluntades, es la expresión de una superestructura asentada sobre un determinado modo de producción: el capitalista. Y así, otra vez, volvemos al punto inicial: el consenso, legitimador del Estado Social, por sí solo, es incapaz de asegurar de forma pacífica un "gobierno de la crisis"; precisa, además, de un Derecho Penal fuerte y autoritario.

Un análisis crítico del Derecho Penal moderno nos conduce a diferenciar entre las funciones reales y las funciones declaradas del sistema punitivo, entre funciones empíricamente demostrables y funciones mixtificadoras de la realidad social. Presupuestos que permiten la inclusión de un nuevo criterio clasificatorio que impide ignorar el hecho de que el *status* de criminal es asignado a través de una doble selección: selección de los bienes jurídicos protegidos penalmente; selección de los individuos estigmatizados entre todos los que cometen una infracción penal<sup>68</sup>.

Al rápido declive del mito de la resocialización, se manifiesta en la actualidad una progresiva afirmación de la función preventivo-especial y negativa de la pena. Las teorías ideológicas dejan paso a una tecnología aplicada a la custodia del delincuente. En la evolución de la política penitenciaria se constata un crecimiento de la población carcelaria, la ampliación del número de detenidos preventivos, y la aparición y aumento de las cárceles de máxima seguridad. Prácticas carcelarias usadas como instrumen-

<sup>67</sup> BARATTA "Criminología critica e critica del diritto penale" *La Questione Criminale* n° 5, 1983, p. 50.

<sup>68</sup> *Ibidem.* p. 167.

tos materiales en la formación del consenso. En este punto es necesario recordar una vez más el pensamiento de Luhmann para explicar la última afirmación. En efecto, para este autor el consenso es, en principio, un presupuesto que sólo debe ser requerido de aquellos que, dentro de los límites del sistema, no plantean cuestionamientos de importancia. Desde esta perspectiva, lo que el poder busca no es asegurar la conformidad de la mayoría, sino neutralizar los comportamientos contrarios a la cohesión social; o, lo que es lo mismo: "impedir la articulación del disenso representa el equivalente funcional de la producción del consenso"<sup>69</sup>.

Respecto a la función preventivo general positiva nos encontramos también con una tendencia no fundamentadora, sino fundamentalista, de la intervención del derecho penal. Teoría sostenida entre otros por Jakobs<sup>70</sup> y que tiene mucho que ver con la concepción del derecho de Luhmann. Las normas jurídicas cumplen un papel de estabilización e institucionalización de las expectativas sociales. La función de la pena se dirige a ejercitar a la colectividad en la confianza de la norma, en la fidelidad al derecho y, por último, en la aceptación de las consecuencias de la pena en caso de comisión de delito. Esta concepción de la función que debe cumplir la pena se contraponen claramente a una interpretación restrictiva y limitadora del Derecho Penal. De esta forma se antepone la necesidad de conservación del sistema social a las necesidades y aspiraciones individuales. Tal reformulación de la doctrina de la prevención general permite una expansión ilimitada del Derecho penal invadiendo campos de actuación hasta ahora reservados al Derecho administrativo sancionador.

De forma breve hemos visto que las transformaciones operadas en cada una de las vertientes funcionales de la pena se enca-

<sup>69</sup> BARATTA "Viejas y nuevas estrategias..." *op. cit.* p. 88.

<sup>70</sup> JAKOBS *Schuld und Prävention Tübingen*, en *Recht und Staat*, 1976, p. 452.

minan hacia un único objetivo: la conservación del sistema. Las funciones ideológicas, es decir, la prevención especial positiva y general negativa falsifican los resultados empíricos cerrando el paso a las posibles alternativas frente a la "normalidad" existente<sup>71</sup>. Las funciones tecnocráticas de la pena, es decir, la prevención especial negativa y general positiva, neutralizan la disidencia o potencial peligrosidad de una creciente población marginal por una parte, y legitiman la expansión e intensificación de la respuesta penal por otra<sup>72</sup>.

A su vez, el contenido de los diversos elementos e instancias que comprende el sistema penal como órgano de control social formalizado se ve alterado en toda su extensión. Veamos algunas de sus notas más características:

a) Construcción de un derecho penal autoritario en el que se opera una transformación profunda en el modelo clásico de la legalidad penal. Los criterios para la identificación de la desviación dejan de ser formales —constatación de hechos rigurosamente predeterminados por la Ley— para ser inmediatamente políticos o materiales —"esencialmente confiados a la discrecionalidad de los investigadores y a su íntima convicción formada al margen de los hechos y de las pruebas"<sup>73</sup>. El supuesto objetivo del delito da paso al supuesto subjetivo del delincuente potencial.

b) Desvirtuación de los principios garantistas en los que se apoya el proceso penal moderno: carácter inquisitorial en el método empleado para la formación de las pruebas fundado en la presunción de culpabilidad del imputado. Se

<sup>71</sup> BARATTA "Viejas y nuevas estrategias..." *op cit.* p. 84.

<sup>72</sup> BARATTA "Integración y prevención. Una nueva fundamentación de la pena dentro de la teoría sistémica" en *Cuadernos de Política Criminal*, 1984, nº 24, pp. 541 y ss. En esta perspectiva debe situarse la propuesta político criminal de JAKOBS/CANCIO MELIÁ acerca del llamado "Derecho penal del enemigo".

<sup>73</sup> FERRAJOLI "El proceso 7 de abril. Análisis técnico-político de la crisis del modelo clásico del proceso penal" en *Instituciones y Sociedad*, Argumentos, dic./ener. p. 77.

amplía y se consolida "el espacio autónomo de la Policía" en detrimento del Poder Judicial<sup>74</sup>. Autonomía reforzada con la instrumentación de procedimientos privilegiados para los integrantes de las Fuerzas de Seguridad.

c) En el ámbito penitenciario los objetivos primordiales de la ejecución de la pena: la resocialización, reeducación y reinserción social de los condenados son relegados a un segundo plano. El fin reeducativo o socializador de la pena se reformula en la clave de la "defensa social"<sup>75</sup>.

Una última reflexión acerca del papel que viene jugando el terrorismo en esta involución democrática. El fuerte rechazo emocional, la naturaleza execrable de tales conductas delictivas, han sido hábilmente aprovechadas por los centros del poder para introducir una serie de medidas restrictivas en el ejercicio por parte del ciudadano de los derechos fundamentales, circunstancia difícilmente admitida por él en otro contexto. Es esa la base sobre la que, en el espacio de una treintena de años, se ha construido en Occidente un entramado normativo autoritario y excepcional justificado por imperiosas necesidades, muchas veces inexistentes, de velar por la seguridad nacional e internacional.

Hemos llegado pues al final del camino: la crisis del Estado Social se ha constituido en una fuente de alteraciones que han modificado algunos de los principios básicos del Estado de Derecho. El interrogante que se nos plantea, y que aún no tiene respuesta, es si los recortes introducidos en materia de derechos fundamentales tendrán una vigencia temporal o, si por el contrario, serán permanentes. De todas maneras, se puede afirmar,

<sup>74</sup>ARROYO ZAPATERO "Terrorismo y sistema penal", en *Reforma política y derecho*, 1985, pp. 203 y 204.

<sup>75</sup>PAVARINI "Fuera de los muros de la cárcel" en *Rev Poder y Control* nº 0, p. 169. RIVERA BEIRAS: "La cárcel y el sistema penal" en *Sistema penal y problemas sociales*, Coord. R. Bergalli Valencia, 2003, pp. 351 a 389.

como expresa con acierto Resta, que la naturaleza del terrorismo se presenta "como el efecto y no como la causa de la crisis del capitalismo; por ello, la reflexión sobre el mismo es también una ocasión para una seria y meditada investigación sobre la modificación del Estado; la deslegitimación; los mecanismos de control social; sobre la diferencia entre conflictos regulados y no regulados; en definitiva, de todos los aspectos que pueden llevarnos a un modelo de sociedad, con eufemismo, no abierta"<sup>76</sup>.

<sup>76</sup> RESTA "Terrorismo e stato della crisi", en Rev *La Questione Criminale*, nº 1, p. 70.