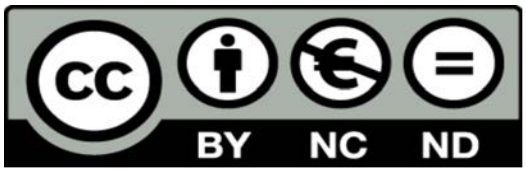
UNIVERSIDAD DE LA RIOJA

TESIS DOCTORAL

Título
El concepto de riesgo en la racionalización del derecho punitivo. Razón jurídica y gestión de riesgos en la administración de la peligrosidad
Autor/es
David San Martín Segura
Director/es
José María Martínez de Pisón Cavero y Raúl Susín Betrán
Facultad
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Titulación
Departamento
Derecho
Curso Académico



El concepto de riesgo en la racionalización del derecho punitivo. Razón jurídica y gestión de riesgos en la administración de la peligrosidad, tesis doctoral de David San Martín Segura, dirigida por José María Martínez de Pisón Cavero y Raúl Susín Betrán (publicada por la Universidad de La Rioja), se difunde bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial-SinObraDerivada 3.0 Unported. Permisos que vayan más allá de lo cubierto por esta licencia pueden solicitarse a los titulares del copyright.

© El autor
© Universidad de La Rioja, Servicio de Publicaciones, 2021
publicaciones.unirioja.es
E-mail: publicaciones@unirioja.es

EL CONCEPTO DE RIESGO EN LA RACIONALIZACIÓN DEL DERECHO PUNITIVO

Razón jurídica y gestión de riesgos en la administración de la peligrosidad

David San Martín Segura

TESIS DOCTORAL DIRIGIDA POR:

Dr. D. José María Martínez de Pisón Cavero

Dr. D. Raúl Susín Betrán

Programa de Doctorado: Derecho y cambio social

2021

UNIVERSIDAD DE LA RIOJA

«Antes del efecto se cree en causas diferentes que después del efecto.»

F. Nietzsche, *La ciencia jovial (La gaya scienza)*, 1882
(Nietzsche 2009, §217, p. 717)

ÍNDICE

ÍNDICE DE ABREVIATURAS 7

ÍNDICE DE CUADROS Y FIGURAS 11

INTRODUCCIÓN 13

PRIMERA PARTE. TEORÍAS SOBRE EL RIESGO COMO RACIONALIDAD PUNITIVA

CAPÍTULO 1. EL RIESGO EN LA PREGUNTA WEBERIANA SOBRE LA RACIONALIDAD 21
1.1 Riesgo y orden moderno 25
1.2 Riesgo y racionalidad formal 33
1.3 La contingencia de la racionalidad como vector de su crisis 37
1.3.1 La filosofía crítica y las ambivalencias de la racionalidad 38
1.3.2 La crítica de la razón instrumental 46
1.3.3 La reificación del sujeto como posibilidad de diagnóstico 51
1.4 Multiplicidad de la razón y formas de racionalidad 54
1.4.1 El análisis de Foucault 54
1.4.2 Riesgo y modos de racionalidad 58

CAPÍTULO 2. SOCIOLOGÍAS DEL RIESGO Y DERECHO PUNITIVO 63
2.1 De la Teoría Crítica a la tesis de la «sociedad del riesgo» 67
2.1.1 Sociedad del riesgo y declive de la razón instrumental en Beck 67
a) El riesgo como déficit de la razón instrumental 69
b) El problema de la reflexividad 73
c) Las ambivalencias del concepto de riesgo 76
2.1.2 Recepción del riesgo en la teoría penal 81
a) Reflexividad y contrailustración penal 81
b) Efectos de la pulsión preventiva 85
c) El riesgo como crisis del derecho penal clásico 89
d) El «derecho de intervención» como alternativa 92
2.2 La hipótesis funcionalista de Luhmann 96
2.2.1 Complejidad sistémica y sujeto 97
2.2.2 Riesgo y sistemas sociales 100
a) La seguridad en los sistemas autopoiéticos 100
b) La estabilización de expectativas 105
c) Riesgo y derecho como mecanismos inmunitarios 109
2.2.3 Posibilidades de un funcionalismo punitivo orientado al riesgo 116
a) El desplazamiento del sujeto 116
b) La normativización del derecho penal proyectada al riesgo 119
c) Sujeto y peligro sistémico 125

CAPÍTULO 3. EL RIESGO COMO DISPOSITIVO DE GOBIERNO 131
3.1 Revisión de la tesis del riesgo como un problema de racionalización 135
3.1.1 Racionalización y modernización no lineales 138
3.1.2 La noción de reflexividad 140
a) Reflexividad de las técnicas de gobierno 140
b) Riesgo catastrófico, precaución y excepcionalidad 143
3.1.3 El orden del discurso en la sociedad del riesgo 151
3.2 El dispositivo como vector de racionalización 157
3.2.1 Concepto de dispositivo 157
3.2.2 El gobierno del riesgo 166
a) Dispositivos multilineales frente a sistemas autopoiéticos 166
b) El riesgo como dispositivo de seguridad 170
3.3 Derecho y dispositivos de gobierno según Foucault 178
3.3.1 El derecho y las prácticas de poder 179
a) Derecho frente a dispositivos de gobierno 192
b) Un positivismo jurídico «crítico» 203

SEGUNDA PARTE. LA ORIENTACIÓN AL RIESGO EN LA CONFIGURACIÓN DEL DERECHO PUNITIVO

CAPÍTULO 4. LA CONSTRUCCIÓN DE LA SEGURIDAD MEDIANTE EL RIESGO 215
4.1 El riesgo en una perspectiva técnica de la seguridad 220
4.1.1 Técnica y tecnologías de gobierno 224
a) Instrumentalidad y productividad 224
b) La tecnicidad de las prácticas de gobierno 230
4.1.2 Objetos técnicos y tecnologías normativas 238
4.2 La tecnicidad anticipatoria del riesgo 254
4.2.1 Riesgo y probabilidad 254
4.2.2 Incertidumbre y anticipación 267
4.2.3 Variantes funcionales del riesgo 278
4.2.4 El riesgo actuarial 289
4.2.5 La técnica de anticipación algorítmica 298
a) La modelización algorítmica de datos 299
b) Del riesgo actuarial al riesgo algorítmico 307
4.3 El derecho como técnica 311

CAPÍTULO 5. USO JURÍDICO-PUNITIVO DEL RIESGO 319
5.1 Delimitación del derecho punitivo 323
5.1.1 La manifestación dual del *ius puniendi* 323
5.1.2 Carácter punitivo de las medidas de prevención 332
a) Criterios de delimitación 334

b) Consideración de las medidas preventivas con privación de libertad 348
c) Derecho punitivo, represión del delito y seguridad pública 361
5.2 Concepto jurídico-normativo de peligro y riesgo 368
5.2.1 Peligrosidad de las conductas y del sujeto 369
a) Ilícitos de peligro 370
b) Decisiones basadas en prognosis 377
5.2.2 La doctrina constitucional sobre la peligrosidad del sujeto 384
a) La erosión del principio de legalidad 385
b) Presunción de inocencia y presunción «de inocuidad» 391
c) Criterios de evaluación de la peligrosidad 401

CAPÍTULO 6. DERECHO PUNITIVO DE LA PELIGROSIDAD 409
6.1 Medidas de derecho penal 414
6.1.1 Medidas de seguridad para inimputables 415
6.1.2 La libertad vigilada como medida de seguridad 425
6.1.3 Penas que implican prognosis 433
a) La peligrosidad en la individualización de la pena 433
b) La pena de alejamiento 438
c) La pena de prisión permanente revisable 443
d) Ejecución de las penas: suspensión y «periodos de seguridad» 453
6.2 Medidas de derecho penitenciario 464
6.2.1 La peligrosidad como criterio penitenciario 470
6.2.2 El Fichero de Internos de Especial Seguimiento 472
a) Características técnicas del Fichero 472
b) La gestión de la peligrosidad mediante el FIES 475
c) Reglamento Penitenciario y sistema de fuentes del derecho 478
d) Régimen administrativo de inclusión en el FIES 482
6.2.3 La concesión de permisos de salida 486
6.2.4 Peligrosidad y libertad condicional 497
6.3 Medidas de derecho procesal penal 503
6.3.1 La prisión preventiva 503
a) Naturaleza y constitucionalidad 503
b) Prevención y valoración de riesgos 507
6.3.2 Las órdenes de protección y alejamiento 511
6.4 Medidas de derecho administrativo de policía 513
6.4.1 *Profiling* en la diligencia de «parada policial» 515
6.4.2 Valoración del riesgo en el derecho de extranjería 524
a) Detención e internamiento administrativo cautelar 525
b) Juicio de peligrosidad y acceso al territorio nacional 528

c) Expulsión de extranjeros 532
d) Peligrosidad y derecho de asilo 543
e) Peligrosidad y acceso a la nacionalidad por residencia 546
6.4.3 Riesgo y régimen de licencias de armas de fuego 548

CAPÍTULO 7. LA JUSTICIA PUNITIVA ACTUARIAL: APLICACIONES DEL RIESGO ALGORÍTMICO . 559
7.1 Prácticas actuariales de la peligrosidad 563
7.1.1 De la peligrosidad al riesgo 563
a) Redefinir la peligrosidad 564
b) Riesgo actuarial y giro preventivo 583
7.1.2 Elementos de la justicia actuarial 593
a) Aspectos teóricos 593
b) Taxonomías de las aplicaciones actuariales 606
7.1.3 Tecnologías actuariales de uso policial y peligrosidad 615
a) Valoración Policial del Riego de Agresión en violencia de género 616
b) Detección de riesgos en el Sistema Europeo de Información y Autorización de Viajes 630
7.2 Riesgo actuarial y tecnología normativa 648
7.2.1 Afecciones jurídicas de la justicia punitiva actuarial 648
a) Cuestiones de exactitud predictiva 649
b) Costes de una justicia nomotética 654
c) Sesgo y correlación estadísticos 664
7.2.2 El riesgo actuarial como decisión algorítmica 672
a) Calificación jurídica 675
b) Marco normativo de las decisiones algorítmicas punitivas y problemas regulativos 684

CONCLUSIONES 713

BIBLIOGRAFÍA 727

ÍNDICE DE ABREVIATURAS

AEPD	Agencia Española de Protección de Datos
AP / SAP / AAP	Audiencia Provincial / Sentencia de la AP / Auto de la AP
ARAI(s)	*Actuarial Risk Assessment Instrument(s)* [Instrumento(s) actuarial(es) de evaluación del riesgo]
Art(s).	Artículo(s)
CC	Código Civil
CDD	Carta de los Derechos Digitales, adoptada por el Gobierno de España el 14 de julio de 2021
CE	Constitución Española de 1978
CEDH	Convenio Europeo de Derechos Humanos
CEIAJ	Carta ética europea sobre el uso de inteligencia artificial en los sistemas judiciales y su entorno, adoptada por el Consejo de Europa el 4 de diciembre de 2018
COM(UE)2018	Comunicación de la Comisión al Parlamento al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, «Inteligencia artificial para Europa», SWD(2018) 137 final, de 25 de abril de 2018
COM(UE)2019	Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, «Generar confianza en la inteligencia artificial centrada en el ser humano», COM(2019) 168 final, de 8 de abril de 2019
COM(UE)2021	*Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, «Fostering a European Approach to Artificial Intelligence»*, COM(2021) 205 final, de 21 de abril de 2021
Convention 108+	*Convention for the protection of individuals with regard to the processing of personal data*, según su versión modernizada adoptada por el Comité de Ministros del Consejo de Europa en sesión del 18 de mayo de 2018
CP	Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal
CSch	Reglamento (UE) 2016/399, del Parlamento y del Consejo, de 9 de marzo de 2016, por el que se establece un Código de normas de la Unión para el cruce de personas por las fronteras (Código de fronteras Schengen)
DPD-ISP	Directiva (UE) 2016/680 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, «relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales por parte de las autoridades competentes para fines de prevención, investigación, detección o enjuiciamiento de infracciones penales o de ejecución de sanciones penales, y a la libre circulación de dichos datos y por la que se deroga la Decisión Marco 2008/977/JAI del Consejo»
DPNR	Directiva (UE) 2016/681 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de

	2016, relativa a la utilización de datos del registro de nombres de los pasajeros (PNR)
EDPS	European Data Protection Supervisor
EPV-R	Escala de Prevención de riesgo de violencia grave contra la pareja
FD	Fundamento de Derecho
FIES	Fichero de Internos de Especial Seguimiento
FJ	Fundamento Jurídico
IA	Inteligencia Artificial
LAE	Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los Servicios Públicos
Libro Blanco	Libro Blanco sobre inteligencia artificial – un enfoque europeo orientado a la excelencia y a la confianza, COM(2020) 65 final, de 19 de febrero de 2020
LECrim	Real Decreto de 14 de septiembre de 1882 por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal
LOEX	Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social
LOFCS	LO 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad
LOGP	Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria
LOIVG	Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género
LOPDGDD	Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales
LOPD-ISP	Ley Orgánica 7/2021, de 26 de mayo, de protección de datos personales tratados para fines de prevención, detección, investigación y enjuiciamiento de infracciones penales y de ejecución de sanciones penales
LOPJ	Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial
LOPNR	Ley Orgánica 1/2000, de 16 de septiembre, sobre la utilización de los datos del Registro de Nombres de Pasajeros para la prevención, detección, investigación y enjuiciamiento de los delitos de terrorismo y delitos graves
LOPSC	Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana
LOPSC-1992	Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, sobre Protección de la Seguridad Ciudadana
LORPM	Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores
LPAC	Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas
LPRS	Ley 16/1970, de 4 de agosto, sobre peligrosidad y rehabilitación social
LRJ-PAC	Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común
LRJSP	Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público

LTAIBG	Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno
LTICAJ	Ley 18/2011, de 5 de julio, reguladora del uso de las tecnologías de la información y la comunicación en la Administración de Justicia
LVM	Ley de 4 de agosto de 1933, de vagos y maleantes
M-CCP	Modelo de Tabla de Concurrencias Particulares
ML	Machine Learning
PPS	Protocolo de Prevención del Suicidio
PRIA	Propuesta de Reglamento del Parlamento y del Consejo por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial (Ley de inteligencia artificial) y se modifican determinados actos legislativos de la Unión, COM(2021) 206 final, de 21 de abril de 2021
REC(CE)2010	*Recommendation CM/Rec(2010)13 and Explanatory Memorándum, «The protection of individuals with regard to automatic processing of personal data in the context of profiling»*, adoptada por el Comité de Ministros del Consejo de Europa el 23 de noviembre de 2010
RFrontex	Reglamento (UE) 2019/1896 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de noviembre de 2019, sobre la Guardia Europea de Fronteras y Costas y por el que se derogan los Reglamentos (UE) n.° 1052/2013 y (UE) 2016/1624
RGPD	Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, «relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos)»
RLOEX	Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por Ley Orgánica 2/2009
RP	Real Decreto 190/1996, de 9 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento Penitenciario
RPDIUE	Reglamento (UE) 2018/1725, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2018, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales por las instituciones, órganos y organismos de la Unión, y a la libre circulación de estos
RSEIAV	Reglamento (UE) 2018/1240 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de septiembre de 2018, por el que se establece un Sistema Europeo de Información y Autorización de Viajes (SEIAV) y por el que se modifican los Reglamentos (UE) n.o 1077/2011, (UE) n.o 515/2014, (UE) 2016/399, (UE) 2016/1624 y (UE) 2017/2226
SEIAV	Sistema Europeo de Información y Autroziación de Viajes
SES	Sistema de Entradas y Salidas, establecido por Reglamento (UE) 2017/2226 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 30 de noviembre de 2017

SIS	Sistema de Información Schengen, establecido por Reglamento (CE) 1987/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de diciembre de 2006
TC / STC / ATC	Tribunal Constitucional / Sentencia del TC / Auto del TC
TEDH / STEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos / Sentencia del TEDH
TJUE / STJUE	Tribunal de Justicia de la Unión Europea / Sentencia del TJUE
TS / STS / ATS	Tribunal Supremo / Sentencia del TS / Auto del TS
TSJ / STSJ	Tribunal Superior de Justicia / Sentencia del TSJ
TVR	Tabla de Valoración de Riesgos
UE	Unión Europea
VFR	Protocolo de Valoración Forense del Riesgo de Reincidencia en Violencia de Género
VIS	Sistema de Información de Visados, establecido por Reglamento (CE) 767/2008, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de julio de 2008
VPR	Protocolo de Valoración Policial del Riesgo de Reincidencia en Violencia de Género
VPER	Protocolo de Valoración Policial de la Evolución del Riesgo de Reincidencia en Violencia de Género

ÍNDICE DE CUADROS Y FIGURAS

CUADRO 1	Clasificación de las tecnologías normativas	p. 249
CUADRO 2	Actitudes anticipatorias	p. 276
CUADRO 3	Técnicas del riesgo	p. 287
CUADRO 4	Técnicas del riesgo (continuación)	p. 310
CUADRO 5	Incorporación del riesgo/peligro como conceptos jurídico-normativos	p. 383
FIGURA 1	Modos de inferencia probabilística según el grado de inteligibilidad de las técnicas	p. 304
FIGURA 2	Gestión del riesgo de reincidencia de violencia de género (VPR/VPER, VFR)	p. 628
FIGURA 3	Procedimiento de detección sistemática de riesgos del SEIAV	p. 643
FIGURA 4	Concreción del modelo actuarial de detección sistemática del SEIAV	p. 645

INTRODUCCIÓN

Esta investigación doctoral versa sobre el concepto de riesgo y sobre el impacto que produce en la configuración del derecho punitivo. Se pretende observar la difusión del enfoque hacia la gestión de riesgos en el ámbito de la actividad punitiva pública. Veremos cómo el efecto nace de la vocación preventiva que el riesgo incita en todo contexto sobre el que se proyecta, en el esfuerzo por anticiparse a los cursos de acción. La gestión de riesgos aspira a evaluar los estadios previos a la materialización de resultados hipotéticos, identificando los factores que coadyuvan en estos, de modo que puedan instrumentarse medidas para evitar su consecución.

En los ordenamientos jurídicos se traduce en un *aim* de anticipación en la intervención, sin necesidad de que llegue a consumarse un resultado dañoso para un interés público. Es el germen para el despliegue de un derecho preventivo asociado inexorablemente a un juicio eventual de peligrosidad. Lo cual afecta a la consideración de los sujetos procesados en esos contextos normativos, concebidos en su virtualidad conductual.

Este escenario describe el «giro preventivo» de las políticas públicas de seguridad en las últimas décadas, que revitaliza el interés por la peligrosidad de los sujetos en la praxis punitiva, formulando un problema de «racionalización»: expresa un esfuerzo instrumental por organizar la acción preventiva eficiente, busca los medios aptos para la administración afinada de la peligrosidad. Suscita con ello un anhelo epistémico: indaga formas de saber y aparatajes técnicos aplicables a los distintos ámbitos de gobierno, que resulten aptos para alcanzar aquellos objetivos de rendimiento. Nuestra mirada se detiene en ese carácter *técnico* del riesgo, vector de racionalización de la praxis securitaria.

El protagonismo punitivo del riesgo ha conducido a diagnósticos diversos sobre sus implicaciones criminológicas, sobre el renovado interés que alienta por la peligrosidad y, en un plano jurídico-penal, sobre la erosión de los postulados del derecho penal clásico, «contaminado» por esa lógica pragmática. Se ha hablado de inercias hacia la «administrativización», «normativización», «modernización», «postmodernización» o «racionalización» del sistema punitivo. Y, del mismo modo, la actividad de policía administrativa ha visto erosionada la idea clásica de orden público, sustituida por niveles de seguridad modulados en función de los distintos contextos de

intervención. «Seguridades» que, a menudo, se fundan en técnicas de evaluación de riesgos y no en normas jurídicas ortodoxas.

Podríamos hablar pues de un viraje pragmático del derecho orientado hacia un tratamiento eficaz y eficiente del peligro, que asume la prevención como razón dominante en determinados ámbitos de gobierno. Nuestra hipótesis es que la orientación preventiva hacia el riesgo en las políticas securitarias determina un decidido protagonismo de las estructuras administrativas encargadas de su gestión, por encima incluso de las medidas reactivas ante la infracción. Esa deriva provoca, así mismo, transformaciones en la racionalidad de dichas estructuras de gobierno, sometidas definitivamente a crecientes demandas de evaluación, gestión y comunicación de riesgos.

No obstante, todo este escenario compone solo una novedad relativa. Las implicaciones del riesgo se suman a la tensión casi telúrica entre la noción de peligrosidad y el principio de culpabilidad. El de peligrosidad es concepto jurídico «impuro» que se ha mostrado históricamente mutable, y ha moldeado de maneras diversas las categorías dogmáticas desde saberes que emergen al exterior de la norma jurídica. Por ello, atender a la incidencia del riesgo exige un análisis en dos niveles conexos: por un lado, el impacto que su lógica preventiva induce en los tipos normativos, orientando la decisión jurídica *ad futurum,* hacia la estimación de probabilidades; por otro, las transformaciones que se producen en el espacio subyacente de las técnicas de valoración, que articulan la prognosis en su contenido sustantivo.

La peligrosidad nació desde saberes de tipo clínico y apreciaciones intuitivas. Pero las técnicas vinculadas al riesgo, en especial aquellas de tipo probabilístico cuantitativo –esto es, *actuariales*– observan las conductas desde un estándar de normalidad estadística. El riesgo, como pauta de decisión jurídica, resulta de una mixtura de esos enfoques o modos de estimación de la peligrosidad. Una diversidad técnica que repercute en las prácticas jurídicas, y que convierte el uso punitivo del riesgo en asunto de trato dificultoso, según veremos.

Una nueva capa de complejidad ha venido a añadirse con el recurso a la evaluación de riesgos mediante tecnologías de cálculo total o parcialmente automatizado. El «gobierno algorítmico» ha entrelazado el problema de la peligrosidad con las inquietudes jurídicas causadas por las tecnologías de procesamiento de datos con fines inductivos, en especial aquellas dotadas de capacidad de aprendizaje

(*machine learning*). Esta nueva época tecnológica nos impondrá atender a la irrupción de determinados objetos técnicos en las prácticas punitivas, y considerar su encaje.

* * *

La Memoria que presento se estructura en dos partes. La primera («Teorías sobre el riesgo como racionalidad punitiva») pretende un carácter propedéutico. Quiere delinear una perspectiva teórica desde la que interpretar los problemas jurídicos que suscita el riesgo en sus usos punitivos. Los tres capítulos que la componen proponen un diálogo entre marcos teóricos. La discusión se ordena sobre un eje argumental: el riesgo puede comprenderse como un caso de racionalidad formal en el sentido propuesto por Weber. Las perspectivas jurídicas sobre el riesgo se anudan a distintas variantes de «filosofía crítica» tras la inquietud weberiana sobre la racionalidad. Son lecturas sobre el pragmatismo instrumental del riesgo, que abocan a diagnósticos diversos sobre sus concreciones jurídicas. Esta primera parte indaga la perspectiva teórica más atinada para ofrecer una crítica de la racionalidad punitiva asociada al riesgo, desde el punto de vista de sus afecciones jurídicas.

En el primer capítulo describimos aquel carácter racional-formal del riesgo, sus diversas formulaciones y las críticas correspondientes al modelo en sus diversas variantes. Como veremos, el tipo de «racionalización» que porta el riesgo se inserta en las inquietudes de las filosofías críticas sobre la racionalidad, sobre las relaciones entre «razón» y «poder» y sus repercusiones sobre el sujeto.

En ese marco de análisis general, el segundo capítulo afronta las «sociologías del riesgo» como fruto de los divergentes caminos agrupados bajo los denominadores de la Teoría Crítica – reformulada en el diagnóstico seminal de la «sociedad del riesgo»–, y del funcionalismo sistémico. Ambas brindan interpretaciones sobre las implicaciones jurídico-punitivas del riesgo, interpretando de manera diversa su formalidad racional.

El tercer capítulo ofrece una crítica de las perspectivas antedescritas desde la concepción postestructural de Foucault, cuya analítica de la racionalidad es también reformulación de la hipótesis weberiana. Su estilo de análisis («caja de herramientas» teóricas) nos invita a una mirada alternativa sobre el derecho punitivo. Una lectura fértil para dar cuenta de sus transformaciones, no solo dogmáticas y normativas, sino también técnicas y tecnológicas.

La segunda parte de la Memoria, titulada «La orientación al riesgo en la configuración del derecho punitivo», consta de cuatro capítulos, que aplican la herramienta analítica pergeñada en la primera parte a la interpretación del riesgo en normas y prácticas punitivas. Pretenden arrojar alguna luz sobre el tipo de *racionalización* que el riesgo induce en el derecho punitivo.

La evaluación se realiza mediante la combinación de dos planos de análisis que conviven a lo largo de este segundo bloque. De un lado, la inserción del riesgo, formalizado como concepto normativo, en el ordenamiento jurídico. De otro, su articulación técnica y tecnológica en un entorno jurídico formal. Conviven así las exigencias de la dogmática jurídica con los requerimientos técnicos del riesgo: dos campos, dos métodos que pertenecen a dos metodologías distintas de aproximación a la realidad social. Asistiremos así a una interacción entre diferentes formas de tecnicidad, jurídica y extrajurídica, que se acoplan de manera siempre inestable, provisional, precaria.

El capítulo cuarto analiza la tecnicidad del riesgo en sus distintas variantes funcionales y hace inventario general de su presencia jurídica. En este registro amplio el riesgo se presenta como medio constructor de la seguridad como objetivo político. Nos adentraremos inevitablemente en el análisis de aspectos de la teoría del riesgo y la probabilidad; una cuestión en apariencia extraña al derecho pero crucial en nuestra investigación. La probabilidad se infiltra como una nueva, y en cierto modo alternativa, forma de normatividad que reta, se funde, debilita en todo caso, la norma jurídica ordinamental.

El quinto capítulo aspira a precisar, para el objeto de nuestra investigación, el concepto de derecho punitivo. Ello, a fin de evaluar el acomodo que las prácticas securitarias preventivas hallan en él. Interesa, en especial, atender al tratamiento que el «sujeto peligroso» ha recibido en tal espacio normativo por parte de la doctrina constitucional. Conviene testar la solidez de ese registro del sujeto jurídico, ya que es objeto de redefinición por las prácticas del riesgo.

El sexto capítulo rastrea la peligrosidad en distintos ámbitos del derecho punitivo: penal, penitenciario, procesal penal y administrativo de policía. Se atienden las previsiones normativas que, en tales espacios, anudan consecuencias jurídicas a valoraciones sobre la potencialidad conductual del sujeto. Se trata de un análisis selectivo: rescata únicamente aquellos aspectos de interés para comprender el modo en que la peligrosidad es regulada y los problemas jurídicos que suscita. Se atenderá así al

modo en que la peligrosidad es configurada, en cada caso, por los operadores jurídicos. Se dibujarán los contornos del derecho punitivo de la peligrosidad, lo que nos permitirá calibrar la incidencia del giro preventivo experimentado en nuestro ordenamiento. Veremos aflorar lo heteróclito de la peligrosidad según ámbitos, agentes y medidas.

Finalmente, el capítulo séptimo aborda las transformaciones de la peligrosidad en el plano de las técnicas extrajurídicas. Si a nivel jurídico-normativo, riesgo y peligro son de uso indistinto, divergen en su operatividad. Constataremos cómo esa tecnicidad descrita en el capítulo cuarto se inserta en el derecho punitivo, sustanciando modos concretos de valoración de la peligrosidad. Lo comprobaremos indagando sus implicaciones y afecciones jurídicas, utilizando el marco teórico crítico de la «justicia actuarial».

El capítulo se cierra, o se abre desde otro punto de vista, anunciando los nuevos espacios del riesgo punitivo como cálculo algorítmico total o parcialmente automatizado. En ellos la justicia actuarial se conecta con la toma de decisiones jurídico-públicas con apoyo en modelos de base algorítmica compleja. Se trata de un fenómeno con asideros normativos todavía inestables, en vías de conformación. Las líneas finales pretenden enmarcar lo que, sin duda, es ya un nuevo problema, e indica líneas de desarrollo posibles.

El riesgo ha sido empleado en la teoría social y jurídica como exponente de cambios abruptos o rupturas en las formas de racionalidad. También en el ámbito punitivo se ha utilizado para diagnosticar un quiebro en el modelo de gestión de la desviación. El enfoque de esta investigación se esfuerza por evitar el análisis en tales términos de cambio general o novedad absoluta. Busca palpar líneas de transformación que son discontinuas y expresan momentos en recorridos de largo alcance. Se pretenden enfocar discontinuidades en las vías de racionalización del derecho punitivo, lo que implica análisis de detalle más que teorizaciones generales. A ello apela la metodología escogida en el trabajo y la estructura de su desarrollo[1].

[1] La Tesis se ha realizado, en el tramo inicial de su desarrollo, con financiación de la Universidad de La Rioja a través de su Programa de Formación de Investigadores (beca FPI-UR). También ha contado con la ayuda de los Proyectos de investigación del Ministerio de Ciencia y Tecnología «La tensión entre libertad y seguridad, una investigación Socio-Jurídica (BUJ2003-07869-C02-01) y del Ministerio de Educación y Ciencia «La protección de la seguridad en la sociedad del riesgo: una aproximación desde la sociología jurídica» (SEJ2006-15335-C02-01).

PRIMERA PARTE

TEORÍAS SOBRE EL RIESGO COMO RACIONALIDAD PUNITIVA

CAPÍTULO 1

EL RIESGO EN LA PREGUNTA WEBERIANA SOBRE LA RACIONALIDAD

El riesgo ha devenido en modo transversal de gobernar la incertidumbre, o «domesticar el azar» si empleamos la expresión de Hacking[1]. El uso del riesgo es diverso y ha adquirido un protagonismo creciente en contextos tanto expertos como legos. Mientras Beck, con su «sociedad del riesgo», un titular impreciso, caracterizó la sociedad de finales de siglo, Ewald hablaba de la «época de la infinita sofística del riesgo», subrayando cómo se asociaba a «la muerte, la enfermedad, la salud y el fracaso escolar; [...] la peligrosidad, etc.». El riesgo, advertía Ewald, es un concepto empleado «para designar desde lo infinitamente pequeño de la existencia cotidiana, hasta lo infinitamente grande, como el riesgo de la gran tecnología»[2]. Pareciera que, en el tramo inicial del nuevo milenio, más que en una sociedad del riesgo, vivamos en «una sociedad saturada por el discurso del riesgo»[3]. Todo ello refiere una inflación del concepto que reta las capacidades heurísticas del término[4]. Una situación agravada por las distintas teorizaciones del riesgo que se han venido sucediendo sin apenas conexión, más allá del hiato entre realidad y posibilidad e incertidumbre[5].

Este éxito en presencia social y académica requiere de aclaraciones de partida. A ello se dedica este capítulo: a acotar la perspectiva desde la que interesa observar la funcionalidad del riesgo. Nuestra mirada quiere rescatarlo de los «metarrelatos» que lo utilizan como paradigma del moderno orden social. Este tipo de narrativa es poco sutil al considerar las vías efectivas de realización del riesgo –muchas veces conflictivas, contradictorias, discontinuas– en distintos ámbitos expertos, como el jurídico-punitivo.

Proponemos entender el riesgo como variante de racionalidad; en concreto, como racionalidad de tipo formal en sentido weberiano que, como tal, no se manifiesta de forma omnímoda sino conflictiva. Nos remontamos, pues, a la pregunta weberiana sobre la racionalización y sus consecuencias sobre el sujeto. Ello con una finalidad propedéutica: las sucesivas relecturas del interrogante weberiano describen estilos de

[1] Hacking (1991).

[2] Ewald (1986a, p. 20).

[3] Reith (2004, p. 384).

[4] Duclos (1994, p. 315).

[5] Garland (2003a).

filosofía crítica, a los que se anudan distintas teorizaciones sociológicas, políticas y jurídicas sobre el riesgo. La inquietud crítica sobre la racionalidad pemitirá sistematizar los marcos teóricos que han pretendido dar cuenta de la experiencia jurídico-punitiva del riesgo.

1.1 Riesgo y orden moderno

Algunas propuestas teóricas sitúan el riesgo como factor de comprensión del orden social en la «época moderna». Así, ha advertido Bauman que orden significa predictibilidad, regularidad, gobierno de la incertidumbre, de modo que un entorno se entiende ordenado cuando proporciona un sistema de probabilidades[6]. Desde un marco teórico distinto, para Luhmann la modernidad ordena el futuro como riesgo[7]. Más aún, para Giddens, la sociedad moderna se identifica por una «cultura de riesgo», cuyo concepto fundamenta la organización social capitalista y sus formas de poder[8]. De modo que el riesgo articula distintos relatos, o «metarrelatos», de la época moderna y sus discontinuidades. Aun asumiendo la expansión de los usos del riesgo al menos desde el siglo XVII, todas estas estas aproximaciones imponen una serie de costes teóricos que es necesario subrayar para los propósitos de este capítulo.

La relación entre racionalidad y modernización suele ser presentada como un cambio cultural que caracteriza toda la vida social[9], y a una cierta comprensión secularizada del tiempo, como magnitud inteligible y, hasta cierto punto, instrumentalizable[10]. En las teorías de la modernización, el riesgo se describe como exponente del tránsito *epocal* a «lo moderno»[11], en cuanto ruptura de las formas de organización social.

---

[6] Bauman (2003, p. 61).

[7] Luhmann (1992, p. 77).

[8] Giddens (1995, p. 12).

[9] Entre otros muchos, han sugerido lecturas de este tipo desde varios ángulos Douglas (1994, pp. 14 y ss.), Giddens (1994, pp. 20 y ss.), Luhmann (1992, pp. 50 y ss.) y Reith (2004).

[10] Señala Bernstein (1998) que el uso del riesgo implica asumir que el futuro es algo más que un deseo de Dios y que el hombre no es una entidad pasiva bajo la naturaleza.

[11] En este registro sociológico, y si seguimos a Giddens (1994, p. 15) por «modernidad» se entiende aquel conjunto de «modos de vida u organización social que surgieron en Europa alrededor del siglo XVII en adelante y cuya influencia, posteriormente, los ha convertido en más o menos mundiales». Se trataría de un elenco de procesos no homogéneos: según Bauman (1996, p. 77), si bien la madurez del camino de la modernización se produjo como proyecto cultural con el despliegue de la Ilustración, como forma de vida socialmente constituida no llegaría hasta el desarrollo de la sociedad industrial; pero que, en conjunto, habrían acabado conduciendo a una comprensión de la realidad, del ser humano y de las formas de organización social sustancialmente distintas de las vigentes con anterioridad. La idea de modernidad expresaría, en este sentido inevitablemente vago, un quiebro en cuanto a las formas de organización precedentes, un conjunto de transformaciones que atañen a todos los ámbitos de lo social,

El riesgo se emparenta con la idea de *reflexividad* de los entornos sociales entendidos como sistemas, donde las prácticas sociales constituyen un objeto de reflexión y son por ello reconsideradas permanentemente, esto es, racionalizadas. Un «control reflexivo de la acción» propio de la modernidad[12], ávida de nuevas fuentes de legitimidad superadoras de las prácticas recurrentes de las sociedades tradicionales[13]. La modernidad como sociedad post-tradicional, propone un diseño racional, de búsqueda de técnicas y tecnologías adecuadas a las prácticas y sus modos de legitimación[14].

Estas narraciones recurren a ciertos rasgos que definen un corte *epocal* en el que el riesgo se vincula a la construcción del orden social alternativo, arquetipo de la modernidad[15]. El riesgo asciende a paradigma racionalista, aquel cuya cientificidad desplazó a las fundamentaciones de tipo teológico, rechazando cualquier forma social insusceptible de demostración racional[16]. Se trata de una racionalidad pragmática opuesta al método demostrativo escolástico dominante hasta el siglo XVII[17], que soportará una auténtica revolución[18] donde la estructura social es transformada a través

económico, político y jurídico que, si bien desarrollados con distinto ritmo e intensidad, habrían generado una aceleración de los procesos de cambio social (Beriain 1996, p. 10).

[12] Giddens (1994, p. 45).

[13] El de «reflexividad» es un concepto polisémico en la literatura sociológica. Giddens lo utiliza para aludir al replanteamiento constante de las prácticas a tenor de las circunstancias sociales, en el sentido expuesto. El diagnóstico de Bauman sobre el carácter «líquido» de la modernidad apunta también a esa incansable renovación reflexiva (Bauman 2003). En cambio, Beck emplea el concepto en un sentido distinto, como característica de la modernidad tardía, asociándolo, no a la idea de reflexión –que apunta a la de autofundamentación–, sino a la de autoconfrontación. Se trata de un movimiento en espiral consistente en la aplicación por la sociedad moderna de sus propios principios sobre sí misma, de forma cada vez más radicalizada. Para un análisis de los diferentes sentidos del concepto en la doctrina sociológica véanse, entre otros, Beck, Giddens y Lash (1997), Lamo Espinosa (1990) y Ramos Torre y García Selgas (1999, pp. 333-556).

[14] Enfoque en el que se sostiene la constatación de Luhmann sobre el hecho de que las temáticas de la seguridad y del riesgo hayan madurado simultáneamente desde el siglo XVII (Luhmann 1992, p. 63).

[15] Ese diagnóstico sirve a Bauman, por ejemplo, para explicar el hecho de que el orden se erija como arquetipo de todos los propósitos modernos, como el «propósito que interpreta al resto como simples metáforas de sí mismo» (Bauman 1996, p. 77). Y de ahí la consecuencia de que la *securitas* constituya una piedra de toque para el proyecto político moderno desde un primer momento –aunque ese momento inaugural quede siempre un tanto oscurecido en este tipo de análisis–.

[16] Touraine (1993, p. 26). El diagnóstico de Horkheimer y Adorno sobre la Ilustración constataba el mismo hecho: «[l]o que no se doblega al criterio del cálculo y la utilidad es sospechoso para la Ilustración» (Horkheimer y Adorno 2007, p. 62).

[17] Daston (1995, p. xi).

del doble proceso de *autofundamentación* (autolegitimación) y *diferenciación sistémica*[19].

El riesgo ocupará su lugar específico como detector de las resistencias al proyecto ordenador y su nueva rigidez taxonómica. Será tematización racional de todo lo que escapa a la rigidez de la taxonomía –el desorden como ambivalencia– o negación de la previsibilidad[20]. Este es el mundo de la contingencia, o posibilidad de sucesos perturbadores del mundo social. Ello permite el contraste entre la propuesta de un entorno social racionalizado y el mundo «premoderno» al afrontar la contingencia. En la sociedad tradicional la religión operaría como motor institucional del sustrato de «confianza»[21] o «fiabilidad»[22], que aseguraba el despliegue de la vida social en un entorno de verdades seguras[23]. El peligro se expresa a través del complejo semántico

[18] Matiza Beck –que se inscribe sin duda en este tipo de sociología de la modernidad– que esto no quiere decir que la transformación se produjera en todo caso de forma abrupta. El proceso revolucionario que supuso la descomposición del orden tradicional se produjo en unos casos de forma explosiva (como la revolución francesa), pero en otros fue un recorrido duradero y paulatino (como la revolución industrial) (Beck 1996a, p. 238-240).

[19] En el registro teórico de Parsons (1988) y Luhmann (1998a y 1998b), diferenciación sistémica significa la fragmentación de los distintos ámbitos de lo social en subsistemas, de acuerdo a un criterio funcional, de forma que cada uno es sometido a su propio proceso de racionalización. Cada subsistema se constituye de forma autónoma en su propio ámbito –la economía en la esfera económica, el derecho en la jurídica, etc.–, tratando de optimizar sus rendimientos y garantizar la continuidad de las acciones desplegadas dentro de sus límites operativos sistémicos. Cada subsistema desarrolla su actividad conforme a su propia «legalidad objetiva» o «código binario». De este modo, el avance de la modernidad provocaría dos divisiones fundamentales: la separación entre política y religión, y entre economía y política. Por su parte, Giddens rechaza expresamente la descripción de la sociedad moderna en términos de diferenciación sistémica o especialización funcional. Las razones que arguye para ello son diversas. En primer lugar, advierte que este tipo de descripciones suelen vincularse a perspectivas evolucionistas –que se refieren a un desarrollo «necesario» de la historia hacia un estadio determinado–, como ocurre en Marx. En segundo lugar, muy frecuentemente dependen de nociones funcionalistas, que el autor rechaza de partida. Por último, señala que esta forma de caracterización no revela de forma satisfactoria la cuestión del distanciamiento espacio-temporal propio de la modernidad, que sin embargo en su teoría representa un punto central a través del concepto de «desanclaje» (Giddens 1994, p. 32). Para Touraine, en cambio, la diferenciación funcional de los subsistemas –en particular, la separación de la política y de la religión, y de la economía y de la política– es la condición previa para el desencadenamiento de las transformaciones profundas de la modernidad, al hacer estallar los mecanismos sociales que se oponían al cambio (Touraine 1993, p. 261).

[20] Para Bauman, la ambivalencia es «la posibilidad de referir un objeto o suceso a más de una categoría, es un desorden en la especificidad del lenguaje: un fracaso de la función denotativa (separadora) que el lenguaje aspira a desempeñar» (Bauman 2005, p. 19). La ambivalencia es, en definitiva, el correlato lingüístico del desorden.

[21] Luhmann (1996a).

[22] Giddens (1994, pp. 36 y ss.).

[23] De forma genérica, contingente es todo aquello que no es ni necesario ni imposible. Luhmann advierte que se trata de un concepto constituido a través de esas dos negaciones, que deben ser tratadas como unidad en el sentido amplio del término (Luhmann 1997, 90). Más específicamente, Luhmann

del pecado como forma de movilización y cohesión de la comunidad[24]. Se trata de un universo de concepción metafísica, donde la idea de destino tan solo individualiza el orden inmanente de cada persona. El «proyecto moderno» propone una comprensión alternativa del mal, como presupuesto de la libertad del hombre. La posibilidad del mal es consustancial al libre arbitrio, tesis que sistematizará la idea jurídica de culpabilidad. En la modernidad, el mal deja de ser así un problema metafísico para ser instrumentalizado: descompuesto, diseccionado y sometido a cálculo, bajo la tesis de que la relación bien-mal describe un continuum–el bien puede derivar del mal– y donde el mal desempeña una función de cierta utilidad social[25].

Esta ruptura con la tradición sustituye a Dios por la sociedad como principio de orden moral y de explicación y evaluación de las conductas[26]. El mal se vincula a la contingencia en el curso de un tiempo abierto, y queda inaugurada la seguridad como reto a la razón. Frente a las férreas ataduras de la idea destino, la modernidad observa el tiempo en clave social, no como entidad metafísica, sino como un torbellino de acontecimientos cuyo único ordenador son las leyes naturales y el ser humano[27]. La semántica del riesgo se abre paso como vía, característica de la racionalidad moderna, de comprender el futuro en sus acontecimientos: la incertidumbre no solo se observa, sino que se pretende dominar. El riesgo colonizará el espacio social de la mano de los cálculos de probabilidad, como mediación de la contingencia. El riesgo seculariza la fortuna cuantificando el azar.

---

aborda el problema de la contingencia desde la perspectiva de la observación. En clave luhmanniana, que el mundo sea contingente significa en esencia que aquello que es observado y aquellos que observan pueden cambiar en cualquier momento. Lo contingente se refiere a la relatividad de lo observado: lo que para uno puede ser verdadero, para el otro no. Esta incertidumbre, propia de la observación «primaria», es superada a través de la observación «de segundo orden», u observación de la observación que, en el mundo premoderno, es ejercida por Dios como «metaobservador» cuyo criterio de verdad último da sentido a la contingencia y aporta estabilidad, confianza. «Dios ha dispuesto el mundo de tal modo que todo lo contingente está mezclado con algo necesario. Esto limita el potencial de asombro ante la creación y a ello corresponde un orden instituido y colmado de sentido» (Luhmann 1996b, 186). Así, en el mundo moderno, las condiciones de confianza cambiarían drásticamente, y estarían entrelazadas con el problema de la comprensión y gestión del riesgo.

[24] Douglas (1994, p. 25).

[25] Revelli (2008, pp. 19-23). No en vano, resulta paradigmático el modo en que Hobbes elabora su teoría política en oposición a la idea de orden natural, inaugurando con ello la Filosofía política moderna y, precisamente, proponiendo un tratamiento netamente racionalizado del peligro como motivo para el surgimiento del Estado (Hobbes 1987).

[26] Touraine (1993, p. 32).

[27] Giddens (1995, p. 142).

Esta nueva concepción del mundo presupone que las contingencias que afectan a la vida humana son humanamente (socialmente) creadas o imputables a la naturaleza. Este es el sentido concreto en el que Giddens define a la modernidad como una «cultura de riesgo». Por ello, donde el riesgo es reconocido, las formas premodernas de seguridad resultan inoperantes[28]. La idea de riesgo deviene ya el nuevo eje organizativo del mundo social. El futuro se concibe y relata como entidad calculable, de forma que puede ser descrito en tiempo presente mediante una organización reflexiva de los ambientes de conocimiento[29]. Evidentemente, la conciencia de inseguridad y peligro persiste en las sociedades modernas igual que en las premodernas, pero difiere su percepción y el modo de enfrentarlo[30].

En definitiva, la literatura revisada subraya la capacidad del riesgo para manejar la incertidumbre o inseguridad en términos racionales como medio de asegurar los resultados, normalizar el futuro y traerlo al dominio del sujeto[31].

---

[28] La transformación esencial reside para Reith en el hecho de que la mentalidad premoderna no podía concebir el concepto de aleatoriedad –y mucho menos por tanto ideas como riesgo-, ya que no se podía entender un mundo en el cual las cosas sucediesen sin motivo y, aún menos, un mundo donde el futuro fuera moldeado por el ser humano más que por la intervención trascendental (Reith 2004, p. 386).

[29] Giddens (1995, p. 12). Luhmann (1992, pp.77-93) se ha detenido en esta vinculación entre modernidad, percepción temporal y riesgo, que en sus términos implica el tránsito desde un tiempo metafísico hacia un tiempo sistémico. El hecho de que la modernidad represente el futuro como riesgo está vinculado para Luhmann a la semántica del tiempo desarrollada por la propia modernidad, consecuencia de su forma de comprensión y manejo de la disyuntiva pasado/presente/futuro. Si bien todo sistema, en la medida en que está dotado de memoria, opera sobre la dualización pasado/futuro –como diferenciación entre el *antes* y el *después* de un proceso-, en principio el futuro se muestra como una entidad fuera del alcance del propio sistema, que se orienta en cada caso exclusivamente por el estado alcanzado inmediatamente. Solo cuando los sistemas han desarrollado una cierta complejidad –lo cual se produciría con el avance de la modernidad– estos cuentan con la posibilidad de visualizar –representar– el futuro en el espejo del pasado. De esta forma el sistema puede orientarse y avanzar, no ya solo en virtud del estado culminado en su avance, sino también en virtud de una determinada representación del futuro. Es decir, en la modernidad el sistema se orientaría mediante la diferenciación entre pasado y futuro, lo cual no significa que esta distinción haya sido inventada en la modernidad, sino que en este periodo aquella adquiriría un protagonismo del que carecía en épocas precedentes. Por ello, Bauman sostiene que «la historia del tiempo comenzó con la modernidad [...] La modernidad es el tiempo en el que el tiempo tiene historia» (Bauman 2002, p. 119). Si en la «cosmovisión premoderna» la eternidad era el punto de observación desde el que la realidad era representada en su conjunto, y Dios era el observador de esa totalidad, en la modernidad es la idea de «presente» la que refleja el tiempo en su conjunto, que desde ese punto de observación se fracciona entre pasado y futuro. En esta nueva situación, el observador (o mejor, el «metaobservador» u observador de segundo orden), no es ya Dios, sino el ser humano.

[30] Douglas y Wildavsky (1983).

[31] El carácter de «recurso forense» que Douglas atribuye al riesgo quiere subrayar su abstracción, su cientificidad y su conexión con el análisis objetivo, rasgos que se adaptarían perfectamente a las necesidades de las nuevas condiciones culturales alumbradas por la modernidad (Douglas 1990 y 1994, p. 15).

Sin embargo, estas descripciones *epocales* incurren en una generalidad y univocidad que limita su capacidad para discriminar entre los múltiples procesos de transformación que agrupa el término de «modernización», y el par reductor premodernidad/modernidad (y también /postmodernidad). En este sentido Foucault opuso expresamente las nociones de *cambio* y de *transformación*; buscó un marco interpretativo que sustituyera «la forma abstracta, general y monótona del *cambio*» mediante el estudio de los «tipos diferentes de transformación» de un momento histórico concreto [32] . Esta propuesta debilita la confianza en etiquetas como «modernidad» y «postmodernidad»[33].

No obstante, las sociologías de la modernidad aportan propuestas relevantes sobre el binomio riesgo-seguridad, y el tratamiento instrumental del mal aplicando ciertas formas de racionalidad. Sin duda, la mentalidad del riesgo implica un cierto desencantamiento del mundo, no se acomoda a un universo determinista[34]. Puede apreciarse un nexo claro entre razón y seguridad a partir del siglo XVII, en las formas de pensamiento práctico secularizado y sus propuestas sobre el orden y el control de las

[32] Foucault (1968, p. 705). La genealogía, en el estilo que iniciara ya Nietzsche, trata de esquivar en lo posible las periodizaciones epocales. Si bien en ocasiones se ha acusado al proyecto genealógico de Foucault de operar por estratos epocales –Donnelly (1990, p. 196) le acusa incluso de una «grosera periodización por dicotomía» que opone épocas minimizando los desarrollos históricos intermedios– solo una lectura en sí misma grosera del autor francés permite extraer ese tipo de diagnóstico apresurado. El análisis a partir de técnicas y dispositivos que caracteriza la genealogía foucaultiana, precisamente, contamina cualquier pretensión de corte histórico, enfatizando los deslizamientos a ritmos diversos, y no las rupturas. Las lógicas de gobierno se superponen, se desplazan mutuamente en distintos momentos históricos, sin lograr expulsarse completamente de escena.

[33] Para Foucault el concepto de modernidad (y postmodernidad) está aquejado de una ambigüedad que inhabilita su consideración como «tema» de estudio. Su polémica con Habermas, a la que habremos de referirnos, tropieza precisamente con esa objeción de partida: «[...] sé que Habermas ha propuesto como tema la modernidad. Me siento avergonzado, porque no veo muy bien qué quiere decir eso, ni tan siquiera –poco importa la palabra, siempre podemos utilizar una etiqueta arbitraria– qué tipo de problemas se señalan a través de esa palabra o que serían comunes a quienes se conoce como postmodernos». En realidad, más allá de ese tono irónico, lo que Foucault considera inaceptable metodológicamente es la sinécdoque consistente en identificar «la razón» con un cierto conjunto de formas de racionalidad y de prácticas de poder, identificadas como icónicas en un determinado periodo: «para mí, ninguna forma dada de racionalidad es *la* razón» (Foucault 1983, p. 1266). Lo moderno, en este sentido, no puede ser tomado como un periodo, sino como una actitud intelectual. A lo largo de sus diversos ensayos sobre el significado de la Ilustración, Foucault delinea, atravesando el célebre opúsculo de Kant (2004), una idea de modernidad que no define una época sino una actitud, un compromiso filosófico con la problematización del presente (Foucault 1990; 1984a; 1984c; 2008b). Volveremos sobre la interpretación foucaultiana del texto de Kant al perfilar la relación entre racionalización y riesgo, en este mismo capítulo (§1.3.1).

[34] Ewald (1991, p. 208).

desviaciones[35]. La racionalidad instrumental aparejada al riesgo se advertirá también en el declive de la ética que Revelli achaca al principio securitario moderno, donde la delimitación bien-mal se difumina, al convertirse en una suerte de binomio encadenado[36].

El problema es que los relatos sobre «la modernidad», «la racionalización» y «el riesgo» exigen abonar dos costes teóricos. Por un lado, describen una racionalización socialmente homogénea, donde nuevos saberes y prácticas desplazan en bloque a los precedentes, o «premodernos»[37]. Por otro lado, la descripción de la irrupción «moderna» del riesgo no atiende suficientemente a la diversidad de los usos y ritmos de aplicación. Si bien emerge una gestión de riesgos desde el siglo XVII, esta se articula como instrumento de dominio de las cosas y los eventos, es decir, del objeto por el sujeto. Su aplicación a la conducta humana, al comportamiento –y no a sus consecuencias– como evento previsible, se encuentra ya en el siglo siguiente, en lo que Foucault denominó *biopolítica*[38], pero se desarrollará con posterioridad. De hecho, el terreno jurídico-punitivo se ha mostrado especialmente recalcitrante a la incorporación de tales lógicas.

Las narraciones sobre la modernización tienden a una descripción monolítica del tratamiento «moderno» de la incertidumbre, como si la irrupción del cálculo cuantitativo matemático de riesgos hubiera desplazado otras maneras de afrontar la contingencia. Sin embargo, y en esto han insistido varios estudios en los últimos años[39], el tratamiento de la inseguridad ha supuesto una hibridación de lógicas incluso en esferas expertas de decisión, incluidos criterios intuitivos, emocionales, estéticos, morales y hasta puramente especulativos. Más aún, la gestión técnica de riesgos no

[35] Calvo García (1989, pp. 63 y ss.).

[36] Revelli (2008, 53). Ewald rescata una sentencia de Girandin en el contexto ya «maduro» de la gestión de riesgos del siglo XIX, que resulta significativa al respecto: «No hay moralmente, ni bien, ni mal; solo hay, materialmente, determinados riesgos» (Girandin, E., *Politique universelle, décrets de l'avenir*, Bruselas, 1852). Resalta al respecto Ewald el papel del riesgo en el proceso general de laicización de los valores, especialmente en el avance del siglo XIX (Ewald 1996a, p. 178).

[37] Los trabajos de Agamben advierten de las limitaciones de aquel tipo de narración epocal. Por ejemplo, su arqueología teológica en torno al concepto de providencia ilustra cómo una racionalización del mal como «consecuencia colateral» de la existencia de un orden, asumido por lo tanto en términos instrumentales, está presente ya tempranamente en el pensamiento cristiano medieval (Agamben 2008, p. 134).

[38] Foucault (1976a, pp. 718-20).

[39] Stalcup (2015), O'Malley (2015).

siempre se ha basado en métodos probabilísticos cuantitativos. Este argumento es una de las críticas contra la tesis de Beck, cuya teoría de la sociedad del riesgo –una teoría general de la modernización– destacará sus límites como ejemplo del ocaso de la racionalidad aseguradora moderna[40].

Muestra de la heterogeneidad de los modos de gestión de la incertidumbre que coexiste dentro de lo que suele considerarse un contexto ya «moderno», es el propio rol que asume el derecho como mecanismo previsor de conductas. Ha sostenido De Lucas que el propósito del derecho puede entenderse, en buena medida, como un intento de «dominar el tiempo» en el sentido de anticipación y perdurabilidad[41]. De forma más detallada, O'Malley ha argumentado cómo la legislación contractual versa en sustancia sobre el futuro y los futuribles, concretamente, de las condiciones en que una promesa de conducta es aceptable[42]. El derecho es en sí mismo un aparato de previsión y absorción de incertidumbre, fundado en sistemas complejos de presunciones y ficciones, que no siempre sintonizan fácilmente con otras vías más empíricas y pragmáticas de calcular anticipadamente los cursos de acción.

Concluyamos pues que la heterogeneidad en el tratamiento de la incertidumbre no encaja en modelos lineales de racionalización. Según el registro que aquí adoptamos, más que un tratamiento exclusivamente cuantificador del azar como probabilidades numéricas, el riesgo es una construcción social dirigida, por diversas vías, a asegurar resultados en contextos con cierta carga de incertidumbre.

---

[40] Precisamos esa discusión *infra*, en el epígrafe §3.1.

[41] Para el autor, el propósito del derecho puede entenderse, en buena medida, como un intento de dominar el tiempo: «¿qué hace el derecho sino tratar de permitirnos soñar con esa ficción de dominar el tiempo, al hacernos creer que se anticipa a nuestro nacimiento y perdura después de nuestra muerte, acompañándonos, como asegura el clásico, desde antes de la cuna hasta después de la tumba?» (De Lucas 2003, p. 21).

[42] O'Malley (2000 y 2004, pp. 77-93). Idea que recuerda a la observación de Nietzsche sobre la compulsión subjetiva que exige la fiabilidad de las deudas en el intercambio económico –conducta incierta cuya previsibilidad ha de construirse–, y que Lazzarato (2011, pp. 40-41) enlaza con una idea del tiempo como «primer objeto de expropiación/apropiación capitalista».

1.2 Riesgo y racionalidad formal

El riesgo, en sentido técnico objetivo, consiste en un cálculo que relaciona la probabilidad de un evento y el grado de daño eventualmente estimado[43]. Alude a la «contingencia o proximidad de un daño». Pero tales definiciones formales revelan solo una de las funcionalidades del concepto, aquella faceta *descriptiva* que plantea la hipótesis de un suceso dañoso: la aptitud para formalizar la incertidumbre. Sin embargo, el riesgo porta también una funcionalidad *prescriptiva*, basada en la anticipación frente a un peligro hipotético con el fin de hacerlo gestionable. Se trata de una estrategia para reducir la incertidumbre y, en su caso, adoptar una decisión congrua. Se trata, en fin, de una vocación anticipatoria o de pronóstico que persigue una racionalización del futuro a través de su representación calculada en el presente.

El riesgo expresa una racionalidad *con arreglo a fines*: los medios se despliegan frente a un suceso virtual, cuyo contenido de realidad queda concretado en función de los medios desplegados, que actualizan la virtualidad en clave de probabilidad. Por lo tanto, el riesgo sitúa en primer término la relación entre medios y fines, afirmación en la que resuenan los elementos de aquella racionalidad formal de Weber al inventariar los modos de la acción social. El riesgo opera como un tipo específico de acción social, una acción en condiciones de inseguridad: un tipo de acción «de eminente carácter estratégico, que incorpora tanto los aspectos materiales y formales de la acción racional weberiana como el intento de anticipar reflexivamente las consecuencias imprevistas»[44]. El riesgo es así un exponente del tipo de racionalidad que, para Weber, determina el desarrollo de las esferas sociales, el proceso de «desencantamiento» de la vida social, como proceso de racionalización formal, como mediación racional entre posibilidad y probabilidad, y como gestión racionalizada del tiempo[45].

---

[43] Así, Riesgo = Probabilidad (e) x Daño (e), donde *e* designa el evento riesgoso considerado.

[44] Rodríguez Martínez (1999, p. 197).

[45] En este sentido, Zinn ha planteado expresamente la posibilidad de entender la creciente aplicación de las técnicas de gestión de riesgos como expresión, a su vez, de un mundo crecientemente desencantado, en el sentido en que Weber describió esta idea: un incremento en la intelectualización y la racionalización, tras la idea de que no existen misterios incalculables que entren en juego; el actor racional puede, en principio, dominar cualquier cosa mediante el cálculo, por lo que no es necesario recurrir a medios mágicos ni a la superstición. Así, «incluso aunque tal idea de un mundo racionalizado nunca ha llegado a realizarse plenamente, ha devenido central en la semántica social, del mismo modo

Este enfoque resulta útil para mostrar que el riesgo es una forma de racionalidad, una manera de pensar los eventos como magnitud calculable y previsible. La acción social weberiana es un tipo especial de acción humana que «se orienta por las acciones de otros, las cuales pueden ser pasadas, presentes o esperadas como futuras». En la tipología de acciones sociales, la *acción racional* o *con arreglo a fines* (a diferencia de la acción *con arreglo a valores*, la *afectiva* y la *tradicional*) es la

> «determinada por expectativas en el comportamiento tanto de los objetos del mundo exterior como de otros hombres, y [utiliza] esas expectativas como 'condiciones' o 'medios' [...]. Actúa racionalmente con arreglo a fines quien orienta su acción por el fin, medios y consecuencias implicados en ella y para lo cual *sopesa* racionalmente los medios con los fines, los fines con las consecuencias implicadas y los diferentes fines posibles entre sí»[46].

La acción racional-instrumental weberiana es aquella según la cual un actor (1) se decanta por ciertos fines mediante un balance entre varias opciones, (2) evalúa las consecuencias previsibles de su acción en otros sujetos y objetos, y (3) utiliza esas expectativas calculadas como medios para la consecución de los fines seleccionados. El riesgo, que en definitiva es una cuestión de expectativas de resultado –y sobre esto Luhmann ha profundizado por sus propias vías[47] – se perfila como un tipo paradigmático de acción racional, al servir de cauce o instrumento para objetivar expectativas en los procesos de decisión.

Siguiendo con Weber, el riesgo operaría como un supuesto de racionalidad formal, en detrimento de otra de carácter material o sustantivo. Racionalidad formal significa eficacia y adecuación en los medios, posibilitados por ciertos conocimientos científicos y aplicaciones técnicas. La racionalidad formal busca una calculabilidad siempre creciente, una primacía de los medios frente a consideraciones sustantivas, que resultan indiferentes desde la perspectiva de los medios instrumentales[48]. Es decir,

---

que el concepto de riesgo como parte de dicha semántica». No en vano, «el riesgo implica que un futuro incierto puede hacerse disponible para la acción humana, principalmente por medio de la ciencia positiva y la técnica» (Zinn 2008, p. 10).

[46] Weber (2014, pp. 151-153).

[47] Luhmann (1992; 1996b; 1997).

[48] Weber (2014, pp. 211-212). En sentido opuesto, la racionalidad sustantiva implica una acción orientada hacia aquellos medios apropiados para realizar ciertos fines, valores o creencias específicos, de carácter sustantivo. En otras palabras, la racionalidad sustantiva gira en torno a fines, mientras la de

aunque la acción racional por excelencia se caracteriza por ser teleológica, el modo de racionalidad que impulsa pone en primer plano los medios, y no los fines. La explicación reside en la subjetividad de los fines, a discreción del actor, y que no se deducen ya de criterios sustantivos, o al menos no necesariamente –este es el proceso paradójico que Horkheimer describirá como «subjetivización» de la razón[49]–. Así, la racionalidad formal designa el cálculo para controlar los resultados de la acción sobre la realidad material. Gestiona la acción «mediante una aplicación directa de patrones numéricos y calculables», en una esfera de actuación específica en la que el procedimiento formalizado se aplica[50]. Por ello, Mannheim se refirió a este modo de racionalidad como «funcional» y «unidimensional», por oposición al carácter «sustancial» y «multidimensional» de la racionalidad de los fines[51].

El riesgo, como instrumento de objetivación y acción, parece amoldarse casi literalmente a la idea weberiana de una racionalidad formalizada. Sin embargo, resulta necesario advertir ciertos puntos problemáticos o al menos ciertas tensiones implícitas en la obra de Weber, en cuanto a su tesis sobre la racionalización. Tales problemas se refieren, por un lado, a la idea de acción propuesta por Weber: las características de la acción, ¿son aspectos atribuibles en primer término a la intención del sujeto actuante, o bien deben escrutarse en la propia racionalización de los entornos sociales en la que la acción se desenvuelve? En este sentido, se ha advertido en ocasiones que la aparente inclinación de Weber hacia la primera solución dota a su proyecto teórico de un excesivo individualismo metodológico, al manejar un concepto de acción social que presupone racionalidad en el propio actor[52]. Por otro lado, el segundo problema alude a

---

carácter formal lo hace en torno a los medios. Por tanto, ambas entablan una tensión en términos opuestos e irreconciliables, aunque puedan coexistir –y de hecho lo hacen– en las diversas esferas sociales.

[49] Horkheimer (2010).

[50] Morrison (2010, p. 611). Por ejemplo, Weber define la economía capitalista –más precisamente, el «acto de economía 'capitalista'»– en virtud de su contenido de racionalidad formal, como acción social típicamente orientada a fines: aquel se caracteriza por ser «un acto que descansa en la expectativa de ganancia debida al juego de recíprocas probabilidades de cambio; es decir, en probabilidades (formalmente) pacíficas de lucro». El procedimiento de contabilidad clave en esta esfera económica es el balance final, de modo que el valor de los bienes estimables en dinero deberá exceder el capital empleado (Weber 2015, pp. 80-81). No en vano, la proliferación del riesgo está vinculada a la racionalización de esa esfera social por excelencia «racionalizada» que es la economía capitalista, como posibilidad para concretar la expectativa de ganancia en ciertas aventuras de inversión.

[51] Mannheim (2018, pp. 59 y ss.).

[52] Dean (1994, p. 66). Como advierte Habermas, para Weber las innovaciones en los procesos de racionalización social se producen en realidad «por materialización institucional de aquellas estructuras

la –discutida– pretensión de Weber de erigir la racionalidad formal en descriptor unívoco de la sociedad contemporánea. Se trata de dos aspectos que en realidad abren posibilidades interpretativas sobre la tesis weberiana de la racionalidad, y que atraviesan las reformulaciones que la filosofía crítica ha realizado a lo largo del siglo XX. Como exponente de una racionalidad eminentemente instrumental, las distintas concepciones del riesgo que han proliferado en los últimos treinta años se vinculan a las posiciones adoptadas frente a Weber y las distintas filosofías sobre la racionalidad.

Abordaremos a continuación las dos propuestas críticas que han inspirado más claramente las aproximaciones al fenómeno del riesgo: las lecturas dialécticas de la razón ilustrada, y la propuesta postestructuralista que subraya la heterogeneidad de los modos de racionalidad. Tomaremos como pauta el itinerario metodológico ofrecido por Michel Foucault sobre la razón, que justifica el marco epistemológico de este trabajo.

---

de conciencia que surgieron de la racionalización ética de las imágenes del mundo». Según aquel, esta interpretación distingue a Weber de las teorías de la modernización de tipo funcionalista (Habermas 1988a, p. 289).

1.3 La contingencia de la racionalidad como vector de su crisis

Presentar la obra de Foucault como una indagación crítica de la racionalidad –como una aproximación a las diversas formas en que opera– puede resultar quizá poco familiar para aquella perspectiva más difundida que suele anunciarle como un teórico «del poder». Sin embargo, aquella es una afirmación sustentada en la propia reflexión que Foucault ofreció sobre su obra durante sus últimos años de vida, en los que insistió en procurar un hilo conductor consistente para el conjunto de su trabajo, con la intención de rescatar una línea de coherencia en su recorrido[53]. Entre 1978 y 1984, Foucault ofreció una serie de aclaraciones metodológicas en las que no se concibe como un teórico del poder, sino como un crítico de la razón, como un observador de las formas de racionalidad y sus efectos, particularmente, sobre el poder. Lo que Foucault pretendió fue rastrear la proliferación de *racionalidades*, de estrategias de saber –enunciados aceptados como verdaderos, precisamente, por su vinculación con ciertos modos de conocer–, y que producen concretas objetivaciones. Y estas activan modos de gobierno sobre esos mismos objetos.

Su obra es un conjunto de fragmentos que componen algo así como una historia crítica de los discursos de verdad, de la emergencia de distintos objetos de saber y de las prácticas de poder a ellos anudados[54]. Es decir, que en Foucault no encontramos una

[53] Lo hizo, precisamente, en el instante en que su interés filosófico parecía virar sensiblemente, en el último quiebro teórico que ha sido descrito en alguna ocasión como un inesperado «giro ético» de su filosofía, tan escéptica con cualquier humanismo. Resulta indudable que Foucault plantea un nuevo objeto de análisis en el tramo final de su carrera intelectual, a partir del primer volumen la *Historia de la sexualidad* (Foucault 1976a) y los últimos cursos en el Collège de France sobre la *Hermenéutica del sujeto* (Foucault 2001a) y el «gobierno de sí mismo» –*El gobierno de sí y de los otros* I y II (Foucault 2008a y 2009)–. Lo que resulta más cuestionable es que este nuevo objeto implique una ruptura metodológica y mucho menos un giro humanista.

[54] En una mirada retrospectiva (Foucault 1983, pp. 1261-1262) ve en la primera época de su carrera –*Historia de la locura en la época clásica* y *El nacimiento de la clínica* (Foucault 1972 y 1963a)– un intento de hacer aflorar la conformación del «sujeto enajenado», fruto del saber psiquiátrico y objeto de un régimen específico de prácticas de gobierno. *Las palabras y las cosas* y *La arqueología del saber* (Foucault 1966 y 1969) supusieron la culminación de su proyecto arqueológico sobre las formaciones discursivas –sobre los discursos de verdad– rastreando la génesis de los grandes campos del saber contemporáneo y sus consiguientes formas de objetivación. Su giro hacia la genealogía, que abandona la circularidad discursiva de la arqueología y pretende vislumbrar las prácticas de poder anudadas a todo discurso de verdad, propone en *Vigilar y castigar* un relato sobre la génesis del *homo criminalis*, una genealogía parcial del saber criminológico y las prácticas de normalización enlazadas al mismo. En su *Historia de la sexualidad* (Foucault 1976a) se sirve de los discursos morales y jurídicos sobre el placer

teoría o comprensión global y sistemática criminológica, psiquiátrica, económica o politológica; pero sí análisis de los modos de racionalidad que operan en cada uno de esos dominios de saber y de poder. En el centro las relaciones entre poder y saber se sitúa el sujeto, producto y agente que surge de ese entramado. En estas claves Foucault reconoce su empresa como un escrutinio genealógico de racionalidades operativas en campos diversos, como una *filosofía crítica*.

1.3.1 La filosofía crítica y las ambivalencias de la racionalidad

Foucault trata de explicitar su proyecto a través de una genealogía de la crítica misma, según ciertos puntos de bifurcación sucesivos. Su estilo crítico está conectado con su modo de considerar el interrogante weberiano sobre la racionalidad. De esa consideración emerge un aspecto de un hondo alcance metodológico: su relación con la Teoría Crítica como «otro» gran ejercicio de crítica de la razón ensayado en el siglo XX, en definitiva, una reformulación de Weber por otras vías. Foucault se emparenta y aleja decisivamente de la Escuela de Frankfurt –y, en cierta medida, de Weber mismo–, como prueban sus conocidas diferencias con Habermas[55].

Foucault no afronta a Weber directamente, sino en el marco de un recorrido crítico más amplio. El primer movimiento, el primer paso genealógico de la pregunta crítica, lo busca Foucault remontándose a una fuente que podría parecer extravagante, desde el lugar común que lo relaciona con Nietzsche y Heidegger: Foucault rastrea el interrogante crítico partiendo de Kant, con un retorno al problema de la *kritik* y la *Aufklärung*, a su célebre texto sobre la Ilustración, como paso hacia «una genealogía de la actitud crítica en la filosofía occidental»[56]. Foucault, con ese enfoque, no trata de

---

sexual que inducen una determinada forma de relación del sujeto consigo mismo. En los últimos veinte años hemos comprobado cómo en sus cursos del Collège de France, transcritos sucesivamente, Foucault había trazado indagaciones paralelas, poniendo en juego las mentalidades generales de gobierno propias del liberalismo –en torno al dilema fundamental de «no gobernar demasiado» ni «demasiado poco»– y mentalidades ligadas a saberes de tipo poblacional y estadístico donde el problema es, precisamente, el surgimiento de un objeto de gobierno denominado «población» (Foucault 2004a, pp. 68 y ss.). Continuó la propuesta de la *Historia de la sexualidad* mediante una genealogía de las prácticas de verdad del sujeto sobre sí mismo, mostrando en qué términos el sujeto produce una verdad sobre sí y, en tales términos, se conduce a sí mismo, se autogobierna (Foucault 2008a y 2009).

[55] Si bien, como veremos, lo que conocemos son sobre todo las referencias inversas, aquellos argumentos de Habermas contra Foucault.

[56] Foucault (2008a, p. 112). En realidad, Foucault había enfocado ya su tesis complementaria para la obtención del doctorado en 1961 como una traducción de la *Antropología en sentido pragmático* precedida de una extensa introducción, trabajo que sólo ha sido publicado de forma completa mucho

restituir el corpus teórico kantiano, sino de definir un escenario filosófico en el que inscribir su estrategia de la racionalidad[57]. Obviamente, Foucault no regresa al Kant de las dos «grandes críticas» –*La crítica de la razón pura* y *La crítica de la razón práctica*– y a sus preguntas sobre lo trascendental y lo universal. De hecho, *ese* Kant, que busca un sujeto universal que sustente su teoría del conocimiento, no puede estar más lejos del propósito foucaultiano, afanado en disolver toda universalidad en fragmentos de contingencia[58]. Foucault vuelve repetidamente al opúsculo kantiano *¿Qué es la Ilustración?* (1784) y su reflexión sobre la revolución francesa en *El conflicto de las Facultades* (1798)[59]. El interés de estos ensayos radica en que perfilan

después (Foucault 2008b) –la publicación inicial solo incluyó la traducción junto con un breve prefacio titulado «Notice historique» (Foucault 1964)–. En aquella tesis complementaria, como en su «Préface à la transgression» (Foucault 1963b) –homenaje a Bataille tras su muerte publicado en la revista *Critique*– su interés hacia Kant gira sobre la vinculación operada por este entre la crítica y la pregunta sobre los límites de la razón, que habría inaugurado un horizonte «antropológico» para el pensamiento, desplazando la inclinación metafísica: el reto para el pensamiento sería, a partir de ahí, el de «pensar la finitud desde la finitud» misma del ser, que significa la posibilidad de fundar una antropología. Dirá Foucault en un pasaje coetáneo que hasta Kant el pensamiento sobre el hombre fue siempre secundario, vinculado a una reflexión previa sobre lo infinito o lo absoluto, en el que el hombre ha de inscribirse de uno u otro modo; después de Kant, «el infinito ya no viene dado, no hay más que finitud», la propia del hombre como ser finito (Foucault 1965, p. 474). Ese deslizamiento de la filosofía hacia una antropología, a partir del reconocimiento de los límites de la razón y de la filosofía desde el principio de finitud, es el tamiz con el que Foucault considera a Kant durante los años sesenta (Foucault 1966, p. 581; 1969, p. 809). Su regreso posterior al autor alemán, ya en la madurez de su obra a partir de 1978, se produce en términos parcialmente distintos, girando principalmente en torno al texto kantiano *Respuesta a la pregunta ¿Qué es la Ilustración?* (Kant 2004).

[57] Con esta precaución debe entenderse la filiación que François Ewald sugería en 1984, en el sentido de que «si Foucault se inscribe en la tradición filosófica, es en la tradición crítica, aquella misma de Kant», de modo que «su proyecto podría denominarse una Historia crítica del pensamiento» (Foucault 1984d, p. 1450). En todo caso, la sugerencia de Ewald está avalada por el propio Foucault: la frase sirve de arranque a la entrada «Foucault» del *Dictionnaire des philosophes* editado por Denis Huisman en 1984, artículo firmado como «Maurice Florence», que es en realidad un pseudónimo del propio Foucault –como revelan sus iniciales «M.F.»– quien, a iniciativa de Huisman y con la colaboración de Ewald, escribe aquí sobre su propia trayectoria intelectual.

[58] Foucault (1983, p. 1230; 1984, p. 1449).

[59] Regresa a estos escritos kantianos, al menos, en los siguientes textos. «Qu'est-ce que la critique? [Critique et *Aufklärung*]» de 1978 (Foucault 1990), cuyo origen es la intervención que Foucault realizó ante la Société Française de Philosophie el 27 de mayo de 1978, y que fue publicado en el *Bulletin* de dicha organización en su número de abril-junio de 1990. En su intervención en el Collège de France en 1983, extractado en 1984 como «Qu'est-ce que les Lumières?» (Foucault 1984c), publicado más recientemente de forma íntegra (Foucault 2008a, pp. 25-39). En el texto homónimo al extracto de 1984, más extenso, publicado ese mismo año en Estados Unidos (Foucault 1984a). La finalidad original del texto era su envío a la University of California –Berkeley–, como base para la participación en el seminario organizado por Hubert Dreyfus y Paul Rabinow, sobre el tema de la modernidad y la Ilustración, y en el que habrían de intervenir también Habermas, Taylor y Rorty, entre otros. La muerte sobrevenida de Foucault abortó la celebración del seminario, pero el manuscrito de Foucault fue publicado ese mismo año, traducido al inglés, como encabezamiento de la obra de compilación *The Foucault Reader*, editada por el propio Rabinow –sobre este itinerario, véase Passerin D'Entrèves (1996)–. Vuelve también sobre Kant al hilo de diversas consideraciones más incidentales: en la

la Ilustración como un programa de transformación de la realidad mediante la razón, como logro de la filosofía, encargada de soldar las relaciones entre poder y saber. Para Kant, la misión de la razón es evidenciar el desajuste entre verdad y autoridad, donde «el sujeto se arroga el derecho de interrogar a la verdad sobre sus efectos de poder y al poder sobre sus discursos de verdad»[60]. El texto de Kant revela una nueva actitud filosófica, volcada en la actualidad del presente, en su contenido de «novedad» o discontinuidad[61], y un nuevo objeto filosófico: la relación entre verdad, autoridad y sujeto.

Foucault no quiere reconstruir la ideología del proyecto ilustrado, sino sus ambivalencias en su realización efectiva. Aquí es donde resulta plausible afirmar que este movimiento genealógico de Foucault orbita más en torno a Weber que al propio Kant. El giro crítico que interesa reconstruir es el que se pregunta por la exhortación *Sapere aude!*, cumplida en las «racionalizaciones» sucesivas de las esferas sociales durante el siglo XIX y XX[62]. El mandato ilustrado somete toda autoridad y poder a esquemas objetivos susceptibles de validación racional en un determinado sistema de saber. Se trata de «multiplicar los poderes políticos de la razón»[63]. Ante ese presente transformado por el despliegue de la razón en diversos aspectos, la mirada penetrante

---

introducción a la edición estadounidense de 1978 de la obra principal de Canguilhem, *Le normal et le pathologique* (Foucault 2007); al inicio de «Pour une morale de l'inconfort», prefacio a la obra de J. Daniel, *L'Ére des ruptures* (Foucault 1979, p. 783); en el arranque de su *Tanner Lecture* redactada en 1979 (Foucault 1981) –el texto fue enviado a la Stanford University en octubre de 1979 para la célebre serie de conferencias *The Tanner Lectures on Human Values*, y publicado en 1981 en el segundo tomo del repertorio, editado por S. McMurrin en la University of Utah Press (págs. 223-254)–. Fragmentos de las reflexiones iniciales de este trabajo sobre el problema de la racionalización aparecen en «The Subject and Power» (Foucault 1983, pp. 210-211), texto escrito en inglés por Foucault, publicado como postfacio a la segunda edición de la obra de H.L. Dreyfus y P. Rabinow *Michel Foucault, beyond structuralism and hermeneutics* (Dreyfus y Rabinow 1986); al final de su postfacio al volumen editado por M. Perrot, *L'Impossible Prison. Recherches sur le systeme pénitentiaire au XIX^e siècle* (Foucault 1980d, p. 856); en el texto publicado póstumamente, «La vie: l'expérience et la science», dedicado a Canguilhem (Foucault 1985, p. 1584-1587), revisión de su prefacio a la edición americana de *Le normal et le pathologique*; así como en la publicación póstuma de su conferencia en la Universidad de Vermont en octubre de 1982, «The Political Technology of Individuals» (Foucault 1988).

[60] Foucault (1990, p. 39).

[61] Conforme a la lectura de Foucault, tal actitud implica el gesto filosófico de considerar el presente en su particularidad, en lo que en él haya de discontinuo. En una palabra, concebirlo en términos de evento. Tal actitud «no busca comprender el presente a partir de una totalidad o de un final futuro. Busca una diferencia: ¿qué diferencia introduce el hoy en relación al ayer?» (Foucault 1984d, p. 34), ¿qué es precisamente este presente al que pertenezco? (Foucault 2008a, p. 13). De hecho, solo desde esa perspectiva es posible que una época, como la propia Ilustración, se denomine a sí misma.

[62] Foucault (1990, p. 41-42).

[63] Foucault (1981, p. 953).

de la crítica sobre el presente hubo de reformularse y deslizar un interrogante nuevo: el que se preocupa por los efectos paradójicos y las zonas sombrías de aquel proyecto de racionalización[64]. Ello implicará inquirir la relación poder-saber desde un ángulo cambiado, el de «los abusos del poder de la racionalidad política»[65]. Es decir, «¿de qué exceso de poder, de qué gubernamentalización, tan inevitable que se justifica por la razón, tal razón es en sí misma históricamente responsable?»[66]. Cuestiona así la ecuación que el siglo XVIII europeo trazó entre aumento de «la razón» –y su corolario, la capacidad técnica del hombre sobre las cosas–, e incremento de la libertad de los individuos que hacen uso de aquella razón y capacidad.

Este es el primer pliegue de la cuestión crítica que Foucault identifica, y que sitúa a su propio proyecto junto a Weber y la Escuela de Frankfurt, pero también junto a Hegel y Nietzsche. Y que rescata de la *posse* kantiana su vocación sobre el significado de la actualidad, sobre «el campo actual de nuestras experiencias», y que quiere dibujar una «ontología del presente»[67]. El punto determinante de afinidad radica en la

[64] Para Foucault, hay ya en Kant ciertas ambivalencias que traslucen el carácter paradójico del proyecto racionalizador ilustrado, en la medida en que la crítica kantiana es en realidad una llamada al reconocimiento de los límites del conocimiento, entre ellos el deber de la obediencia. La autonomía kantiana es por un lado un replanteamiento del principio de obediencia, de modo que el acto de obedecer sea compatible con la autonomía del razonar –de hecho, la «mayoría de edad» de la humanidad consiste en la capacidad de disociar razonamiento y obediencia, de modo que ninguno de los dos términos anule el otro–. Como es conocido, Kant llega a este compromiso entre razón y autoridad a través del forzado ejercicio de distinguir un ámbito público y otro privado del uso de la razón. El interés de Foucault por este planteamiento reside en que tal juego entre razón y poder funda un modo específico de gobierno de la conducta, de sí mismo y de los otros: el deber del pensar por sí mismo fundamenta una nueva manera de arrogarse la autoridad sobre los otros (Foucault 2008a, p. 33). En definitiva, gobierno y saber están imbricados en la tesis de Kant, que de hecho enlaza la crítica al juego «del poder y de la verdad, como tema fundamental, como prolegómeno a toda *Aufklärung* presente y futura» (Foucault 1990, p. 41; 1984d, pp. 35-36). Hardt y Negri han retomado esta ambigüedad inherente a la exhortación kantiana «*Sapere aude!*». En respuesta a este mandato, Kant desarrolla en su ensayo, por un lado, el modo de conocimiento al que habríamos de atrevernos, que redunda en el principio de obediencia, en la afirmación de los roles que sostienen el orden social. No obstante, los autores plantean también la posibilidad implícita en Kant de leer la exhortación ilustrada «a contrapelo», de modo que el «atrévete a pensar» signifique de forma más temeraria «sabe cómo atreverte» (Hardt y Negri 2011, pp. 32-33). Hardt y Negri rescatan por lo tanto un sentido crítico implícito en Kant de forma similar a Foucault, aunque sus propuestas críticas sigan caminos divergentes.

[65] Foucault (1981, p. 954).

[66] Foucault (1990, p. 42).

[67] Foucault habla de «una ontología de la modernidad», que es en realidad «una ontología de nosotros mismos». Esta tradición crítica se aparta de la otra gran línea de reflexión sobre la racionalidad que parte de Kant, que Foucault identifica con la filosofía analítica anglosajona, y que se concibe como una «analítica de la verdad», preguntándose por las condiciones que hacen posible un conocimiento verdadero o auténtico (Foucault 2008a, p. 22). La filosofía crítica no se pregunta por la autenticidad de la verdad, sino por las condiciones –por aquellos modos de racionalidad– que en nuestro momento

formulación weberiana de la racionalidad: aquella pregunta en la que Weber repara en *La ética protestante*, tras diseccionar el desencantamiento del mundo por la razón, y que Parsons tradujo de forma un tanto libre como la «jaula de hierro»[68]. Para Weber, el proyecto de «conducción racional de la vida» –con resonancias en el concepto foucaultiano de gobierno– derivó en una rutinización técnica, cuya racionalidad es proporcional a su vacuidad sustantiva[69]. Para Foucault, la singularidad de Weber reside en desplazar la pregunta de Marx sobre la lógica contradictoria del capital hacia la ambivalencia de la racionalidad propia de la modernidad capitalista, con su paradoja de la «racionalidad irracional» del capitalismo[70]. En esta aproximación a la sociedad capitalista, el problema de los modos de producción y la lucha de clases se vería desplazado por un análisis de las variantes de racionalidad existentes en una perspectiva histórica –algo así como las «estructuras de racionalidad de las sociedades históricas»[71]–. La filosofía crítica busca, precisamente, elaborar una «crítica racional de la racionalidad» que, en cualquiera de sus versiones, propone rastrear los recorridos intrincados de la razón, proyectando lo que Foucault titula una «historia contingente de la racionalidad»[72]. Se trata de destronar aquella forma de racionalidad dominante, que se arroga el estatuto pleno de «razón», para presentarla tan solo como manifestación de entre las posibles, revelando así su contingencia.

Esta pretensión está indudablemente en Weber, y por ella pasa toda filosofía crítica. Sin embargo, ese proyecto solo puede cumplirse corrigiendo en cierta medida la idea de acción dominante: ese individualismo excesivo que por momentos inspira su análisis, al vincular racionalidad de la acción y orientación del agente. La racionalidad que la crítica busca desnudar hasta revelar su contingencia no es el signo o el contenido

---

constituyen el escenario que nos conforma y delimita nuestras experiencias (Foucault 1984a, pp. 1396-1397).

[68] No nos detendremos aquí en la polémica sobre la traducción más adecuada de la expresión original de Weber –*stahlhartes Gehäuse*– y los motivos de Parsons para adaptar la metáfora en los términos que lo hizo. Véase al respecto el trabajo de Baehr (2001). La versión del texto que citamos es de Navarro Pérez, que sigue el criterio de Parsons. Una traducción más fiel al original, como «férrea envoltura» puede encontrarse en la versión de Almaraz y Carabaña –Weber, M. (1983), *Ensayos sobre sociología de la religión*, vol. 1, Madrid: Taurus, p. 165).

[69] Weber (2015, pp. 258-260).

[70] Foucault (2004b, p. 109).

[71] Alútiz Colorado (2002, p. 205).

[72] Foucault (1983, p. 1259).

de razón que el sujeto pueda atribuir a su operar en el mundo, sino la que prolifera en el entorno social en que actúa y hace posible su mismo operar.

Este aspecto resulta determinante para comprender el riesgo como una forma de racionalidad, cuestión que pretendemos alejar también de cualquier individualismo metodológico, del problema de la racionalidad intrínseca del agente. La tesis weberiana sobre la racionalidad moderna reposa sobre un modelo de actor como individuo dotado de un potencial inherente para el cálculo racional, y al tiempo que portador de intereses, valores y necesidades de significado[73]. Son las orientaciones del actor, sus modos de combinación entre medios y fines, las que permiten una caracterización del mundo moderno como expresión de la racionalidad instrumental. Los intentos de Weber por fundamentar un sentido de la racionalidad en términos sociales generan ciertas fricciones con el individualismo de su análisis, con su idea de individuo portador de racionalidad. Weber minusvalora quizá la relevancia del contexto en el que se desenvuelve la acción, el hecho de que la posibilidad de acción racional del agente individual depende de la racionalización del entorno en el que se desenvuelve. Más concretamente, y en especial si hablamos de la racionalidad formal o con arreglo a fines, la acción «depende de la elaboración previa de formas discursivas específicas (por ejemplo, en la ley) y, más generalmente, en la realización de una racionalidad en la organización institucional de la sociedad misma»[74]. En otros términos, el actor individual es una función de la racionalidad colectiva preexistente. La orientación del actor racional no puede ser un punto de partida para el análisis: es consecuente con los entornos sociales que posibilitan la racionalidad de la acción; entornos de acción potencial que permiten una ordenación «racional» entre medios y fines. La racionalidad se sitúa, en primer término, en los discursos y prácticas a disposición de los actores, y es la formación de aquella racionalidad la que debe ser escrutada de partida[75].

La unidad fundamental de investigación es para Weber el individuo como agente capaz de orientar su acción con sentido. En tajante oposición a Durkheim, los

[73] Hindess (1987, pp. 137-141).

[74] *Ibidem*, p. 142.

[75] En un sentido similar, Albrow sostiene que la racionalidad se funda al mismo tiempo en la acción práctica y en sistemas simbólicos, de modo que la acción se hace racional en la medida en que es gobernada por el mundo del pensamiento, al que la razón pertenece: «[l]a racionalidad es conferida a la acción por su ubicación en sistemas simbólicos», de modo que «otorgar racionalidad a una acción es reconocer su lugar en marcos de conocimiento y creencia» (Albrow 1987, p. 170).

agregados no son sino desarrollos y entrelazamientos de las acciones específicas de personas individuales[76]. Sin embargo, resulta evidente que Weber no desconoce el hecho de que la racionalidad de la acción individual pasa, de algún modo, por los medios racionales sedimentados en la esfera en que se inscribe: esa distinción está implícita en Weber a través de los conceptos respectivos de racionalidad y racionalización. Mientras la primera alude a la capacidad de la acción social para sujetarse al cálculo de los medios y fines, asumiendo una orientación metódica con la realidad, Weber entiende por racionalización aquel «proceso histórico» mediante el cual la realidad es cada vez más dominada por el cálculo, el conocimiento científico y la propia acción racional. Esta distinción comprende una acción social sujeta a variación, no solo en función de la orientación del actor individual, sino también de la esfera social en la que se actúa. De hecho, como sintetiza Morrison, el concepto de esfera social en Weber designa aquellos ámbitos diferenciados en la sociedad «cuya existencia, conducta, actividades y nivel de racionalización: (1) crea orientaciones con respecto a la acción social y (2) imparte influencias y patrones de desarrollo a otras esferas sociales»[77].

Por lo tanto, Weber no atiende solo al contenido racional del operar de los actores, sino también al proceso de «racionalización de la acción» o «de la conducta»[78], subsiguiente a la «racionalización» de las distintas esferas sociales, como la economía[79] o el derecho[80]. Hennis cree que Weber sugiere «dos historias» sobre una humanidad

---

[76] Parkin (2009, p. 21).

[77] Morrison (2010, p. 408). El proceso de racionalización de las esferas sociales, especialmente la económica y la religiosa, es llevado al primer plano, especialmente, en *La ética protestante y el espíritu del capitalismo* (Weber 2015). Allí, la especificidad del capitalismo occidental se explica a través de una específica institucionalización de la esfera económica: mientras la figura del comerciante, del empresario o del «capitalista aventurero» no es un fenómeno ni exclusivamente occidental ni moderno, sí lo es la superación de una acción económica basada en la especulación irracional o la pura acción violenta. Superación dependiente, según Weber, de la moderna organización racional del capitalismo europeo a través de varios elementos: la separación de la economía doméstica y la industria, la organización racional del trabajo libre, la constitución de un derecho y una Administración formalmente racionales –es decir, guiados por reglas formales y por lo tanto previsibles–, y en especial por las posibilidades técnicas de realizar un cálculo exacto, una previsión matemática de ganancias y pérdidas a través de la contabilidad racional (*ibidem*, pp. 82-86). Es decir, la particular racionalidad del capitalismo moderno depende, más que de una orientación psicológica de los actores, de una formalización del entorno social y de la aplicación de ciertos dispositivos de cálculo.

[78] Weber (2014, pp. 158 y 195).

[79] *Ibidem*, pp. 230 y ss.

[80] *Ibidem*, pp. 855 y ss.

que ha interiorizado el espíritu racionalista y antitradicional: una «historia de la ciencia moderna», junto con una «historia de la *Lebensführung* moderna» (el moderno «estilo de vida»)[81].

La tensión entre actor individual y la racionalización del entorno social está en la base del dilema weberiano sobre la ambivalencia de la modernidad. La «conducción racional de la vida», fruto secularizado de la ascesis cristiana, habría desembocado a la larga en un entramado técnico-burocrático carente de toda sustantividad, en una pura *rutinización* privada de sentido. El «fundamento mecánico», la «petrificación mecanizada» del capitalismo victorioso, que no requiere ya de sostén axiológico alguno, ni espiritual ni humanista[82]. La liberación de la tradición, que la ilustración entendió como posibilidad de la libertad humana, de un individuo que puede autodeterminar la orientación de su acción, liberó a su vez la posibilidad de una dominación interior y exterior sin precedentes por una formalización estructural hueca –de ahí la «férrea envoltura» o «estuche» que Weber evoca–. Es decir, el proceso de racionalización, al tiempo que produce medios idóneos para alcanzar de forma cada vez más atinada objetivos específicos anhelados, solo puede hacerlo al precio de negar valores que dotan de sentido la acción humana[83]. Racionalización es al tiempo empoderamiento individual y rígida inercia procedimental, lo que abre la vía a una «inhumanidad del hombre hacia el hombre», consecuencia subjetiva que avanza en sincronía con la misma capacidad de objetivación[84].

Esta racionalización de los entornos sociales de acción, que determina la posibilidad de acción del sujeto y no a la inversa, es el lugar común de todas las filosofías críticas de la razón durante el siglo XX, y de toda historia contingente de la racionalidad. Aunque consideren de forma distinta las ambivalencias del proceso racionalizador. Mientras la Teoría Crítica ofrecerá una lectura dialéctica de aquellas paradojas, Foucault atraviesa la formulación weberiana para, finalmente, desplazar su enfoque y construir un programa divergente de indagación en las formas de racionalidad y sus efectos de poder. El interés por el riesgo como objeto de análisis

[81] Hennis (1983, p. 156).

[82] Weber (2015, p. 259).

[83] Smart (2002, p. 137).

[84] Alexander (1987, p. 197).

filosófico y sociológico en el último tramo de aquel siglo ha configurado, como veremos en el capítulo siguiente, un espacio de reformulación de aquellas perspectivas críticas, en el que al mismo tiempo convergen y divergen.

1.3.2 La crítica de la razón instrumental

Dentro de esa tradición de sospecha hacia los procesos de racionalización, la indagación de la Teoría Crítica pergeñada por la Escuela de Frankfurt en las décadas centrales del siglo XX, especialmente en su versión más «pesimista» a partir de la *Dialéctica de la Ilustración* firmada por Horkheimer y Adorno en 1944[85], es casi explícitamente un desarrollo del diagnóstico de Weber releído en términos dialécticos. Según plantean en su prólogo retrospectivo de 1947, su objetivo en la *Dialéctica* fue «comprender por qué la humanidad, en lugar de alcanzar un estado verdaderamente humano, se hunde en una nueva forma de barbarie», proyectando así una especie de «antropología dialéctica»[86]. El desasosiego que atraviesa sus escritos deriva, en palabras de Horkheimer[87], del descubrimiento de que «los avances en el ámbito de los medios técnicos se ven acompañados de un proceso de deshumanización», de modo que «el progreso amenaza con destruir el objetivo que estaba llamado a realizar: la idea de hombre». La Teoría Crítica se afana en una suerte de dialéctica de la modernidad, que busca un punto de inflexión o de renuncia, donde la razón pierde un cierto contenido esencial y deviene en su contrario, revelando una vocación hacia la dominación técnica de la naturaleza por el ser humano y de este por el ser humano mismo.

El argumento de Horkheimer y Adorno, el proyecto de dominio de la naturaleza, que deriva del anhelo de liberación del ser humano mediante la razón instrumental, pasa en buena medida por una exposición racional al peligro, por una administración de las contingencias a las que el hombre se ve enfrentado. A este respecto es significativo el *excurso I* de la *Dialéctica de la Ilustración,* en el que Adorno plantea su célebre relectura del mito de Odiseo *–Odiseo, o mito e Ilustración–*[88]. La redacción homérica

[85] Horkheimer y Adorno (2007).

[86] *Ibidem*, pp. 11 y 17.

[87] Horkheimer (2010, pp. 43-44).

[88] Horkheimer y Adorno (2007, pp. 57-91).

de la *Odisea* contiene ya la dialéctica de la razón formalizada con el mito[89], al tiempo que presenta un prototipo *avant la lettre* del individuo burgués en la figura del héroe[90].

Entre la exuberancia de matices que Adorno ofrece en su revisión del mito, emerge con intensidad la cuestión de la astucia característica de Odiseo al afrontar las amenazas que irrumpen en su travesía. Las potencias legendarias enviadas por los dioses, los peligros fabulosos que acechan al héroe, acaban por mostrarse como residuos míticos ante la racionalidad estratégica de aquel. En el relato, Odiseo no está simplemente expuesto a peligros fantásticos. Con su acción, aquel «los convierte formalmente en el presupuesto de su propia decisión racional»[91]. Su racionalidad se afirma a través de la exposición al peligro, un peligro que no puede eliminar, pero sí controlar racionalmente. No en vano, Odiseo no rehúye el canto fatal de las sirenas. Se sumerge en él, una vez que ha hallado el medio para minimizar su peligro[92]. Mientras la tripulación rema sin escuchar el canto, Odiseo se expone atado al mástil de la nave, sorteando el peligro sin esquivar las condiciones impuestas por la divinidad. Adorno ve en esta astucia el anticipo de la racionalidad formal que caracteriza, por un lado, el derecho burgués –ha encontrado una «laguna» en el contrato que le permite burlarlo al tiempo que cumplirlo formalmente– y, por otro, la propia subjetividad burguesa, fundada en la capacidad de cálculo y de dominio de la contingencia: «la posibilidad de la ruina debe fundamentar moralmente el beneficio. Desde el punto de vista de la sociedad de intercambio desarrollada y de sus miembros individuales, las aventuras de Odiseo no son más que la exposición a los riesgos que componen el camino del éxito»[93] –léase, el camino del progreso–[94]. Hay que insistir en que no se trata ya de un problema emocional de valentía o de coraje, sino de capacidad instrumental, de medios a disposición para enfrentar el peligro: de medios racionalizados de tipo técnico. La toma de riesgos en la modernidad no es una exposición pasiva a las fuerzas azarosas del

[89] Homero habría logrado ya con su mera redacción la secularización del mundo mítico, al presentar el espacio que atraviesa el héroe perfectamente racionalizado, conocido y nombrado, podríamos decir, cartografiado.

[90] Horkheimer y Adorno (2007, p. 57).

[91] *Ibidem*, p. 69.

[92] Odiseo solo reconoce el poder arcaico del canto en la medida en que, técnicamente ilustrado, se hace atar (Horkheimer y Adorno 2007, 48).

[93] *Ibidem*, p. 74.

[94] No están lejos las observaciones de Ernst Jünger sobre la relevancia del peligro en la conformación de la conciencia moderna liberal (Jünger 2004).

entorno, sino un enfrentamiento activo con la incertidumbre que puede ser racionalmente procesada. Tal es la esencia de la conversión del peligro en riesgo.

Adorno busca en Odiseo una suerte de «prehistoria de la subjetividad»[95], revelando una forma de razón dominadora, calculadora y formal que pasa, en buena parte, por la capacidad de dominar la contingencia. Horkheimer precisará el carácter de esta forma de racionalidad en su *Crítica de la razón instrumental*[96], donde la razón con arreglo a fines de Weber es interpretada como un tipo de razón, además, de carácter *subjetivo*. Horkheimer parte también de la fuerza disolutiva del proyecto ilustrado en relación al mito, presentando este proceso como la erosión del modo de racionalidad pre-ilustrada. Una racionalidad que es calificada como *objetiva*, en la medida en que mantenía necesariamente una conexión sustantiva con verdades de carácter objetivo, de cuya relación de coherencia extraía precisamente su contenido de razón, permitiendo una jerarquización axiológica de los medios y los fines[97]. Tal modo de racionalidad, sostiene Horkheimer, habría decaído con el ataque ilustrado a aquellas objetividades tradicionales, con la disolución de la religión y del mito[98]. Aquí la Teoría Crítica relee la idea de acción racional con arreglo a fines. Si para Weber esta se caracteriza porque el actor emplea como medios las expectativas de comportamiento exteriores a sí mismo, para el logro de fines propios «racionalmente sopesados y perseguidos»[99], para Horkheimer lo relevante es la subjetivización que subyace en ese modo de proceder. La racionalidad de los fines se convierte en un problema estrictamente subjetivo, que está en función de la utilidad para el sujeto. En ese relativismo teleológico, el único fin objetivo reconocible es la querencia del sujeto hacia su conservación –versión secularizada de la salvación–, convertido en el fin único y autorreferencial. En este tránsito, los medios de autoconservación progresivamente afinados, inspirados por el principio único de la utilidad subjetiva, se alejan de cualquier idea objetiva del mundo.

---

[95] *Ibidem*, pp. 67-68.

[96] Horkheimer (2010).

[97] Contreras Medina (2006).

[98] En realidad, y paralelamente a Weber, para quien la racionalidad occidental procede de la secularización y dispersión del imperativo protestante de búsqueda de la salvación, para Horkheimer y Adorno el origen último de la razón subjetiva está en el la subjetivización de la propia creencia religiosa a partir de las guerras de religión. Si en Weber «la naturaleza antirreligiosa del mundo moderno tiene una base religiosa» (Alexander 1987, p. 188), para Adorno y Horkheimer este diagnóstico es igualmente cierto, aunque la cuestión religiosa se vea subsumido en el epígrafe más genérico del mito.

[99] Weber (2014, p. 153).

Es así como «la razón se tornó cálculo, una mera evaluación de los medios requeridos para la obtención de cualquier fin»[100].

En este punto, la Teoría Crítica explota la inversión paradójica que está implícita ya en la descripción de Weber. Si la racionalidad instrumental se caracteriza inicialmente por orientarse a fines, su subjetivismo acaba por subsumir la racionalidad de los fines en la de los medios. El problema de la racionalización se sitúa entonces en los medios, antes que en los fines, relegados a un problema de preferencia individual bajo el objetivo genérico de la autoconservación. Horkheimer subraya la sugerencia que atraviesa las páginas en las que Weber presenta su modelo de razón formal: cuando nuestra época atribuye a una práctica, institución o discurso el adjetivo «racional», solo se afirma la organización racional, es decir, técnica, de su operar y sus capacidades. El problema de la racionalidad de los fines queda, por lo tanto, al margen de la discusión. Lo racional se define como aquello que «sirve para algo», por encima de «aquello para lo que sirve»[101].

Este diagnóstico sobre el devenir calculador y formalizado de la razón apunta, de nuevo, a la funcionalidad del riesgo como una expresión completa de la razón subjetiva, como un medio racionalmente formalizado aplicable a cualquier fin, portador de una lógica anticipatoria y sistemática. Para Horkheimer, la preeminencia de los medios sobre los fines propia de la razón subjetiva implica un giro hacia la cuantificación y la probabilidad como única guía segura para la acción, como medida de eficacia. La discusión no se sitúa en la aceptabilidad de los fines, sino en «la capacidad de calcular probabilidades y determinar los medios más adecuados para un fin dado»[102]. Es decir, la racionalización de los medios significa el tratamiento técnico –formalizado, rutinizado– de la incertidumbre, la gestión de aquel lapso temporal que separa la

[100] Sitton (2006, p. 70). El principio de abstracción se revela a través de esa relativización de los fines: dado que la validez de los fines ya no se refiere a su propio contenido, sino al grado de racionalidad de los medios desplegados para alcanzarlos, lo que cuenta en la razón subjetiva es simplemente el funcionamiento abstracto del mecanismo de pensamiento, desvinculado de cualquier teleología que no sea su propia formalización. Lo determinante es la relación –formal– entre un objeto o un concepto con un fin, y no el objeto o el concepto considerados en su materialidad (Horkheimer 2010, pp. 45-47). Es la inversión completa del proyecto ilustrado y la devaluación del concepto mismo de razón: «Cuando la idea de razón fue concebida, tenía cometidos mucho mayores que simplemente el de regular la relación entre medios y fines; era considerada como instrumento idóneo para comprender los fines, *para determinarlos*» (*ibidem*, p. 50; cursivas en el original).

[101] Contreras Medina (2006, p. 76).

[102] Horkheimer (2010, p. 47).

decisión sobre los medios idóneos y la verificación de los resultados esperados de su aplicación. Así, este modo de racionalidad depende de la habilidad para cuantificar la acción y las expectativas de resultado, de objetivar los cursos de acción. Idealmente, se trata de lograr su cuantificación, su traducción numérica, como pauta para la toma de decisiones..

La esencia matemática de la razón ilustrada determina el punto de bifurcación o de extravío que la Teoría Crítica explora. En la formalización radica su capacidad de dominio, y este hecho determina lo que, con Ruano de la Fuente, podemos denominar el destino trágico de la subjetivización de la razón[103].

Conviene advertir ahora que, para Horkheimer y Adorno, la razón subjetiva es además totalitaria. Es autorreferente y se ve liberada de cualquier anclaje moral o sustantivo que determine el sentido de su funcionalidad. En consecuencia –y este aspecto será clave para Beck– es un tipo de razón que *ha perdido toda conciencia sobre sí misma*, sobre su curso de desarrollo[104].

La falta de autoconciencia de una racionalidad que solo se afirma en la tecnificación de los medios es la verdad oculta del progreso, el carácter totalitario que la Teoría Crítica denuncia. La capacidad de gestión de los riesgos derivados del progreso es la cláusula de cierre del sistema, que afirma así su capacidad de gestión racional incluso de sus propias consecuencias indeseadas. Como Odiseo, la razón instrumental (subjetiva) es capaz de mantener el rumbo del progreso gestionando racionalmente cualquier contingencia.

Marcuse, en su análisis de la sociedad de masas posterior a la II Guerra Mundial, observa cómo esta lógica sobre la gestión de los riesgos se ha incorporado plenamente al entramado racional-burocrático. La ideología del progreso reposa en una capacidad instrumental y tecnificada de gestión del riesgo: «es con la calculadora electrónica que la racionalidad formal del capitalismo celebra su mayor triunfo, [...] capaz como es de calcular los riesgos de ganancias o de pérdidas con la mayor certeza, y al fin de cuentas,

[103] Ruano de la Fuente (1996). Contreras Medina explica este carácter trágico según la autora: la erosión de la religión y de la filosofía por la modernidad, la subjetivización indefinida de la modernidad, provoca una pérdida de significados que ofrecía el universo tradicional, angustia que el universo democrático es incapaz de aliviar. Así, la modernidad busca refugio en el universo de la técnica, que no hace sino arrastrar la propia esencia de la modernidad, la voluntad de autonomía de los individuos (Contreras Medina 2006, 69).

[104] «Sin consideración hacia sí misma, la Ilustración ha consumido hasta el último resto de su propia autoconciencia» (Horkheimer y Adorno 2007, 20).

las posibilidades de la aniquilación total con el consentimiento de la población, tan dócil como sometida a sus 'cálculos'»[105]. Para Marcuse, también, la reducción cuantitativa de la realidad es la causa de la unidimensionalidad de la conciencia impuesta por la racionalización, el precio inasumible a pagar por el progreso. El riesgo condensa aquella tecnificación de la conciencia, en la medida en que es capaz de disolver cualquier amenaza del progreso en la aptitud racional de control, es decir, es capaz de normalizar el peligro hasta lograr una conciencia inconsciente incluso de la posibilidad de la catástrofe. La hipótesis de la catástrofe funda en la sociedad industrial una especie de nueva ciudadanía, ya que más que deslegitimar el sistema sociopolítico, refuerza el vínculo del individuo hacia el mismo, reafirmando la necesidad técnico-burocrática de control. Es decir, en una especie de actualización industrial del pacto hobbesiano, el peligro (técnico) legitima y reproduce la jaula de hierro tecnificada y su aceptación por el sujeto que, para la Teoría Crítica, es sin embargo su primera víctima[106].

De esta forma Marcuse sugiere que el riesgo, como gestión del peligro en el contexto industrial, es un elemento esencial de la «falsa conciencia» –de la *conciencia feliz*– que determina la unidimensionalidad de la sociedad.

1.3.3 La reificación del sujeto como posibilidad de diagnóstico

En definitiva, el tipo de racionalidad que la primera generación de la Teoría Crítica identifica como paradigmática de la modernidad ilustrada coincide sustancialmente con el tipo de procesamiento de la realidad que el riesgo incorpora.

La razón instrumental se revela como puramente sistémica que opera por agregación, proponiendo la predictibilidad del mundo mediante proyecciones estadísticas. La ciencia sólo puede afirmarse instrumental, hablar el lenguaje de la probabilidad y la predicción:

---

[105] Marcuse (1969, p. 35).

[106] Se preguntaba Marcuse en 1954 si las amenazas de destrucción aparejadas a la sociedad industrial, lejos de servir de negación hacia el sistema, se habían transformado en motivos de adhesión hacia este, tras su capacidad de gestión administrativa de los riesgos: el progreso técnico se acompañaría de una capacidad para manipular y controlar el instinto de destrucción, de «satisfaerlo 'productivamente'» (Marcuse 1993, pp. 108-109).

> «La ciencia se relaciona en general con la naturaleza y con los hombres de forma no distinta de cómo en particular la ciencia de los seguros [lo hace] con la vida y la muerte. Es indiferente quién muera; lo que cuenta es la relación de los casos con las obligaciones de la compañía. Es la ley de los grandes números y no el caso singular, lo que se repite en la fórmula»[107].

Una lógica aglutinadora que traza un vínculo indisoluble entre lo universal y lo particular, de modo que «aprehende lo particular como un caso de lo universal y lo universal sólo como el lado de lo particular por el cual éste se puede asir y manejar»[108]. La operatividad del riesgo se situaría entonces, plenamente, en el conjunto de problemas que la Teoría Crítica aborda bajo el calificativo de razón subjetiva.

La descrita lógica numérica, que insiste en tratar al individuo como un objeto, impondría una forma de conciencia en sí misma cosificada: «la transformación total efectiva de todo ámbito del ser en un reino de medios lleva a la liquidación del sujeto que ha de servirse de ellos. [...] Es ésta una subjetivización que, elevando al sujeto, al mismo tiempo lo condena»[109]. Así, en la versión de la Teoría Crítica, la jaula de hierro de Weber adquiere una nueva dimensión y un sentido más preciso. La entera configuración de los entornos sociales por un concepto de razón instrumental como el descrito, arroja un mundo administrado en unos términos concretos. La vida administrada significa una existencia producida y calculada como cualquier otro objeto en la sociedad industrial, donde el sujeto es formalmente estandarizado, agregado y atribuido mediante procedimientos crecientemente racionalizados. El precio de la autoconservación entendida como horizonte absoluto es la constricción de la subjetividad, a través de una razón subjetiva matemática y formal. Es, en definitiva, el sentido en que lee el problema del «exceso de poder» entrelazado con la realización del proyecto ilustrado.

---

[107] Horkheimer y Adorno (2007, p. 96).

[108] *Ibidem.*

[109] Horkheimer y Adorno (2007, p. 116). Puede decirse que la liquidación del sujeto es el verdadero tema de la *Dialéctica de la Ilustración*. Como hemos dicho se enmarca en el problema de la relación sujeto-objeto, y se lee en términos de reificación: «cuanto más es contemplada toda la naturaleza como 'un completo caos de las más diversas materias' [...] tanto más es vaciado el sujeto ayer percibido como autónomo de todo contenido, hasta verse finalmente convertido en un nuevo nombre que nada designa» (*ibidem*, p. 116). Problema que acaban por vincular con la tesis de Marx sobre el «sujeto automático» del capital para proponer una escatología del progreso, aquí como vaciamiento de sentido de la razón devenida puramente instrumental (*ibidem*, p. 143).

Este proyecto de cuantificación de la existencia, incluso de la subjetividad humana y sus manifestaciones, afirmaría un modo de «verdad numérica» que implica una negación más o menos explícita del libre albedrío –una predeterminación no fantástica, sino matemática–. En la práctica, ese es el modo en que el sujeto emancipado se difumina ante una racionalidad que engulle su libertad de acción tras afirmarla.

Esta forma de filosofía crítica ofrece un marco idóneo para interpretar los efectos sociales de la aplicación del riesgo al gobierno de la conducta:

> «el individuo se reduce a un nudo de reacciones y comportamientos convencionales que objetivamente se esperan de él. El animismo había vivificado la cosa; el industrialismo tardío cosifica las almas. [...] El individuo queda determinado sólo como cosa, como elemento estadístico, como *success or failure*. Su norma es la autoconservación, el ajustamiento, logrado o fracasado, a la objetividad de su función y a los modelos que le son impuestos»[110].

[110] *Ibidem*, p. 43.

1.4 Multiplicidad de la razón y formas de racionalidad

1.4.1 El análisis de Foucault

Foucault propone la exploración de un «exceso de poder» vinculado a la realización efectiva de la razón, y que se justifica mediante ella. De hecho, este es el punto del segundo pliegue que aquel identifica en la pregunta crítica, que le separa del modo de análisis de Weber –al menos respecto a su conclusión en *La ética protestante*– y, en lo que resulta más interesante aquí, del modo de Teoría Crítica desarrollado por la Escuela de Frankfurt.

Foucault reconoce dos itinerarios paralelos de la filosofía crítica con escasa comunicación, pese a surgir de un mismo nudo de problemas. Por un lado, la tradición alemana que pasa explícitamente por Weber y pervive con las sucesivas generaciones de la Escuela de Frankfurt, desde Adorno, Horkheimer y Marcuse, hasta Habermas y sus continuadores. Por otro, la versión francesa de la inquietud sobre la razón, que pasa en cambio por la historia de las ciencias, con Bachelard y, sobre todo para Foucault, con Canguilhem. Colin Gordon es certero al catalogar la relación entre Foucault y la Escuela de Frankfurt como un «parentesco paradójico»[111], y el propio autor francés parece percibirlo en estos términos[112]. Los puntos de afinidad son indudables[113], y justifican de sobra que Foucault se identifique con la Escuela en el primer pliegue crítico que hemos descrito: (1) ambos comparten el desplazamiento del interés weberiano por el «actor racional» a favor de las vías de racionalización en marcha y, de hecho, puede decirse que la desmitificación del «sujeto racional y autónomo» es un objetivo principal de los dos proyectos filosóficos –su investigación no se interesa tanto por la conciencia del sujeto, sino por las fuerzas que la conforman o la deforman–; (2) en ambos existe una evidente vinculación entre racionalización y voluntad de dominio

[111] Gordon (1986, p. 71).

[112] Foucault reconoce no haber conocido la obra de los autores frankfurtianos hasta muy tardíamente. Si bien admite que ese conocimiento le habría evitado ciertos «rodeos» en su propia obra, reconoce así mismo las diferencias insalvables entre sus formas distintas de enfrentar el problema de la racionalidad (Foucault 1983, pp. 1257-1258).

[113] Gordon (1987).

del mundo físico y social, es decir, entre racionalidad técnica y administración o regulación –y es aquí donde la influencia de Weber se revela igualmente decisiva en ambos, y donde la *posse* de Foucault es mucho más weberiana que la de Canguilhem–; (3) desde luego, hay en ambos un intento explícito por desvelar la no-necesidad, la estricta contingencia, de aquello que estimamos indudablemente racional. Es decir, no existe una noción metahistórica ni universal de razón. Toda forma de racionalidad está ligada a los avatares sociohistóricos que en un determinado momento permiten arrogar a ciertos discursos y prácticas tal brillo de racionalismo[114].

Sin embargo, la distancia es al menos tan notable como su proximidad, valga –como planteaba Gordon– la paradoja. Un alejamiento que tiene su origen en que Foucault, pese a lo que se ha sugerido a veces, no asume la preocupación weberiana por la jaula de hierro sino que reformula dicha inquietud[115].

Como observa Dean, el estilo de la Teoría Crítica puede resumirse en dos movimientos, la unificación dialéctica de los procesos de racionalización y su redirección al tema singular de la «renuncia al yo»[116]. La distancia que toma Foucault trae causa del rechazo de ambos movimientos. Por un lado, a este no le interesa una lectura del problema de la racionalidad desde el tópico de la renuncia, de aquello que un cierto modo de razón excluye, enmascara o desplaza. Al contrario, persigue lo que podríamos denominar la productividad de la razón y del poder, el modo en que una forma de racionalidad prolifera y al tiempo genera. Su propósito no es erigir un juicio contra la razón, «no se trata de introducir sombras 'dialécticas' intentando determinar lo que pueda haber de bueno y malo en la Ilustración», en el devenir de la racionalidad, sino hacer aflorar las formas específicas que emergen en ese mismo devenir, «hacer un análisis de nosotros mismos en tanto que seres históricamente determinados, en cierta

[114] Para exponer estos puntos de afinidad hemos tomado como orientación algunas de las cuestiones sugeridas por McCarthy (1990, pp. 437-441), de las que no obstante nos apartamos en varios sentidos –por ejemplo, el autor aproxima a Foucault junto a los teóricos críticos al diagnóstico weberiano de la jaula de hierro, ejercicio que en el caso del autor francés resulta muy discutible–. Las afinidades y discrepancias entre Weber y Foucault han sido también apuntadas por Rabinow (1984, p. 27) y, más detalladamente, por Gordon (1987).

[115] Por ejemplo, Turner ve en el problema de la jaula de hierro como metáfora del capitalismo burocrático una anticipación, tanto de la «sociedad administrada» de Adorno y Horkheimer, como del interés de Foucault por las prácticas de gobierno (Turner 1987, p. 232).

[116] Dean (1994, p. 97; 1999a, p. 182).

medida, por la Ilustración»[117]. Por otro, Foucault no avanza a partir de categorizaciones generales de la razón o tipos ideales de racionalidad. Toma los modos de saber y de poder en su singularidad estricta, con tímidas concesiones hacia las generalizaciones analíticas.

La perspectiva de Foucault pasa por ese análisis desagregado de las formas de racionalidad, que no se interesa por diagnósticos totalizadores como la «jaula de hierro», ni por la definición de categorías de racionalidad. A Foucault le interesan las formas de racionalidad en tanto que prácticas, liberadas de cualquier *a priori*, consideradas en su condición de arbitrariedad, en su contingencia más estricta. No son analizadas «como universales a los que la historia daría sus circunstancias particulares con un cierto número de modificaciones», sino «como una suerte de singularidades puras, ni encarnación de una esencia, ni individualización de una especie»[118]. Y no opera de partida mediante clasificaciones del tipo racionalidad formal/sustantiva, objetiva/subjetiva, etc.; como mucho, ciertas categorizaciones –lo disciplinario, lo soberano, lo biopolítico–, serán puntos de llegada en sí mismos contingentes, que no pretenden definir tipos ideales, sino agrupaciones analíticas provisionales, que tienen menos importancia que la casuística que albergan.

Renuncia, por lo tanto, explícitamente, al análisis de la «totalidad» en los términos propuestos por Marx y Lukács[119], también en el sentido de «totalidad concreta» propuesto por Maffesoli, según el cual todo momento se coloca dentro del horizonte de la totalidad, donde todo momento permite aprehender la relación entre el todo y las partes, y donde cada momento particular solo adquiere sentido en relación con el conjunto que genera[120]. En Foucault, lo concreto no contiene totalidad alguna porque el presente es leído como un momento atravesado por el flujo de múltiples temporalidades con descendencias diversas y no necesariamente coherentes entre sí[121]. El presente se usa entonces como una superficie sobre la que reconstruir las genealogías de tales descendencias fuera de toda pretensión teleológica. Por lo tanto, no se pretende

[117] Foucault (1984a, p. 1391).

[118] Foucault (1995, p. 16).

[119] Foucault (1983, p. 1260).

[120] Maffesoli (1997, pp. 34-35).

[121] Dean (1994, p. 36).

tampoco una crítica total de «la razón» ni de «la modernidad», sino de variantes de racionalidad encarnadas en prácticas institucionales específicas. Es por ello que Foucault trata de evitar la palabra «racionalización», que considera peligrosa en términos metodológicos: «lo que ha de hacerse, es analizar racionalidades específicas más que invocar sin cesar el progreso de la racionalización en general»[122]. La racionalidad no descansa ya sobre un principio abstracto y trascendente que oriente la crítica, sino sobre la inmanencia dictada por las condiciones prácticas de la acción[123]. Con Balibar, la diferencia radicaría en la práctica foucaultiana de una filosofía «dentro» de la historia, en oposición a las filosofías «de» la historia[124]. Si, como advertimos de partida, Foucault retoma cierta posición kantiana, lo hace con las premisas de depurar el análisis del presente de toda teleología y de renunciar a la razón como principio antropológico, como cualidad abstracta.

No es extraño que Foucault se presentara a sí mismo como un «pluralista», en el sentido de que su intención es el análisis de la individualización de los discursos y las prácticas[125]. Su proyecto crítico no consiste en negar estas encarnaciones de la razón desde una idea metahistórica de racionalidad, sino despojarlas de su autoevidencia en tanto mecanismos rutinizados y legitimados mediante el prestigio de determinados modos de saber. Esta estrategia metodológica consiste en «eventualizar», lo cual significa: 1) descomponer causalmente el objeto de análisis en función de los procesos que lo generan –esto es, precisamente, tomar dicho objeto como «evento»–; 2) construir, a partir de esa desagregación, un «poliedro de inteligibilidad», en el que el número de caras nunca está definido de antemano; 3) adoptar una perspectiva polimorfa durante el análisis, inscribiendo el evento en una multiplicidad de relaciones y saberes que lo constituyen[126]. Como veremos en el capítulo tercero, este modo de proceder se basa en la consideración de los procesos de racionalización a partir de dispositivos, que

[122] Foucault (1982, p. 1044). De ahí que Foucault proponga un uso instrumental y relativo del concepto: «[n]o se trata de evaluar las cosas en términos de un absoluto contra el que aquellas podrían ser contrastadas como si constituyeran formas más o menos perfectas de racionalidad, sino más bien de examinar cómo las formas de racionalidad se inscriben en sí mismas en prácticas o sistemas de prácticas, y qué rol juegan dentro de ellas, porque es cierto que esas 'prácticas' no existen sin un cierto régimen de racionalidad.» (Foucault 1991, p. 79).

[123] Sobre este sentido inmanente del método genealógico, cfr. Owen (1999, 22-30).

[124] Balibar (1990, p. 65).

[125] Foucault (1968, p. 702).

[126] Foucault (1980c, pp. 842-844).

intervienen lo real mediante una hibridación compleja de saberes y prácticas. En lo que nos interesa, en esta clave el derecho punitivo solo puede entenderse en la superficie poliédrica de un dispositivo, como una de las caras que componen un determinado dispositivo de tratamiento de la conducta desviada.

1.4.2 Riesgo y modos de racionalidad

El carácter eminentemente «moderno» del riesgo –su carácter racional-formal– ha permitido presentarlo como un elemento integral de la propia sociedad moderna, en el sentido de que no solo el riesgo sería un producto de la modernidad, sino que la propia modernidad lleve el riesgo en su seno. Es decir, entre sus rasgos característicos estaría la vocación por sistematizar la contingencia o reducir la incertidumbre en términos de riesgo. En la teoría sistémica de Luhmann, el riesgo despliega su funcionalidad como una pauta general de racionalización de los diversos sistemas en los que la sociedad moderna se ve fragmentada. Luhmann ofrece la perspectiva de una racionalización «uniformemente fragmentada» o una racionalización compartimentada pero sincrónica, de modo que existen formas de operatividad abstractas aplicadas autorreferencialmente por cada subsistema social. Tal es la funcionalidad del riesgo, como factor de lo que llamaremos una racionalización lineal diferenciada.

El proyecto teórico de Foucault parte, en cambio, de una ruptura metodológica con cualquier pretensión de linealidad y de relato omnicomprensivo. Podría decirse que la propuesta foucaultiana toma en serio la sugerencia implícita en Weber de desagregar el proceso de racionalización en múltiples historias contingentes que se superponen, cada una con sus propios recorridos y especificidades. En esta perspectiva, el riesgo es un instrumento –más precisamente, un «dispositivo»– portador de cierta forma de racionalidad, pero que en un estadio abstracto solo puede ser débilmente comprendido. Su recorrido cuenta con su propia historia compleja en cada contexto de aplicación, donde además convive con otras formas de racionalidad con las que plantea relaciones de disputa o al menos de tensión. Esta interpenetración entre formas de racionalidad, que se verifican en las distintas prácticas efectivas de poder, es lo que aquí se propone explorar en el terreno del derecho punitivo.

Foucault invita a indagar en lo que podría denominarse una «racionalización no lineal», y a inscribir los usos del riesgo en los itinerarios azarosos de esos distintos hilos enredados en la historia de nuestro presente. La proliferación actual de los usos del

riesgo a lo largo del espacio social no soporta una prueba de coherencia. Está anudada a la consolidación de ciertas pretensiones de saber que ofrecen criterios de «verdad» que colisionan con aquellos procedentes de otros saberes y que cristalizan en prácticas diversas. El riesgo propone ciertas vías gnoseológicas para tematizar las situaciones de incertidumbre y tratar de hacerlas domeñables en términos racionales. Sin embargo, teorizar el riesgo desde una pretensión de univocidad sobre el proceso de racionalización, dificulta la comprensión de las distintas texturas que componen nuestro presente.

La segunda parte del trabajo mostrará el modo en que el riesgo, como medio racionalizador de las prácticas y los discursos, se inscribe de forma compleja en el terreno del gobierno de la conducta desviada. Interesa ahora aclarar cómo la perspectiva pluralista de Foucault en torno a la racionalidad desemboca en el problema del sujeto, piedra de toque de cualquier filosofía crítica y punto de observación que adoptamos, aquí, para leer las transformaciones de las prácticas punitivas en torno al riesgo.

Como parece evidente, la comprensión productiva del poder en torno a la proliferación de formas de racionalidad aleja a Foucault del tópico de la renuncia. Si para Weber –advierte Foucault– el interrogante fundamental es: «si se quiere adoptar un comportamiento racional y regular la propia acción en función de principios ciertos, ¿a qué parte de uno mismo se debe renunciar? ¿Con qué ascetismo se paga la razón? ¿A qué tipo de ascetismo ha de someterme?», su pregunta se ve reformulada en positivo. Se trata ahora de develar «¿cómo ciertos tipos de saber sobre uno mismo han llegado a convertirse en el precio a pagar por ciertas formas de prohibición? ¿Qué debe uno saber de sí mismo con el fin de aceptar la renuncia?»[127].

Sin embargo, Foucault está lejos de comprender al sujeto como un mero objeto moldeado por prácticas sistémicas de poder. Su dificultad de diálogo con Habermas radica en el rechazo foucaultiano a cualquier tipo privilegiado de racionalidad que, como la de tipo comunicativo, permita una restitución de la integridad del sujeto y su libertad inherente. En la perspectiva de Foucault no tiene sentido hablar de *la* libertad, sino de *tipos* de libertad, que son posibles por la acción de formas concretas de subjetivación, es decir, de la generación de formas de identidad que dibujan los marcos

[127] Foucault (1988, p. 1603).

de la conducta ética de los individuos, devenidos en sujetos[128]. Las prácticas de poder no niegan una hipotética naturaleza humana, sino que posibilitan formas de actuación –y al hacerlo, indudablemente, proscriben otras maneras de comportamiento–. La transgresión de ciertas prácticas de poder –por ejemplo de ciertos mandatos públicos prescritos por el Estado– solo es posible en virtud de modos alternativos de subjetivación, fruto a su vez de otras prácticas de poder –ejercidas de individuo a individuo o desde grupos a individuos– y fundamentadas en objetivaciones propias de la realidad –en formas de saber, no necesariamente expertas–. En clave foucaultiana, las prácticas comunicativas habermasianas, preñadas de racionalidad «sustantiva», implican también necesariamente relaciones de poder.

Lo que Habermas denuncia como cancelación del sujeto es en realidad una comprensión «móvil» del mismo, activamente constituido e incansablemente reconstruido[129]. El sujeto no existe en tanto que unidad integral, sino que adquiere texturas distintas en función de distintos regímenes de prácticas. En lo que nos interesa, esta perspectiva sobre las vías heterogéneas de subjetivación permite contrastar la afirmación simultánea del sujeto jurídico (punitivo) y la aplicación de prácticas de gobierno que procesan la conducta a frecuencias muy distintas, que buscan la reconstitución de un sujeto empírico y no hipostasiado. El modo en que Foucault presenta las prácticas disciplinarias y su relación contradictoria con los postulados de la reforma penal ilustrada se dirige precisamente a hurgar en esa falla entre enunciados de verdad y producción de subjetividades[130].

Es cierto que, como ha denunciado Zarka, en esas genealogías cruzadas de Foucault el sujeto jurídico aparece siempre poco enfocado, casi en los márgenes del encuadre, cuando no abiertamente desplazado –da la sensación de que Foucault «hubiera examinado todas las figuras del sujeto en sus diferentes obras, salvo una: el

[128] O'Malley (2008, p. 54).

[129] Foucault (1984d, pp. 1538-1539). Habermas reconoce en realidad la «fragmentación de la conciencia» como modo en que debe leerse el problema de la «falsa conciencia» del sujeto, fruto de la colonización económica y jurídica «que afectan a la reproducción simbólica del mundo de la vida» (Habermas 1988b, pp. 502-503). Esa fragmentación sería, pues, la patología a superar mediante una reconstitución del sujeto por vía de la racionalidad comunicativa de tipo sustantivo.

[130] Foucault (1975a).

sujeto de derecho», interesándose solo por las vías su constitución ética[131]–. Esta crítica afecta en realidad al estatuto problemático del derecho en la obra de Foucault, que está vinculado estrechamente a su teorización de las relaciones de poder. Como argumentaremos en el capítulo tercero, el papel ambivalente de lo jurídico en la perspectiva de la gubermentalidad foucaultiana resulta en realidad muy productivo para revelar la imbricación inestable de las formas jurídico-punitivas con otras formas de saber tecnificado sobre la conducta, como el caso del riesgo.

La particularidad del riesgo, en tanto técnica de objetivación de la conducta posible, es propuesta de construcción de la peligrosidad por vías que virtualizan en términos probabilísticos la acción humana, que desagregan cualquier integridad subjetiva para conectarla a regularidades de tipo supraindividual. De modo que este tipo de objetivación sacude, de forma más violenta aún que las normalizaciones disciplinarias, la constitución dogmática de sujeto punitivo.

La aplicación sobre la acción del sujeto de los modos formales de objetivación, mediante los cuales se pretendió hacer previsible –y por lo tanto disponible– el mundo físico, hace resonar de nuevo el interrogante crítico sobre el exceso de poder vinculado a los procesos de racionalización. Sin embargo, interpretar este nuevo giro «funcional» del edificio punitivo como un extravío de la razón y una disolución del sujeto, no resulta a nuestro juicio productivo, en la medida en que supone asumir una idea «pura» de la razón (jurídico-punitiva, en nuestro caso) que enturbia la comprensión del funcionamiento efectivo de las prácticas securitarias. Y, asimismo, implica asumir una idea abstracta y apriorística del sujeto de difícil determinación como punto referencia del análisis. La propia idea de un sujeto jurídico-punitivo es mucho más impura de lo que podría de deducirse de los postulados discursivos dogmáticos.

[131] Zarka (2002, p. 266). Para el autor, ello conduce a Foucault a ofrecer una teoría emancipadora del sujeto como experimentación de la libertad que, en último término, es puramente estética.

CAPÍTULO 2

SOCIOLOGÍAS DEL RIESGO Y DERECHO PUNITIVO

En el capítulo anterior hemos tratado de inscribir la relación entre el riesgo y la racionalización y su efecto sobre la comprensión del sujeto. El objetivo de este capítulo y el siguiente es tratar las distintas teorizaciones sobre la relevancia social del riesgo en nuestro presente, verificando su relación con las derivas y mutaciones de nuestro sistema punitivo.

La observación del par riesgo-racionalización, y de su operatividad punitiva, está asociada a la detección de cambios o discontinuidades en nuestras configuraciones sociales. Las distintas epistemologías que se proyectan sobre tales fenómenos arrojan, a nuestro juicio, diversas formas de entender esa idea misma de cambio. Las versiones teóricas que abordaremos en este capítulo y el siguiente se adscriben, respectivamente, a nociones de «cambio», «estabilidad» y «transformación».

En el primer sentido, la explicación de Beck en torno a un *cambio* de paradigma societal –describiendo una modernización no lineal– revisa la Teoría Crítica de la razón instrumental. Su recepción jurídico-penal, si bien un tanto paradójica, ha sido determinante para explicar por la doctrina penalista un «derecho penal del riesgo» como tendencia de «modernización» del sistema penal.

En segundo lugar, la teoría sistémica de Luhmann concibe el orden en un contexto moderno, en que el riesgo orienta la operatividad de los distintos subsistemas sociales. El enfoque luhmanniano desplaza al sujeto, al disolverlo en procesos de comunicación sistémica. Y no avanza tras la interrogante del cambio o la discontinuidad, sino de la estabilidad y la reproducción del orden. Luhmann nos ofrece una lectura inmanente de tipo funcionalista del orden social, que ha sido retomada por un derecho penal inclinado hacia un cierto «pragmatismo cognoscitivo». Tal sería el caso de Jakobs en su lectura de un derecho penal diferenciado, según veremos.

Por último, la idea de *transformación* emerge de la metodología de Foucault, y ofrece la perspectiva de una racionalización no lineal que permite concebir el riesgo como un dispositivo de gobierno. Tal propuesta, que veremos en el capítulo siguiente, constituye el marco teórico que adoptamos en este trabajo.

Quedarán al margen de la exposición, aunque podamos aludir a ellas de forma puntual, otras dos aproximaciones teóricas al riesgo, la teoría cultural y la sociología sobre la autoexposición al riesgo (*edgework*), por presentar un menor interés para

nuestros propósitos. La teoría cultural, en el terreno punitivo, puede resultar fértil para describir las disputas en torno a la percepción y la comunicación sobre el delito y la inseguridad personal, problema que sin embargo cae fuera de las pretensiones de este trabajo. Asimismo, la tesis de la autoexposición al riesgo ha sido empleada también en el terreno delictual, para esbozar una sociología de la desviación que explica la práctica delictiva en tales términos de autoexposición voluntaria –donde el riesgo, en este caso, es la probabilidad de sufrir una respuesta punitiva–. Sin embargo, este estudio tampoco pretende ofrecer una sociología de la desviación sino el análisis de una cierta racionalidad punitiva. Tratando de sistematizar estas perspectivas desde las claves propuestas en este apartado, la perspectiva cultural estaría más próxima a una comprensión general del riesgo como exponente de modernización, en el sentido propuesto por la teoría sistémica y la sociología del riesgo, mientras la tesis sobre la autoexposición remite a estudios heterogéneos más contextualizados, que en algunos casos están cerca de la temática foucaultiana del «gobierno de sí mismo», en este caso mediante la operatividad del riesgo.

2.1 De la Teoría Crítica a la tesis de la «sociedad del riesgo»

2.1.1 Sociedad del riesgo y declive de la razón instrumental en Beck

En el arranque de *La sociedad del riesgo*, Ulrich Beck sitúa su obra en la urgencia por reconsiderar la Teoría Crítica –en sus términos, la «crítica cultural»– ante las vías de desarrollo de la modernización. Hoy, para este autor, el desafío es explorar un escenario en el que el diagnóstico de aquella crítica «*ha llegado a ser real*» y resulta ya insuficiente: la crítica cultural «estuvo pensada más bien como un pesimismo que advierte sobre el futuro»[1]. Todo su proyecto gira sobre la hipótesis de una modernidad devenida «reflexiva». La radicalización del proyecto modernizador, es decir, la expansión de aquella racionalidad instrumental que Weber identificó y que fue diseccionada por la primera generación de la Escuela de Frankfurt, habría traído consigo dos consecuencias. Por un lado, el desgaste de los fundamentos de la sociedad industrial asociada a esa forma de racionalidad; por otro, el fin del consenso sobre la omnipotencia de dicho modo de racionalidad y sus capacidades de administración y control.

Justamente ahí la sociedad industrial se torna, para Beck, en sociedad del riesgo: momento en el que la modernidad reflexiva determina, no solo la labilidad de la razón instrumental, sino también de las teorías que pretendieron capturar su esplendor «industrial» como una foto fija, como un instante eterno. Para Beck, «Weber pensó la modernidad *en* las formas y estructuras de la sociedad industrial que existían o surgían ante sus ojos»[2]. Aunque la modernidad no es eterna en Weber, «la puerta de la jaula de hierro de la modernidad se está abriendo»[3], paradójicamente, por la propia realización de la razón instrumental. El propósito de Beck es el de construir una teoría crítica a la altura de las circunstancias. La sociedad del riesgo inaugura un tiempo de pérdida de certezas pero, a la vez, de nuevas oportunidades, en la medida en que la sociedad deviene *autocrítica* respecto a su contenido de racionalidad.

---

[1] Beck (1998a, p. 18; cursivas en el original).

[2] *Ibidem*, p. 111 (cursiva en el original).

[3] Beck (2000, p. 222).

El reproche de obsolescencia hacia Weber apunta también al proyecto crítico de la primera generación de la Escuela de Frankfurt, explícitamente a Adorno y Horkheimer. Se trata, en realidad, del mismo reproche que Habermas plantea a los autores de la *Dialéctica de la ilustración*, en el sentido de que su crítica integral a la razón ilustrada destruye al mismo tiempo cualquier soporte racional para la crítica, e imposibilita cualquier enfoque aceptable de racionalidad. Tanto Habermas como Beck incluyen en ese mismo atolladero el proyecto teórico de Foucault[4].

La coincidencia entre Beck y Habermas no es anecdótica: comparten similares pretensiones de revisión de la Teoría Crítica en un contexto de crisis del modelo industrial[5]. Mientras Habermas la interpreta principalmente como una crisis de legitimación, Beck lo hace sobre todo como una crisis de racionalidad[6]. Y ambos plantean la posibilidad de salir de los laberintos de la racionalidad instrumental superando el pesimismo de la primera generación de teóricos críticos, aunque sus propuestas sigan caminos distintos[7]. En síntesis, es plausible sostener que Beck, como Habermas, se reclama en la Teoría Crítica procedente de la Escuela de Frankfurt[8]. El objetivo de Beck es, de nuevo, localizar el punto en el curso de la racionalización donde el déficit de racionalidad hace que el proyecto ilustrado zozobre[9]. En este caso, la modernidad reflexiva revela que «no disponemos de *suficiente* razón (*Vernunft*) para

[4] Habermas (1989, pp. 285 y ss.); Beck (1998d, p. 126); Beck (2000, p. 222).

[5] En la introducción a la primera edición inglesa de *La sociedad del riesgo*, Scott Lash y Brian Wynne enfocaban ya el libro de Beck como una reconsideración de una cierta comprensión de la modernidad y del cambio social alumbrado por Habermas, como «proceso de aprendizaje», si bien aquel, mediante su noción de reflexividad y ante las dinámicas propias de la sociedad del riesgo, parece propugnar una Teoría Crítica más decididamente disruptiva con los presupuestos del proyecto ilustrado. Beck optaría, más que por una nueva racionalidad, por una suerte de «hiper-racionalidad» (Lash y Wynne 1992, p. 8).

[6] Alútiz Colorado (2002, p. 190).

[7] En este sentido, señala apropiadamente Hernàndez i Dobón (2004) que sería un error entender la tesis de Beck –refiriéndose en este caso a su propuesta cosmopolita en la sociedad del riesgo– como una reedición del proyecto habermasiano, «con la reflexividad ocupando el lugar de la comunicatividad». Se trata, más bien, de aproximaciones distintas a un mismo nudo de problemas.

[8] Herández i Dobon (2004). El autor hace hincapié en el rótulo expreso del primer capítulo de *Poder y contrapoder en la época global*: «Nueva teoría crítica en sentido cosmopolita» (Beck 2004).

[9] La Teoría Crítica –en su versión posterior al exilio– y la sociología del riesgo comparten además una cierta inclinación hacia la catástrofe –el nazismo y Auschwitz en el primer caso, Chernobyl y de nuevo Auschwitz en el segundo–, aunque el pesimismo y el ocaso filosófico de la segunda etapa de la Escuela de Frankfurt se convierta en motor de cambio social en el segundo.

vivir y actuar en una época de incertidumbres manufacturadas»[10], en una era donde el peligro ha adquirido un nuevo estatus ontológico. La de Beck es otra lectura dialéctica de la razón moderna, con sus nuevas contraposiciones conceptuales: modernización simple/modernización reflexiva, lógica de la carencia/lógica del riesgo, sociedad industrial/sociedad del riesgo, modernidad/contramodernidad/tardomodernidad…, que vendrían a sumarse a aquellas de racionalidad formal/sustantiva en Weber, mito/razón en Horkheimer y Adorno, razón objetiva/subjetiva en Horkheimer, racionalidad instrumental/comunicativa, sistemas sociales/Mundo de la Vida, *tekné*/praxis en Habermas… De hecho, y aunque Beck pretenda su superación a la luz de las circunstancias, la influencia de la *Dialéctica de la ilustración* y de la *Crítica de la razón instrumental* resulta patente a través de sus páginas[11]. Su teoría del riesgo es en realidad un relato del declive de aquel como mecanismo portador de racionalidad instrumental, como útil que jugó un papel central en el proyecto de racionalización de la vida social, en la lógica ordenadora y de control de la modernidad. Esa centralidad del riesgo como posibilidad de administración racional de la incertidumbre emerge del relato crítico de la Escuela de Frankfurt, y ese es el punto de partida de la sociología del riesgo, que sigue el rastro de su ocaso y la apertura a una nueva fase de la modernidad.

Beck no pretende una continuación de la *Dialéctica de la ilustración*, sino más bien su desplazamiento, del mismo modo que la tesis de la sociedad del riesgo ha adquirido vida propia en la doctrina penal, en primer lugar en la llamada «Escuela de Frankfurt» –esta vez no la del Instituto de Investigaciones Sociológicas, sino la de la Facultad de Derecho–. Curiosamente, la dialéctica de la «modernidad penal» que parte de esta relectura jurídica de la sociología de Beck conduce a conclusiones, no solo ajenas a los argumentos de este último, sino en ciertos sentidos contrapuestas.

a) El riesgo como déficit de la razón instrumental

Para Beck, tanto la jaula de hierro de Weber como el «factor subjetivo» de la Teoría Crítica pertenecen a los «senderos sin perspectiva» de la sociología moderna,

[10] Beck (2002a, p. 226).

[11] Leiss (1997, p. 197). Como indica el autor, sin embargo, la *Crítica de la razón instrumental* (Horkheimer 2010) no aparece citado en *La Sociedad del riesgo.* La obra de Horkheimer y Adorno sí aparece referenciada en varios de sus capítulos.

que conciben la realidad en términos de procesos autónomos que han escapado al control de los seres humanos. Como señalamos antes, la revisión que hace del análisis de la Escuela de Frankfurt argumenta el desvanecimiento del hechizo de la razón instrumental –en sus términos, del «encanto de la exigencia de verdad y de ilustración» [12] –. Esta vocación revisora es todavía más evidente en su *Políticas ecológicas en la edad del riesgo* [13], donde la recuperación del problema de la autoconciencia sobre la razón instrumental, a partir de Adorno y Horkheimer, es explícita[14]. Horkheimer había advertido ya cómo, en realidad, la reducción de la razón a mero instrumento «va en última instancia en menoscabo incluso de su carácter instrumental»:

> «La neutralización de la razón, que sustrae a la misma toda relación con un contenido objetivo y la fuerza de juzgarlo, degradándola así a la condición de mera capacidad ejecutiva más volcada al cómo que al qué, la transforma de modo creciente en un mero aparato obtuso para el registro de hechos. La razón subjetiva pierde toda espontaneidad, toda productividad, pierde la fuerza necesaria para descubrir contenidos de nuevo tipo y conferirles vigencia, pierde lo que comporta su subjetividad. Como una hoja de afeitar afilada ya demasiadas veces, este 'instrumento' se convierte en algo demasiado delgado y al final ni siquiera puede ya afrontar con éxito las tareas de índole puramente formal a las que estaba limitado»[15].

Este parece ser el sentido con que ha de comprenderse la advertencia de Beck sobre el diagnóstico de la crítica cultural: la erosión de la razón instrumental augurada por la Teoría Crítica como un futuro plausible ya es real, lo que determina su obsolescencia [16]. La pérdida de autoconciencia de la razón ilustrada habría desencadenado consecuencias incontenibles, impulsando la modernidad hacia un nuevo estadio.

---

[12] Beck (1998a, p 203).

[13] Beck (1998d).

[14] *Ibidem*, p. 212.

[15] Horkheimer (2010, pp. 85-86).

[16] Ciertamente, señalaba Horkheimer en su prólogo de 1947 que «Las consideraciones desarrolladas en los capítulos siguientes intentan establecer un nexo entre la actual situación del pensamiento filosófico y la oscura perspectiva de futuro de la realidad» (*ibidem*, p. 43).

Beck es también crítico ante la modernidad como continuum de racionalización[17], lo que le emparenta con Adorno y Horkheimer. Pero, en realidad, el modo en que se adscribe a la Teoría Crítica es muy similar al que Habermas se declara su revisor. Puede sostenerse que su gesto es abiertamente habermasiano, al romper la circularidad del pesimismo de la primera generación de Frankfurt. Las dificultades filosóficas de ese pesimismo radican en que el diagnóstico de la muerte de todo conocimiento objetivo aboca al callejón de una eterna dialéctica negativa. En esta imposibilidad de definición valorativa de la conciencia, la cuita que se plantea inmediatamente es qué clave axiológica puede juzgar el devenir social, «bajo qué valores la Teoría Crítica juzga la injusticia social»[18].

El esfuerzo de Habermas pretendió sentar las posibilidades de emancipación de la razón de sus cadenas subjetivas e instrumentales, leyendo el problema en clave comunicativa: la acción comunicativa constituye para la conciencia humana la posibilidad de desligarse de la acción instrumental. Ello le exige construir un concepto de acción social y acción comunicativa que integren una teoría propia de la racionalidad. Se presentan entonces dos opciones básicas de la forma de saber social. Una forma de entender fundada en un saber común, en cuyo caso estaremos en presencia de una acción de tipo comunicativo; o en «el ejercicio causal de una influencia de un actor o mutua influencia de un actor sobre otro», situándonos en la clave de la acción social de tipo instrumental[19].

En todo caso, Habermas, como Beck, se inscribe claramente en el problema de la bifurcación de la razón y la renuncia. Literalmente, persiguió elaborar «una teoría de la Modernidad, una teoría de la patología de la Modernidad desde el punto de vista de la realización, de la realización deformante de la razón en la historia»[20]. Pero en Beck los déficits de la razón instrumental se visibilizan en la esfera del discurso experto, como fallas de confianza del discurso científico-técnico. El remedio, en este caso, no sigue una acción comunicativa colmada de sustantividad. La esperanza de Beck se concreta

[17] Elliot (2002, p. 296).

[18] Alútiz Colorado (2002, pp. 186-187).

[19] Muñoz y Velarde (2000, p. 23).

[20] Habermas (1998, p. 140).

en una «subpolítica» como saber contraexperto, portadora de una razón objetiva capaz de enjuiciar los fines y no solo la relación medios-fines.

Los riesgos desencadenados por el proceso de modernización industrial, como consecuencias colaterales e imprevistas, son el factor que nos introduce *efectivamente* en la «sociedad del riesgo». Esta denominación describe un episodio diferenciado de la modernidad donde el principio de seguridad se quiebra frente al reparto de riesgos de la modernización y el desmoronamiento del sistema de coordenadas de la sociedad industrial[21]. El riesgo se convierte en nodo descriptor de una *etapa* donde la sociedad moderna se enfrenta a la difícil gestión de su propia reflexividad, es decir, de los efectos de la aplicación de sus principios modernizadores. La sociedad del riesgo se toparía para Beck, en término afín a la Teoría crítica, con los límites de un «mundo administrado» conforme a los principios clásicos de la modernidad industrial.

Así, Beck se adscribe a una narración ilustrada de la modernidad que, aun tratando de poner en evidencia sus ambivalencias, no puede librarse de una cierta linealidad y determinismo de la historia.

Beck propone una revisión de la reificación como problema de la Teoría crítica, en la medida en que es sustituida por los riesgos surgidos de los procesos de producción. No en vano, la sociedad del riesgo expresaría un «cambio de la lógica del reparto de la riqueza en la sociedad de la carencia a la lógica del reparto de los riesgos en la modernidad desarrollada»[22]. Esta traslación del núcleo de la sociedad industrial desde la mercancía al «riesgo» no deja de ser problemática y conduce a Beck, como veremos enseguida, a idéntica reificación de la idea de riesgo. La narración de Beck se sitúa en la estela de la Teoría crítica en un sentido fundamental: se trata de un análisis que opera por abstracción y postula una concepción unitaria del «proceso de

[21] Para los integrantes de la Escuela de Frankfurt, testigos desde el exilio de los acontecimientos de la Alemania nazi, la función de la teoría había de ser desentrañar las ambivalencias del proceso de racionalización moderno para evitar un nuevo advenimiento de la catástrofe. Para Beck, en cambio, se trata de explorar un escenario social donde la catástrofe no es una hipótesis de futuro, sino una realidad cuya potencialidad de actualización es cotidiana e instantánea, e incluso se ve puntualmente materializada. Es así que en el prólogo al prólogo –«Dadas las circunstancias»– añadido por Beck a su *Sociedad del riesgo* tras los sucesos de Chernóbil, este constata que su teoría contenía efectivamente «un resabio amargo de verdad», y que no se trataba de elucubrar con la proyección *ad futurum* de las contradicciones de la razón ilustrada, sino de explorar las condiciones sociales de una situación donde la catástrofe es algo más que una hipótesis: «mucho de lo que he obtenido argumentativamente al escribir [...] se lee después de Chernóbil como una trivial descripción del presente. ¡Ojalá hubiera sido sólo la prognosis de un futuro que había que evitar!» (Beck 1998a, p. 14).

[22] *Ibidem*, p. 25.

racionalización». Un concepto de razón que se transforma linealmente en el curso del devenir histórico. De este modo el pensamiento puede operar por etapas, describiendo el paso de la «primera modernidad» a la «sociedad del riesgo» a través de los senderos recorridos por la razón y sus posibilidades instrumentales.

La tangente por la que se encamina Beck le conduce a diagnósticos que invierten en algunos casos las preocupaciones de los fundadores de la Teoría crítica, como es evidente en el asunto nuclear del sujeto. La tensión entre la afirmación y la opresión al sujeto no se plantea ya en términos de reificación, sino de paradoja entre una creciente «individualización» –un reforzamiento del individuo por nuevas vías, como gestor autónomo de sus propias incertidumbres–, y la vulnerabilidad subjetiva que resulta de su mayor fragilidad existencial. La dinámica de la sociedad del riesgo no determina para Beck el estrangulamiento del individuo en vías de cosificación, sino su afirmación reforzada, como gestor autónomo de sus incertidumbres. Esta afirmación se muestra paradójica, ante el incremento de la vulnerabilidad y la fragilidad existencial del individuo.

b) El problema de la reflexividad

En 1986, Beck pretendió sintetizar el nuevo y creciente interés de la literatura sociopolítica por el riesgo, dotarle de un sentido nuevo y elevarlo al rango de paradigma explicativo de la sociedad contemporánea. La tesis de que, a finales del siglo XX, las sociedades eran auténticas «sociedades del riesgo» conquistó un éxito más que notable en los años posteriores. Beck «ha reactualizado la terminología del riesgo»[23], y ello a pesar de las, también indudables, incógnitas que suscita su teoría. Pese sus dotes para generar un relato que capta un cierto «sentido» del tiempo presente, lo que hace incómodo polemizar con afirmaciones que parecen gozar de evidencia a simple vista[24], encontramos entremezclados en sus textos imágenes elocuentes, análisis sugerentes y desarrollos teóricos sustentados sobre pilares un tanto inestables.

Su propuesta teórica pretende un gesto similar al de los fundadores de la disciplina sociológica: «aventurar lo que pudiera ser el siglo XXI a tenor de lo que el agonizante siglo XX permite vislumbrar, de idéntica forma a como los grandes clásicos

[23] De Lucas (2004, p. 115).

[24] Joas (2005, p. 229).

de la Sociología avanzaron los núcleos críticos de la sociedad del siglo XX a partir de los estertores y cataclismos del periodo que va de 1870 a 1914»[25]; en definitiva, reescribir toda la ciencia política y económica en términos de riesgo[26].

Beck se sitúa para ello en la estela del marxismo heterodoxo de la primera generación frankfurtiana, postulando una dialéctica de la modernidad. Para Marx, en la época burguesa «todo lo estamental y establecido se esfuma»[27] –o «todo lo sólido se desvanece en el aire», en la relectura de Berman[28]– y el sistema social burgués contiene sus propias condiciones de inestabilidad. Ahora, para Beck, la aplicación radicalizada de los principios sobre los que se forjó la sociedad moderna nos estaría conduciendo a una configuración social distinta de la sociedad industrial clásica. Una «segunda modernidad» habría emergido, caracterizada por rasgos que son consecuencias imprevistas de la victoria de la primera. Beck identificará como rasgos de esta etapa inicial la idea de territorialidad –como marco de las relaciones y redes sociales y como forma de organización política (Estado-nación)–; el proceso de industrialización; la existencia de pautas colectivas de vida; el pleno empleo como objetivo político realizable; y la firme creencia de un progreso y crecimiento ilimitado, así como su pleno control mediante la racionalidad científico-técnica. Un periodo en que «el progreso sustituye al consenso»[29]. Frente a ello, la «segunda modernidad» traería consigo globalización, individualización, subempleo y, especialmente, la visibilización de determinados riesgos globales derivados principalmente, aunque no de forma exclusiva, del desarrollo tecnológico.

El síntoma, como decimos, no es el surgimiento de nuevos riesgos, sino ciertos efectos colaterales del proceso de modernización que hasta entonces habían permanecido latentes[30]. Así, al modo que la sociedad moderna se erigió sobre el

[25] Rodríguez Ibáñez (1999, p. 153).

[26] Douglas (1994, p. 45).

[27] Marx y Engels (2001, p. 54).

[28] Berman (1988).

[29] Beck (1998a, p. 238).

[30] Sin embargo, lo cierto es que en la obra de Beck no termina de quedar clara su postura sobres si, realmente, lo que determina el surgimiento de la sociedad del riesgo es un incremento –cuantitativo o cualitativo– de los riesgos, o más bien lo que ha sucedido es un incremento en la percepción o la sensibilidad hacia los mismos. Es decir, si lo que se ha producido es un incremento objetivo de la inseguridad o simplemente un aumento en la sensación subjetiva de inseguridad. El autor parece

substrato de la sociedad agraria estamental, en su avance –*modernización* de la modernidad– estaría minando sus propios fundamentos[31]. Este es el sentido de la «modernización reflexiva» de la sociedad industrial. «Reflexivo» no dice reflexión, sino reflexividad, consistente en la aplicación de los principios de la sociedad moderna sobre sí misma, de forma incesante. No se trata de una ruptura abrupta, sino de una sucesión ininterrumpida de procesos de modernización ajenos a los efectos y amenazas que producen. La modernización reflexiva de la sociedad industrial avanza «con pasos de gato»[32].

Beck se acerca y se aleja al mismo tiempo de Luhmann[33]. Admite la idea de la autorreferencialidad de los sistemas sociales como principio de desarrollo de la sociedad moderna, pero descarta que ello culmine todo el proceso de modernización. El funcionamiento autorreferencial de los sistemas, de acuerdo a sus propios códigos binarios, operaciones, funciones y estructuras característico del «autismo» sistémico, estaría derivando hacia un modelo diferente de modernidad[34].

Esta teoría de la modernización reflexiva pretende ofrecer una «tercera vía» que supera la tensión entre modernistas y postmodernistas[35].

Beck desemboca en el paradigma de la sociedad del riesgo identificando, como signo de su modernidad reflexiva, los mencionados riesgos, como efectos colaterales novedosos, imprevistos e indeseados, de la modernización industrial (con paradigma en los riesgos ecológicos). Riesgos que estarían agrietando el consenso del progreso continuado de la primera modernidad y evidenciando el mito de la plena controlabilidad a través del conocimiento científico-técnico. La experiencia histórica reciente, la modernización reflexiva, contradice según Beck el doble optimismo que

---

combinar ambos fenómenos, aunque de forma no siempre clara. Beck se desplaza de forma un tanto ambivalente entre el realismo y el constructivismo al delinear su modelo teórico.

[31] Beck (1998a, p. 208).

[32] Beck (1997, p. 16).

[33] Como advierte Scott Lash en su Prefacio a *La individualización* (Beck y Beck-Gernsheim 2003), Ulrich Beck pertenece a una generación de sociólogos alemanes fuertemente influenciados, no ya tanto por Habermas, sino por Niklas Luhmann. Sin embargo, también es cierto que la irrupción en Alemania de un luhmannismo de tipo dogmático provocó en Beck un claro rechazo (Lash 2003, p. 11).

[34] «¿Por qué ha de agotarse la modernización en la autonomización y culminar, precisamente, en la 'autorreferencialidad', como sostiene Luhmann? [...] ¿Comienza quizá la modernización reflexiva donde acaba la lógica de la diferenciación y disección [...]?» (Beck 1997, p. 41).

[35] Beck, Giddens y Lash (1997, p. 209).

caracterizó a la modernización simple: «la cientificización lineal y la controlabilidad anticipatoria de los efectos colaterales, bien sean 'externalizados' o manipulados mediante los avances de (la) automatización»[36].

Este concepto de reflexividad es deudor de las tesis de Adorno y Horkheimer. Estos entendieron ya la «perversión» de la Ilustración como resultado de su propia dinámica de desarrollo. Para Beck, modernización y contramodernidad –como desplazamiento y absorción de los principios de la modernidad– no se excluyen, sino que se complementan. El avance de la modernidad conlleva sus propias tendencias antimodernas. Se trata de «una dialéctica inacabada e inacabable (...), que se ejercita y tiene lugar, no sólo objetivamente a espaldas de los individuos, sino también y esencialmente en la acción, en el pensamiento, en el conflicto. Es decir: se dirime y se configura en lo político»[37].

c) Las ambivalencias del concepto de riesgo

Es evidente que Beck ofrece un relato que se adecúa a ciertas condiciones de existencia de nuestro presente histórico. Presenta una descripción de la alteración del sistema de coordenadas sociales y políticas, de la emergencia de nuevos temas de conflicto, nuevos discursos y actores, que configuran una «economía política de la incertidumbre y el riesgo»[38], con todo un nuevo «metajuego político» en torno a la gestión de los peligros asociados al propio ritmo del progreso[39].

---

[36] *Ibidem*, p. 217.

[37] Algunos ejemplos de esta tendencia contramoderna serían el nacionalismo y el racismo originados en el siglo XIX, la industrialización de la gestión de la guerra, la militarización del conjunto de la vida social, la movilización general, etc. (Beck 1996b, pp. 258-259).

[38] Beck (2002a, pp. 45-46). Habla de «coaliciones de discurso» en torno a los riesgos, que se extienden a través de las fronteras de clases, estados naciones y sistemas, modificando los «mapas cognitivos» y los «guiones» del discurso político; de nuevos juegos de poder entre actores políticos territorialmente fijos (gobiernos, parlamentos, sindicatos) y actores económicos no territoriales (representantes del capital, las finanzas, el comercio), que configuran una «economía política de la incertidumbre y el riesgo» (*ibidem*, p. 17); y de una «subpolítica» ejercida por nuevos actores (movimientos sociales transnacionales y «comunidades objetivas» amenazadas por riesgos concretos), más allá de las instituciones representativas del sistema político (*ibidem*, pp. 61-62).

[39] Beck (2004, p. 24). Políticamente, la consecuencia quizá más relevante de esta «política del riesgo global» o «metajuego» descrito por Beck es la pérdida por parte del Estado-nación de su papel como actor por excelencia de la escena política, convirtiéndose ahora en *uno más* entre otros muchos. En este sentido, tras los atentados del 11 de septiembre de 2001 Beck otorga a las a las redes terroristas internacionales el rango de nuevos actores globales, un estatus que habrían logrado a través de la difusión mundial e instantánea de los ataques contra las torres gemelas de Nueva York. Según el autor, estos

La sociedad del riesgo incoa una narración de «retorno de la incertidumbre»[40] al centro del escenario social. Aunque su teoría arranca desde los riesgos de tipo tecnológico, Beck mostró casi desde el principio las posibilidades de llevar su teoría más allá de la problemática «sociedad y tecnología». Intentó mostrar, con desigual éxito, su teoría como un modelo omnicomprensivo, capaz de englobar las nuevas dinámicas y fenómenos sociales. Así, tras el 11 de septiembre de 2001, Beck identificará tres tipos de riesgos globales fundamentales: riesgos ecológicos (derivados del desarrollo tecnológico); riesgos financieros; y riesgos aparejados al terrorismo internacional[41]. Sin embargo, pese a los intentos, llevar su teoría al terreno de la inseguridad ciudadana resulta problemática. Aspira sin embargo a ofrecer un relato general del presente histórico: la sociedad del riesgo quiere expresar un estado redoblado de incertidumbre ante unos riesgos con características diversas, pero con el elemento común de la ruptura de los sistemas de aseguramiento hasta ahora válidos. Un diagnóstico de incertidumbre en el que se entremezclan elementos institucionales y existenciales, lugar común de la sociología de la última década.

Al margen de otras consideraciones es necesario argumentar que, como han reprochado voces diversas, la mayor debilidad de Beck deriva de su presentación de la sociedad del riesgo, y de la propia idea de riesgo, como un hecho objetivo. Y ello en un doble sentido, tanto ontológicamente –en la convicción de que tales ideas existen como entidad en sentido material–, como epistemológicamente –esos hechos objetivos son percibidos directamente por los sujetos– [42]. Parece así manejar el riesgo como un

---

grupos actúan como las ONGs de la sociedad civil: desterritorializadamente, descentralizadamente, tanto local como transnacionalmente. Su objetivo fundamental sería, precisamente, el ataque al monopolio estatal de la violencia (Beck 2004, pp. 35 y ss.).

[40] Beck (1999, p. 40).

[41] Beck (2002b, p. 41). No obstante, reconoce las diferencias de fondo que existen entre los diferentes tipos de riesgo: mientras unos proceden de la propia evolución de la modernidad y son el resultado de la acumulación y distribución de «males» enlazados con la producción de bienes (son efectos no intencionales), otros proceden de forma directa de la intencionalidad. Aun así, los efectos globales de unos y otros se potencian mutuamente de forma habitual. Por ejemplo, la toma de riesgos (*risk-t ng*) inherente al funcionamiento de los mercados requiere de «confianza activa», elementos que permitan un horizonte donde las condiciones de fiabilidad hagan posible el desarrollo del libre mercado. Sin embargo, la percepción de la amenaza terrorista convierte la «confianza activa» en «desconfianza activa», aumentando el riesgo de una crisis financiera global (*ibidem*, pp. 43-44).

[42] Alexander y Smith (1996, p. 255).

fenómeno real o «cuasi-real», como si fuese una realidad *a priori*[43]; como si el daño potencial fuese una propiedad de las cosas. Incurre en una suerte de «reificación» de la idea de riesgo[44]. Sin embargo, tal y como sostiene la tesis constructivista, pretender que el riesgo sea una entidad objetiva, existente de forma previa a cualquier acercamiento del observador que lo define y maneja, no deja de ser una mera ilusión[45]. Como sintetiza Ewald, «nada es un riesgo en sí mismo; no existe el riesgo en la realidad. Pero, por otro lado, todo *puede* ser un riesgo; depende de cómo uno analice el peligro, de cómo considere el evento»[46].

Al margen de ello, el problema de una perspectiva objetivista es que sus afirmaciones son bastante estériles para el análisis de las cuestiones de fondo en el fenómeno del riesgo[47], para reflejar las dinámicas, en gran medida constructivas, que envuelven en la actualidad el tratamiento de la seguridad y la peligrosidad como fenómenos político-jurídicos. Las tesis de Beck están demasiado apegadas al análisis de hipotéticos peligros «reales»[48], afirmación que no quiere decir que tales peligros no

[43] La base objetivista de su inicial concepto de riesgo se manifiesta con claridad al caracterizar los «nuevos» riesgos derivados del desarrollo tecnológico, desencadenantes del nuevo modelo social. Para Beck, los riesgos hoy se caracterizan por «la globalidad de su amenaza», consecuencia del desarrollo de las fuerzas productivas, y tienen aparejados daños sistemáticos a menudo irreversibles (Beck 1998a, pp. 28-30). Es decir, los riesgos tienen un «ámbito objetivo» de acción (*ibidem*, p. 42). No obstante, el autor alemán, en su intento de cualificar el riesgo como rasgo constitutivo de la sociedad contemporánea, se introduce en una caracterización de la idea un tanto confusa, cabría decir casi metafísica: el riesgo es una entidad real pero ubicua e invisible, universal y local, al mismo tiempo específica e inespecífica (*ibidem*, p. 34). Afirmaciones que resultan difícilmente compaginables con una concepción del riesgo como estricta realidad «objetiva», de la que Beck parece partir. Como señala Joas, en ocasiones Beck es víctima de su incontrolable pasión por las paradojas y giros lingüísticos, aun a costa de la consistencia lógica de sus afirmaciones (Joas 2005, p. 229).

[44] Reith (2004, p. 385).

[45] Las posturas sobre la ontología del riesgo podrían situarse idealmente a lo largo de una línea que une dos polos extremos y opuestos: la idea constructivista o relativista y la idea realista u objetivista. Ambas nociones se definen por oposición. Mientras que la idea objetivista implica que los riesgos y sus distintas manifestaciones son hechos reales, eventos observables y mensurables, según la noción constructivista los riesgos son «artefactos sociales», fabricados por grupos es instituciones sociales (Renn 1992, p. 69). Su forma de existencia es muy distinta en uno y otro caso. En el primero el riesgo existe en sí mismo, por lo que el problema central será el de su medida y gestión y, como mucho, el de su selección. En el segundo caso, el riesgo solo existe a través de la intervención de distintas instancias sociales que lo construyen. El problema central es entonces la definición e identificación de los riesgos. Según la tesis constructivista, a la que aquí nos adherimos desde una aproximación foucaultiana, el riesgo no es algo ontológicamente real, sino una forma de percibir dicha realidad.

[46] Ewald (1991, p. 199). Sobre el sentido «realista» con el que Beck concibe el riesgo, véase Tulloch (2008).

[47] Dean (1999b, p. 135).

[48] O'Malley (1998, p. xii).

existan en ningún caso. Más bien, apunta a que esa es solo una parte de la cuestión, y una parte en cierto sentido irrelevante al considerar la relación entre riesgo y seguridad como problema técnico de gobierno.

Los esfuerzos de Beck por introducir elementos que se apartan de la comprensión objetivista del riesgo han resultado problemáticos para su propio argumento. Estos esfuerzos se deben, por una parte, a las dificultades empíricas de su teoría al enfrentarse al problema de la percepción –el problema de cómo los riesgos son, no solo producidos, sino también definidos y percibidos–[49]; y, por otra, son respuesta a las sucesivas críticas contra su enunciado de sociedad del riesgo. Beck trató de corregir el problema de la «reificación» conceptual, que limitaba la virtualidad de su noción de riesgo, reconociendo la importancia de los aspectos simbólico-culturales, especialmente tras el 11 de septiembre de 2001 y los acontecimientos posteriores, que han situado el «riesgo global» en una dimensión muy distinta de la que inspiró su teoría inicial[50]. Como sostendremos después, ha tratado de reelaborar la relación entre riesgo y poder.

En síntesis, Beck mantiene una posición ambigua en el esquema objetivismo/constructivismo, y en su elaboración sobre el riesgo se entremezclan elementos objetivos y puramente retóricos no siempre fácilmente discernibles[51], lo que hace de su sociedad del riesgo algo excesivamente vago, y por momentos difícilmente comprensible. No obstante, hay que advertir que la mayor parte de las críticas a su obra no han tenido en cuenta sus progresivos esfuerzos por tratar el riesgo como construcción social. Introducirá así aspectos relativistas con relación a los riesgos (interpretaciones individuales y «luchas» por su definición), que reconocen que su

[49] Se trata, principalmente, del problema de explicar el «retraso» (*time-lag*) en cuanto a la emergencia de la sociedad del riesgo. Es decir, de buscar una respuesta satisfactoria a la pregunta de por qué el riesgo se ha convertido precisamente ahora, y no antes, en el eje central de las dinámicas sociales, lo que remite, no tanto a la realidad de esos peligros (presentes desde hace décadas), sino a las razones por las que estos pasan al primer plano de la preocupación social. En este sentido, Alexander y Smith (1996) muestran cómo los esfuerzos de Beck por explicar este extremo le llevan, bien a soluciones incompatibles con el origen objetivista de su concepto de riesgo, bien a conclusiones que revierten en un fortalecimiento de ese mismo objetivismo, aportando una explicación insatisfactoria del problema.

[50] Por influencia, sin duda, de la teoría cultural del riesgo de Mary Douglas. «Podría parecer que los peligros no existen 'en sí mismos', con independencia de nuestras percepciones. Sólo se convierten en una cuestión política cuando la gente es, en general, consciente de ellos» (Beck 2002a, p. 34). «Los riesgos no son cosas. Son construcciones sociales en los que el saber experto, pero también los valores y símbolos culturales, desempeñan un papel clave» (Beck 2004, p. 158).

[51] Joas (2005, p. 231)

efecto social no depende siempre de su consistencia científica[52], de su carácter estrictamente «objetivo».

En distintas circunstancias la resonancia social de un mismo peligro puede ser amplificada, reducida o totalmente ignorada. Beck es consciente de este problema, y lo erige como rasgo característico de la sociedad del riesgo: «nunca queda claro si los riesgos se han intensificado o nuestra visión sobre ellos»[53]. De aquí el autor extrae una conclusión fundamental: los riesgos y su percepción son una misma cosa. Sentencia un tanto confusa, que, no obstante, parece admitir que el riesgo es, en definitiva, una forma de percepción. Sin embargo, esta conclusión coexiste con el hecho de que, para Beck, las luchas por la definición del riesgo parten siempre de una realidad objetiva y *a priori*. Es decir, los esfuerzos por la definición del riesgo son en definitiva intentos de describir su objetividad intrínseca. Tal y como afirma el autor: «al dar el paso a la conciencia civilizatoria del riesgo el pensamiento y la representación cotidianas se desprenden de los anclajes en el mundo de lo visible. En la disputa sobre los riesgos de la modernización ya no se trata del valor epistemológico de lo que nos aparece en la percepción. Más bien, se vuelve controvertido en su contenido de realidad lo que la conciencia cotidiana no ve, lo que no puede percibir»[54]. El problema en definitiva es descubrir una realidad que, aunque oculta, existe. Entonces, el hecho de que el riesgo y su percepción sean inescindibles no significa tanto que el riesgo sea una forma de percepción, como que la categoría «riesgo» es en realidad la síntesis de dos elementos: el riesgo «en sí» y su percepción. Lo cual, en definitiva, hace girar de nuevo la percepción del riesgo en torno a su contenido de «realidad».

La traducción jurídica de la tesis de la sociedad del riesgo ha debido producirse, inevitablemente, rescatando ciertos argumentos del planteamiento de Beck, pero obviando el sentido completo de su tesis. El análisis de las transformaciones de los medios jurídicos de intervención a partir de esta conceptuación del riesgo ha dado lugar en la dogmática penal al rótulo de un «derecho penal del riesgo». Este modelo ha retomado básicamente la concepción dialéctica y la noción de reflexividad sostenidas por Beck, así como su tono crítico sobre la labilidad de los esfuerzos técnicos para

[52] Beck (1998a, p. 38).

[53] *Ibidem*, p. 62.

[54] *Ibidem*, p. 82.

aportar seguridad ante los peligros del actual ciclo de la modernidad. No obstante, el manejo del riesgo en un sentido dogmático llevará a que la teoría se aventure, por sus propios itinerarios, en ese esfuerzo de adaptación arrastrando algunos problemas conceptuales de Beck. Especialmente, una cierta ambigüedad en la comprensión del riesgo como realidad objetiva subsumible en un concepto jurídico-normativo.

2.1.2 Recepción del riesgo en la teoría penal

La recepción jurídica más explícita de la obra de Beck durante los últimos lustros se ha producido en el terreno del derecho penal, como subtema de un debate más amplio sobre las transformaciones de este hacia su «modernización» y «expansión». Analizaremos esta discusión, desarrollada desde la década de los años 1990 hasta buena parte de los 2000. Lo que precisamos por dos razones. Por una parte, porque el «derecho penal del riesgo» se ha utilizado como argumento crítico sobre las actuales derivas punitivas, desde un criterio de riesgo como dialéctica de la razón (jurídico-penal). Para el caso, porque esta deriva del derecho punitivo identifica una tecnología social que cuestiona la lógica jurídica liberal de la intervención coactiva del Estado.

a) Reflexividad y contrailustración penal

La tesis de un «derecho penal del riesgo» ha sido empleada como idea fuerza del discurso crítico sobre el declive de la razón jurídico-penal, originalmente por los penalistas de la denominada «Escuela de Frankfurt» ya desde la primera mitad de los años 1990[55]. Si bien su apreciación como «Escuela» ha sido un discurso más elaborado desde afuera que aceptado por los propios implicados, existe un cierto consenso de mínimos que vincula a un conjunto de autores del Instituto de Ciencias Criminales de Frankfurt o próximos al mismo en torno a una preocupación fundamental sobre la evolución del derecho penal[56]: «el escepticismo ante su capacidad de respuesta» a algunas demandas que en la actualidad se proyectan prioritariamente sobre el aparato

[55] Los principales argumentos de ese discurso fueron recopilados ya en 1995, en el volumen publicado en España como *La insostenible situación del derecho Penal* en el año 2000 (Instituto de Ciencias Criminales de Frankfurt y Área de derecho Penal de la Universidad Pompeu Fabra, 2000).

[56] Hassemer, Naucke, Herzog, Albrecht, Lüderssen, Prittwitz, entre otros.

penal[57]. A lo que habría que añadir, pese a diferencias entre sus planteamientos, la defensa de una idea más o menos unívoca de un «derecho penal clásico» o «liberal» en los términos del pensamiento ilustrado.

Para nuestros propósitos, interesa prestar atención al sustento iusfilosófico de los planteamientos frankfurtianos, cuestión quizá desatendida en la discusión sobre la expansión del derecho penal entre la doctrina española. El argumento sobre la desnaturalización del sistema penal contemporáneo se sostiene sobre una interpretación dialéctica y reflexiva de la modernidad penal. Hassemer la ha sintetizado en los siguientes términos:

> «Todo ello tiene su origen en la 'dialéctica de lo moderno', es decir, es consecuencia de la lucha contra un derecho penal moralizador, que se ha llevado a cabo con las armas de la filosofía política de la Ilustración. La guerra se ha ganado y el enemigo ha sido vencido. Pero el actual problema [...] no es el derecho penal moralizador, sino un derecho penal inspirado en las modernas técnicas sociológicas. Las armas que antes se utilizaron contra el derecho penal moralizador se han independizado»[58].

Es decir, las mutaciones que señalan críticamente como características del derecho penal presente tendrían causas en gran medida endógenas. Se trata de la consecuencia inesperada de la aplicación recurrente de los propios principios ilustrados («modernizadores»). Si en un primer momento permitieron la superación de la penalidad del Antiguo Régimen, en el curso de la modernidad habrían acabado por bifurcar ese curso de racionalidad y revertir en una pura instrumentalidad que, tras el anhelo de eficiencia «social», se habría vaciado de toda sustantividad. Hassemer identifica este diagnóstico con aquel al que Horkheimer y Adorno denominaron «Dialéctica de la Ilustración», rebautizado ahora como una «Dialéctica de lo moderno», queriendo decir con ello que el derecho penal moderno ha llegado a un punto en el que se ha convertido en contraproductivo y anacrónico, provocando una «Contrailustración», en términos de Albrecht[59]. El pliego de cargos que se esgrime

[57] Prittwitz (2003, p. 287). El propio Hassemer (2003) cuestiona la existencia de tal Escuela, al menos como sentimiento de pertenencia de los autores señalados externamente como miembros.

[58] Hassemer (1999, pp. 33-34).

[59] Albrecth (2000, p. 476).

contra esa evolución instrumental puede sintetizarse en: la renuncia a toda metafísica en el plano de la legitimación; el uso de una metodología empírica (sociológica) en el plano de la fundamentación; y el objetivo de la prevención en el plano de los fines del sistema[60].

Pese a la literalidad del argumento de Hassemer, lo cierto es que su comprensión dialéctica se aproxima mucho más a la idea de reflexividad postulada por Beck que a la Teoría Crítica de Horkheimer y Adorno. Podemos sostener que los penalistas frankfurtianos esbozan aún una filosofía crítica, en la medida en que su preocupación de fondo –por debajo de los argumentos dogmáticos– se centra en la tesitura del sujeto, en su caso del sujeto penal[61]. La jaula de hierro weberiana o la cosificación se convierte en esta versión en un exceso de criminalización de las conductas y una consecuente disolución de las garantías que apuntalan el estatus del sujeto jurídico-penal liberal. Sin embargo, la distancia con la Teoría Crítica es igual de evidente. Si Horkheimer y Adorno rastrean el giro hacia la instrumentalización y la renuncia a la sustancialidad del sujeto en la modernidad ilustrada (la Ilustración disuelve el mito al tiempo que recae indefectiblemente en él), la «contrailustración penal» pasaría de nuevo por la creación de mitos (punitivos)[62]. Sin embargo, esta crítica desplaza la idea de un derecho penal «moderno» a nuestro presente para oponerlo a la idealidad de un derecho penal «clásico» identificado con la filosofía ilustrada, que habría precisamente que preservar. Si su uso del adjetivo «moderno» se produce en términos puramente vulgares (como sinónimo de «nuevo») y no filosóficos o sociológicos, bajo su empleo del adjetivo «clásico» existe una estricta defensa del modelo liberal[63]. Sin embargo, dicho modelo es, evidentemente, la diana de los embates de la Teoría Crítica de la Escuela filosófica de Frankfurt.

La ortodoxia liberal de los penalistas frankfurtianos concuerda con una comprensión jurídico-política también liberalmente ortodoxa, y gira en torno al sujeto abstracto que sustenta la filosofía liberal. Para Hassemer el sistema penal se legitima

[60] Hassermer (1999, pp. 39-40).

[61] Albrecht (2000, p. 476) ve en las nuevas lógicas penales –que, entre otros síntomas, implicaría el uso de la herramienta penal con fines de pedagogía social– una reversión de la superación de la «minoría de edad» del hombre que habría supuesto la Ilustración, según la conocida conclusión de Kant.

[62] Albrecht (2000, p. 476).

[63] Gracia Martín (2003, p. 42).

sobre los hombros del sujeto que consiente en el contrato social, siendo el derecho penal una formalización específica de dicho contrato[64]. De esta idea derivan las exigencias esenciales para la regulación penal en un Estado de derecho: transparencia, claridad y certeza (enunciado como principio de legalidad), y necesaria observancia de una serie de principios valorativos irrenunciables (entre los cuales se encuentra el principio de subsidiariedad de la intervención penal). Esta legitimación «terrenal» (contractual) de la intervención coactiva del Estado acabaría implicando la superación del argumento iusnaturalista y de una dogmática metafísica, permitiendo la humanización del castigo y la limitación del poder coactivo del Estado. Solo la lesión de las libertades aseguradas por el contrato puede considerarse delito, y así el bien jurídico será «descubierto» como criterio negativo que impide toda criminalización ilegítima[65]. El llamado derecho penal clásico nacería de este modo como un instrumento de garantía de la libertad de los sujetos políticos, carácter que habría de sumarse desde entonces, necesariamente, a su dimensión violenta represiva.

Este giro «mundano» de la penalidad es el que no habría dejado de aplicarse recursivamente sobre la intervención penal, conduciendo a la postre a una ruptura con el modelo clásico[66]. Desvinculados de su contexto original, los principios ilustrados que giraron la vista sobre la realidad social acaban por convertirse en su contrario, engullidos por la vocación de instrumentalidad y eficacia: el bien jurídico pasa de límite contra la incriminación ilegítima a mandato positivo de criminalización (paso de la prohibición del exceso a la prohibición del defecto)[67]; la idea de prevención, nacida como finalidad secundaria –y en concreto de la pena, adherida a la primigenia pureza de la finalidad retributiva–, pasa a erigirse como paradigma de la intervención coactiva estatal[68]; la legitimación social (radicada en el contrato) del sistema acaba por convertir

[64] Hassemer (1999, p. 29).

[65] *Ibidem*, p. 45.

[66] Para Hassemer –hablando en relación a la teoría de la imputación–, el derecho penal que supera el Antiguo Régimen dibuja una especie de «metafísica 'secularizada' o más bien 'modernizada'» (Hassemer 1999, p. 158).

[67] Staechelin (2000) habla en este sentido de una «prohibición de infraprotección» como antagonista de la tradicional «prohibición del exceso».

[68] No en vano, Albrecht identifica ya en la obra de von Listz «el pecado original contra la orientación formal del derecho penal», en la medida en que se deducen exigencias punitivas variables en función del autor: la teoría relativa de la pena la convierte en un «programa orientado al futuro, en última instancia, en una medida de seguridad independiente de la culpabilidad» (Albrecht 2003, p. 473).

la *última ratio* en *prima* o incluso *única ratio*, haciendo «del remedio penal un instrumento de pedagogía» ante los más diversos problemas sociales[69]. En ese inventario de mutaciones emerge el giro preventivo asociado al derecho penal «moderno» (contemporáneo), que anudaría la mayor parte de los tics vinculados al fenómeno expansionista: actitud de combate y de urgencia contra los «problemas» enunciados como peligros en los medios de comunicación social; consecuente penetración en ámbitos de intervención antes ajenos a la operatividad penal; adelantamiento y flexibilización de la intervención penal mediante la técnica de los delitos de peligro abstracto y eliminación de los diversos grados de imputación; viraje hacia las finalidades preventivo-generales intimidatorias de la pena, entre otros[70].

Ese anhelo de efectividad preventiva conduce al argumento de fondo que recorre la crítica frankfurtiana sobre la deriva de la racionalidad jurídico-penal. Se trata de la progresiva pérdida de contenidos valorativos y la asunción, en cambio, de los rasgos propios de una «tecnología social» por parte del instrumento punitivo. En esta lógica, el derecho penal se convierte en un instrumento más de solución de los conflictos sociales, similar a otros instrumentos de intervención sobre «lo social», un ámbito donde otrora la acción punitiva solo se aventuró a lo sumo bajo la forma de la intervención de policía. El discurso crítico frankfurtiano percibe en todo este escenario una especie de cosificación penal del sujeto ilustrado, en la medida en que el individuo castigado deja de ser el fin auténtico de la intervención, deviniendo en mero «elemento funcional o paso obligado para la imposición de una pena que tiene una finalidad concreta, evitar la criminalidad en el futuro»[71]. La intervención adquiere entonces su legitimación en función de sus consecuencias externas favorables (orientación *output*), y no por su grado interno de «justicia».

b) Efectos de la pulsión preventiva

El diagnóstico confluye en este punto con el nudo de problemas que aquí queremos evidenciar, pero se trata de una confluencia puntual, tangencial. Los

[69] Hassemer (1999, p. 47).

[70] Otras tendencias que visibilizan los críticos de la expansión es la creciente protección de bienes jurídicos universales, frente a los individuales clásicos y el aumento de las penas tras el anhelo de una justicia penal claramente expresiva.

[71] Hassemer (1999, p. 32-33).

penalistas frankfurtianos perciben con claridad que el viraje sociotecnológico del sistema penal gira en torno al concepto de efectividad preventiva y a una cierta «contaminación» del derecho penal por categorías y saberes ajenos (para ellos, fundamentalmente, de tipo sociológico): un tránsito de la actuación penal hacia una racionalidad de intervención social. Señalan un tránsito desde la justicia por compensación de males hacia la prevención; desde el castigo al control; desde la retribución al aseguramiento; desde la orientación al pasado hacia el futuro[72]. Sin embargo, a nuestro juicio, leen estas transformaciones en un esquema de la penalidad (liberal-clásica) y de las relaciones de poder impregnado de idealismo, lo que sugiere que su discurso no solo es jurídico-dogmático, sino también y esencialmente político-ideológico.

Hassemer percibe acertadamente que el fenómeno subyacente es la relación entre lo empírico y lo jurídico-normativo, en concreto la progresiva imposición del primero sobre el segundo, con la consiguiente erosión de las ficciones dogmáticas –el declive de aquella «metafísica secular» que sostiene la cosmovisión humanista–[73]. Se trata de una tirantez subyacente en el proyecto ilustrado, y que solo recientemente se está visibilizando con mayor claridad en el terreno de las categorías dogmáticas en un sentido estrictamente formal.

El autor alemán evidencia también la crisis del principio de culpabilidad, que en su opinión está siendo incluso «bombardeado»[74]. Sin embargo, lo diagnostica como una tendencia hacia la irresponsabilización del individuo y que provoca una corresponsabilidad por desviación al conjunto de la sociedad mediante modelizaciones sociológicas que atraviesan la culpabilización subjetiva, en busca de soluciones eficaces. De nuevo este enfoque ofrece escasas posibilidades para la aprehensión de la realidad del operar punitivo en el presente, y revierte en juicios esencialmente ideológicos. En nuestra perspectiva, si el principio de culpabilidad es objeto de embestidas no lo es meramente por un anhelo de superación del reproche moral individual. Lo es, más bien, por la decidida irrupción de normatividades que conectan

[72] *Ibidem*, pp. 72-73.

[73] Por ejemplo, con relación a la categoría de la imputación, sostiene Hassemer que presupone necesariamente partir de una determinada concepción (no empírica) de la persona y de la responsabilidad: que el mundo está dominado básicamente por personas (*ibidem*, p. 161).

[74] *Ibidem*, p. 99.

al individuo en una lógica gerencial de gestión de riesgos, donde el sujeto es la encarnación individual de una norma (puramente empírica) que le trasciende y objetiva su conducta[75].

Un problema similar de diagnóstico sucede con la conclusión frankfurtiana sobre el tránsito de un modelo punitivo esencialmente jurídico hacia una intervención asentada en una lógica de «control». Dicho modelo se estaría alejando progresivamente del binomio justo-injusto para aproximarse a un nuevo paradigma impulsado por la contraposición entre seguridad-inseguridad (evitación de peligros)[76]. En consecuencia, el paradigma punitivo no tomaría ya como referencia un discurso derivado de principios, sino un determinado modelo de sociedad como complejo y las necesidades de equilibrio del sistema social. Esta vocación de inmanencia define con claridad el sentido de un derecho penal convertido en «tecnología social» y articula una intervención coactiva flexible, determinada por las necesidades *just in time* reveladas por las interacciones sociales: «lo que significa 'seguridad' e 'inseguridad' pude determinarse siempre in situ o, si se quiere, específicamente para cada situación»[77]. Como puede apreciarse, esta deriva desde la trascendencia de la justicia penal hacia la inmanencia de la seguridad se analiza críticamente como una mutación funcionalista-sistémica del derecho penal. Albrecht es explícito al respecto, considerando que el derecho penal del riesgo –remite para ello a la teoría de Günther Jakobs– toma como punto de referencia la estabilidad del sistema social, en el sentido de garantizar la

[75] Algunas de las apreciaciones de Hassemer son útiles para analizar la asimilación cualitativa de normatividades colectivas en el interior de las categorías dogmáticas. Siguiendo con el ejemplo de la idea de culpabilidad, señala el autor que las críticas deterministas –cuestionadoras del libre albedrío en relación a la conducta el sujeto como mera ficción metafísica– han provocado el trasvase del estándar de medición de la culpabilidad desde el «poder individual para actuar de otro modo» al de un «poder general para actuar de otro modo» que implica tomar como referencia la «débil construcción» del «hombre medio» (Hassemer 1999, pp. 101-102). Rehaciendo el argumento, cabría decir que la consideración del actuar individual y sus constricciones particulares (los «indicadores de los déficit de libertad» del sujeto) son sustituidos por el estándar pseudosociológico de una norma de conducta y de libertad definida a tientas, de forma puramente cualitativa. Albrecht se aproxima a este tipo de diagnóstico cuando advierte que, bajo la actual operatividad penal, principalmente, «no es el autor, sino los grupos sociales o las condiciones de vida lo que está bajo sospecha», y al recordar la tendencia del pensamiento criminológico, en cuanto ciencia empírica, a suplantar la cuestión «de la voluntad individual en favor de la aceptación de la determinación personal o social del obrar» (Albrecht 2000, pp. 474 y 476). Sin embargo, las consecuencias de este determinismo por agregación –que es precisamente el que porta el riesgo en un sentido estricto–, quedan al margen de las consideraciones de aquel análisis, que enfoca su atención en otro tipo de problemas.

[76] Beste y Voβ (2000, p. 353).

[77] *Ibidem.*

orientación de las acciones y la estabilidad de las expectativas. Hablando, con más propiedad que Hassemer, de la emergencia de un derecho penal postmoderno, para Albrecht la principal consecuencia se produce del lado del sujeto, en la medida en que su lugar es ocupado por «el sistema social»[78].

En el epígrafe siguiente abordaremos la lectura sistémica del riesgo en los términos de la teoría de Luhmann y su recepción penal, precisamente, por parte de Jakobs. Ahora bien, el argumento sistémico resulta una tanto incongruente –y sorpresivo– en la comprensión dialéctica de la Escuela penal de Frankfurt. En la teoría funcionalista, evidentemente, la configuración sistémica no es una «opción» de los entornos sociales, que puedan codificarse de tal modo en un momento dado del devenir social. Al contrario, la fragmentación de la sociedad en sistemas autopoiéticos es en clave funcionalista el rasgo distintivo de la modernidad. Resulta difícilmente comprensible la codificación del derecho penal –o del conjunto del derecho– como sistema que emerge aquejado de una suerte de *delay* respecto al resto de entornos funcionales. El problema de la contaminación del derecho penal por lógicas codificadoras ajenas –como apunta el argumento frankfurtiano en relación al paradigma «sociológico» de la seguridad– sería a lo sumo un problema de perturbación del sistema jurídico-penal a causa de información procedente del entorno, y que alteraría de algún modo el proceso de codificación binaria (justo/injusto, conducta lícita/ilícita) de aquel sistema. Cómo pueda articularse esa alteración en los términos de la teoría sistémica, al menos de su versión luhmanniana, plantea dificultades y, de hecho, esa férrea división sistémica es uno de los motivos que restan utilidad a la lectura funcionalista del riesgo. En todo caso, estos problemas no son resueltos en la hipótesis frankfurtiana, que incluye el argumento sistémico con fines críticos, aunque de forma metodológicamente inconsistente. El funcionalismo no sería pues un método de análisis de la realidad, sino una variante de la racionalidad misma: una especie de viraje repentino de la racionalidad penal que marcaría la distancia entre un derecho penal clásico, preñado de racionalidad sustantiva de tipo valorativo, y otro «nuevo», sistémicamente constreñido y aquejado de un hueco anhelo de eficacia instrumental.

[78] Albrecht (2000, p. 474).

c) El riesgo como crisis del derecho penal clásico

En realidad, la comprensión del fenómeno del riesgo por parte de los penalistas de Frankfurt está mucho más próxima a Beck que a Luhmann, pese a los argumentos contrarios de Prittwitz[79]. Al margen de la anécdota sistémica, el argumento central de la Escuela sobre la emergencia de un nuevo derecho penal gira en torno al papel que se le exige al instrumento punitivo en la sociedad del riesgo[80]. De hecho, el riesgo se lee como «síntoma de decadencia» del derecho penal clásico. El discurso de la sociedad del riesgo se enuncia en esta clave como diagnóstico crítico sobre el declive de una forma de racionalidad («clásica», «kantiana», «ilustrada»). El derecho penal del riesgo «no es tanto un concepto jurídico-penal dogmático como una categoría diagnóstico-temporal desde un punto de vista crítico-cultural»[81]. De forma sintética, se sostiene que la sociedad del riesgo *necesita* (reclama) un derecho penal del riesgo, según el discurso sostenido por los expansionistas.

La incorporación de lógicas de riesgo en la operatividad del derecho penal anuda una serie de consecuencias. En primer lugar, la expansión de la intervención jurídico-penal a ámbitos hasta ahora vedados, tales como orden socioeconómico, medio ambiente salud y seguridad colectiva, aunque también «seguridad del Estado». Esta expansión se produce sobre todo en entornos de acción donde –y aquí Beck empieza a ser claramente reconocible– la generación de «riesgos» es inherente a la acción inicialmente beneficiosa. La funcionalidad del derecho penal ya no se dirige entonces a exorcizar lo ilícito, sino a minimizar el riesgo y aportar seguridad subjetiva. La

[79] Prittwitz planta una crítica del derecho penal del riesgo que quiere apartarse expresamente de los «dogmáticos del riesgo» y de las previsiones catastrofistas de Beck, a su juicio «más políticas, en el mejor sentido de la palabra, que sociológicas». Postula, en cambio, una aplicación de la comprensión luhmanniana del riesgo, basándose esencialmente en su *Sociología del riesgo* (Luhmann 1991). El desarrollo de su argumento, sin embargo, revierte en los lugares comunes de la Escuela de Frankfurt en torno a la ineficacia del instrumento penal para las tareas que se le encomiendan, y en consecuencia sobre sus efectos simbólicos y su deslegitimación. Desde una lógica funcionalista-sistémica difícilmente puede enunciarse un discurso crítico, al menos en tales términos. De hecho, ese conjunto de argumentos encaja con cierta claridad en el estilo de diagnóstico sociológico afín a Beck. Con todo, en este caso el autor denuncia el escaso interés de Beck para su campo de análisis por la ambigüedad y debilidad de sus conceptos teóricos (Prittwitz 2003, pp. 261-265).

[80] Por ejemplo, y pese haber sostenido puntualmente que en la lógica del derecho penal postmoderno el sistema sustituye al sujeto, Albrecht postula que el fenómeno más propio de la tendencia preventiva actual –la «panacea de la Contrailustración»– es la orientación de los mecanismos del derecho penal hacia la víctima (Albrecht 2000, p. 474). Un argumento que casa mejor con las dinámicas de la distribución de males descrita por Beck que con las rutinas de codificación sistémica luhmannianas.

[81] Herzog (2003, p. 249).

paradoja es que en estos ámbitos la criminalización se proyecta sobre conductas que no son consideradas socialmente como dañosas. Al contrario, la criminalización se produce para desvalorar socialmente dichas conductas[82].

Un segundo acontecimiento entrelazado con el anterior es la transformación de las exigencias de reprochabilidad y la utilización del derecho penal con fines de pedagogía social, lo que supondría un contrasentido para el esfuerzo ilustrado de apartar la intervención penal de orientaciones morales y políticas.

En tercer lugar, la intervención penal se produce anticipando las barreras punitivas. En este sentido resulta paradigmática la protección de bienes jurídicos de tipo colectivo –frente a los tradicionales estrictamente individuales–, así como la tipificación de delitos de peligro –y especialmente aquellos de delito abstracto–, que no requieren resultado lesivo para apreciar la conducta típica. La crítica al derecho penal del riesgo denunciará una orientación hacia la evitación de peligros, de nuevo, hacia la prevención como racionalidad dominante. Realmente, mediante la técnica de los delitos de peligro el legislador ofrece «una prognosis basada en la experiencia»[83], es decir, un cálculo del riesgo cualitativo cristalizado en la estructura típica: se presume la peligrosidad de ciertas conductas con relación a la causación hipotética de determinados resultados dañosos, y se habilita la intervención tan solo con que se verifiquen aquellas.

Trascendiendo estos avatares dogmáticos, el relato de un «derecho penal del riesgo» sirve a los autores frankfurtianos para arrojar un diagnóstico definitivo en su dialéctica de la razón penal. En las nuevas circunstancias de una sociedad de riesgos, el derecho penal solo puede realizar las funciones que se le encomiendan de modo precario. Y ello no solo por la ubicuidad del peligro y su carácter colateral a las actividades legítimas de ciertos entornos de acción, sino sobre todo porque se estarían proyectando sobre el sistema penal exigencias totalmente extrañas a su «naturaleza», al menos en su configuración clásica (liberal). Esta instrumentalidad deficitaria tendría como resultado la reducción de la efectividad de la legislación penal a una pura función simbólica. Para Hassemer, el derecho penal se habría convertido en estas

[82] Prittwitz (2003, p. 262).

[83] Quintero Olivares (2003, p. 241).

circunstancias, y a pesar de la contundencia de sus instrumentos, en un *soft law*, en un medio más de dirección social.

Tal devaluación arrastraría, no obstante, importantes costos para las garantías tradicionales del Estado de derecho[84]. En realidad, el discurso crítico sobre el derecho penal del riesgo defiende una visión modesta de la herramienta penal y sus posibilidades de eficacia más allá de los contornos de intervención que el liberalismo clásico le atribuyó. Tales límites lo habrían configurado –o imaginado– como un contrapeso de la facultad punitiva de tipo autoritario, y no como un instrumento «político» para la resolución de complejos problemas sociales. En esta clave, sin embargo, el instrumento penal se habría disuelto en el conjunto de medios de un «Estado social preventivo»[85].

El derecho penal del riesgo revelaría un instrumento jurídico tan hipertrofiado como ineficaz, un ejemplo palmario de lo que Beck denomina la «irresponsabilidad organizada» en el contexto de la sociedad del riesgo[86]: una llamativa inoperancia de los instrumentos tradicionales de asignación de responsabilidades por los daños y peligros para seguir haciéndolo de forma solvente en un entorno social de riesgo desatado –donde la producción y distribución de males se ha situado junto a la producción y distribución de riqueza en la lista de prioridades de la agenda política–. El derecho penal deviene así en ingrediente de la «cosmética» del riesgo y, por lo tanto, esencialmente, en instrumento de comunicación política, de encubrimiento y ocultación de las contradicciones de un sistema de amenazas[87]. En esta clave dialéctica, un proceso de racionalización penal aboca más bien a una verdadera irracionalidad punitiva[88], que gira en torno a una idea de seguridad como necesidad[89]. El derecho penal se convertiría así en un cómplice de la vorágine anómica en torno a la seguridad que se deduce del diagnóstico de Beck sobre la sociedad del riesgo. La amenaza que se cierne entonces

[84] Hassemer (1999, pp. 51-59).

[85] Arnold (2000, p. 310).

[86] Quintero Olivares (2003, pp. 250-251).

[87] El derecho penal deviene un mero «medio de control en la política de los límites del riesgo» (Albrecht 2000, pp. 476-479), o un recurso simbólico de «doble lenguaje» (Díez Ripollés 2003, p. 163).

[88] Donini (2003, p. 71).

[89] Albrecht (2000, p. 474).

sobre el derecho penal defrauda las expectativas creadas en torno a sus aptitudes, que deriva en un problema de credibilidad y, a la postre, de legitimidad.

La contundencia de este discurso delinea sin embargo una filosofía crítica que, más allá de su vocación dialéctica, solo se amarra débilmente al argumento de la Teoría Crítica. En este sentido, la distancia entre las escuelas filosófica y penal de Frankfurt parece difícilmente salvable. La primera rehace el argumento de la jaula de hierro weberiana relatando la historia de una renuncia al «yo» en términos de cosificación a causa de la razón instrumental o subjetiva. La segunda, si bien pretende inscribir el derecho penal en el proceso de pérdida de sustantividad de la razón instrumental, contempla débilmente la coyuntura del sujeto. Para los penalistas frankfurtianos la emergencia del derecho penal del riesgo se traduce en el plano material en un giro hacia el peligro social como estrategia para atrapar nuevos hechos en el aparato punitivo. En ese relato el sujeto es tan solo considerado desde la idealidad del sujeto de derecho liberal, punto donde la Teoría Crítica hace radicar el inicio de la renuncia –y que Foucault, desde una perspectiva diversa, se encargará también de desmenuzar–. La defensa del sujeto de derecho liberal (de raigambre burguesa), con toda su carga ideológica y metafísica –aunque se trate de una «metafísica secular»– es, evidentemente, un postulado extraño a la Teoría Crítica. La reificación del sujeto planteada por la crítica cultural aparece ahora transmutada en una disolución del sujeto jurídico-penal liberal.

d) El «derecho de intervención» como alternativa

En el plano de las alternativas, la actitud –al menos de algunos– de los penalistas de Frankfurt no pasa por una mera defensa de un derecho penal liberal mínimo que se desentienda sin más de las demandas de satisfacción securitaria que ellos mismo han diagnosticado. La propuesta consiste en articular esas intervenciones coactivas flexibilizadas, de tipo preventivo y «sistémico», fuera de los límites de lo estrictamente penal. Se trataría, con distintas variantes según los autores, de crear un «derecho de intervención» en un terreno intermedio entre el derecho penal y el administrativo sancionador, que permitiera una asunción de la lógica de gestión de riesgos

complementando a la herramienta penal, aunque prescindiendo de la pena privativa de libertad[90].

No profundizaremos en la hipótesis de este derecho de intervención «híbrido», pero el argumento resulta de interés para comprender cómo esa lógica de gestión de riesgos ha penetrado en el derecho administrativo de policía, de cuya experiencia pretendería nutrirse aquel hipotético derecho de intervención, configurado ya como una auténtica tecnología social punitiva. Si en el seno de la sociedad del riesgo «el derecho policial preventivo se rearma anticipando la defensa policial del peligro»[91], el derecho de intervención pretendería asumir plenamente esa lógica tratando de evitar la contaminación, en todo caso, del núcleo original de un derecho penal liberal entendido como modelo legítimo. Esta respuesta encaminada a crear cotos delimitados donde puedan proliferar lógicas jurídicas «anómalas» –donde la instrumentalidad de la gestión de riesgos pueda operar a pleno rendimiento sin problemas de legitimidad– es similar en cuanto estructura al proyecto de Jakobs en torno a un derecho penal del enemigo: un derecho que asuma abiertamente la lógica funcionalista del juego de las expectativas.

Como apuntábamos, la idea de un derecho de intervención es imaginable solo fundándose en las transformaciones operativas que la actividad administrativa de policía ha venido experimentando ya en clave de gestión de riesgos. El derecho administrativo ha incorporado estas lógicas –se ha «racionalizado»– de forma más intensa y explícita que el aparato penal, dirección coincidente con algunos de los síntomas apreciados en la esfera penal. Albrecht alude a un «derecho penal regulatorio», queriendo identificar en apariencia las transformaciones en la esfera penal con las dinámicas regulativas experimentadas especialmente en el derecho administrativo en el último tramo del siglo XX[92]. Pese a la polisemia, o más bien la ambigüedad, del término «derecho regulativo», la equiparación planteada por Albrecht no parece demasiado plausible. Resulta razonable entender que la intervención jurídica regulativa supone un estado subsiguiente superador del derecho intervencionista característico del Estado Social, donde el poder público renuncia a «construir» directivamente la sociedad según criterios propios (políticos) y postula en cambio una

[90] La expresión es de Hassemer (1999, p. 72).

[91] Albrecth (2000, p. 471).

[92] Albrecth (2000, p. 487).

rearticulación entre lo público y lo privado, donde las lógicas tradicionales de ambas esferas se disuelven y generan nuevas pautas de normación[93].

La expansión del derecho penal y el derecho penal del riesgo, según los autores frankfurtianos, se explicaría más como incorporación tardía al aparato jurídico-penal de un derecho social intervencionista, que como asunción de lógicas regulativas postintervencionistas.

Ahora bien, más allá de la discusión en torno al derecho regulativo, lo cierto es que, como decíamos, en la esfera del derecho administrativo de policía se aprecian derivaciones hacia la gestión de riesgos, similares a las del expansionismo penal, aunque más decididas y precipitadas. Para comprender estos distintos ritmos de incorporación del riesgo, es de considerar que la actividad de policía administrativa ha girado en torno a la idea de peligro desde su propio origen, y en sintonía con ello más con relación al orden público que al sujeto. No obstante, se trataba tradicionalmente de peligros bien identificados y sobre cuya ilicitud no cabía duda, y respecto de los cuales la acción de policía podía aspirar a su plena contención o erradicación, restaurando con ello el orden público[94]. Conforme a esta descripción, tales peligros podrían ser calificados como «estáticos». Esteve Pardo ha detectado sin embargo una traslación desde la lógica tradicional de la policía administrativa hacia una racionalidad de gestión de riesgos. En esta nueva clave, y según el ingrediente de colateralidad del riesgo ya apuntado por Beck, la actuación pública de control no puede aspirar a su erradicación ni

[93] Porras Nadales (2002). Identifica como rasgos de este derecho regulativo, entre otros: su ductilidad, en el sentido de la superación de las tradicionalmente rígidas fronteras entre lo público y lo privado; su horizontalidad y carácter condicional, permitiendo la articulación con lógicas autorreguladoras; y su vocación generadora de marcos para el ejercicio de derechos, más que directiva (*ibidem*, pp. 67-70). Si bien esta descripción resulta clarificadora, no compartimos sin embargo la explicación filosófico-política que el autor asocia al fenómeno. Según su criterio, el derecho regulativo responde a un modo de racionalidad político-jurídica que no se adecúa ni a la propia del modelo social-intervencionista ni a la «desreguladora» imputada al neoliberalismo. En nuestra opinión la emergencia del derecho regulativo responde con claridad a la lógica del neoliberalismo, aunque no en su versión desreguladora de influencia anglosajona, sino conforme al planteamiento *ordoliberal* alemán, mucho más decisivo en la generación de nuevas gubernamentalidades, y que no es desregulador, sino proactivo. En esta clave, el Estado asume la tarea de articular activamente el mercado como espacio de ejercicio de la libre competencia. Las dinámicas regulativas, en tanto que nuevas articulaciones público-privado, pueden leerse nítidamente desde esta perspectiva. Una propuesta clara de los postulados ordoliberales puede encontrarse en Röpke (2010). Por otro lado, también Teubner y Willke parecen manejar un concepto de «derecho regulativo» en sentido postintervencionista, ante los límites de la *societal guidance* propia del *welfare* (Teubner 1988, pp. 8-10; Willke 1988). Se habla incluso de un «derecho postregulativo» para denotar la fragmentación, extrema volatilidad y radical carácter performativo de la actuación normativa en ciertos sectores, como el laboral (Pérez González 2018, pp. 131 y ss).

[94] Esteve Pardo (2003, pp. 328-330).

a un restablecimiento pleno del orden público. El riesgo cero es una idea absurda, en la medida en que el sistema funciona cuantificando el nivel de riesgo permitido. Siendo precisos, en entornos de riesgo el orden público no puede ser restablecido porque ni tan siquiera existe como tal, al menos con el contenido que la modernidad jurídica asoció a esta idea. Es más, como se ha diagnosticado también en la esfera penal, el problema requiere señalar los riesgos no permitidos, al ser a menudo producto o efecto de actividades socialmente aceptadas.

En esa nueva tesitura, la actividad de policía administrativa asume fórmulas que pueden reconducirse sin dificultad al fenómeno del derecho regulativo: instrumentos convencionales, traslado a los particulares de funciones públicas de control y prácticas de autorregulación[95]. Sin embargo, no parece claro que estas mutaciones regulativas sean asumidas en la propuesta de un derecho de intervención por parte de los penalistas de Frankfurt, que parecen pensar, más precisamente, en un intervencionismo punitivo adecuado a las exigencias de un «Estado social preventivo», y no tanto en un «Estado social postintervencionista» como el que vehicula un derecho regulativo.

[95] *Ibidem*, pp. 342-345.

2.2 La hipótesis funcionalista de Luhmann

Al margen del exitoso relato de Beck, la propuesta de Luhmann incorpora otra sociología del riesgo influyente y con amplias resonancias en el terreno jurídico-punitivo. Se ha señalado también cómo, incluso, ha habido algún intento de vincular la crítica hacia la expansión penal con la comprensión luhmanniana del riesgo y la operatividad sistémica del aparato jurídico-penal, como si tal fenómeno dibujase una especie de funcionalización sobrevenida de dicho aparato[96], pese a las dificultades a las que se enfrenta tal lectura. Las derivaciones penales más consistentes de la perspectiva funcionalista, aunque tampoco exentas de ambigüedad, se han producido por vías epistemológicas distintas que, en todo caso, nos aproximan mucho más al núcleo de problemas que aquí nos interesa abordar. La actuarialización del sistema penal –su orientación hacia la gestión objetiva de riesgos– resulta más plausible en una comprensión funcionalista-sistémica del derecho penal, e incluso razonable desde el interior de esa epistemología de lo social y lo jurídico, como evidencia al menos de forma latente el planteamiento normativista de Jakobs.

En este epígrafe pretendemos exponer una interpretación en clave de gestión de riesgos de las implicaciones del marco teórico funcionalista para el gobierno de la conducta y el derecho punitivo, en tres pasos. Inmediatamente ubicaremos el proyecto luhmanniano en los itinerarios de la pregunta weberiana sobre la racionalidad, guía propedéutica de la que hacemos uso en esta primera parte del trabajo para esclarecer las diversas aproximaciones al par racionalidad-riesgo. En el apartado siguiente argumentaremos nuestra comprensión del papel (central) que el riesgo juega en la teoría sistémica de Luhmann, para lo cual será imprescindible aclarar algunos conceptos de su edificio intelectual. Por último, en el tercer apartado del epígrafe, haremos aterrizar los planteamientos luhmannianos en el terreno del derecho penal y en general del gobierno de la conducta, sirviéndonos en parte de la –no obstante heterodoxa– relectura de Luhmann ofrecida por Jakobs.

[96] Prittwitz (2003).

2.2.1 Complejidad sistémica y sujeto

Respecto al primer asunto apuntado, no cabe duda de que el interés de Luhmann se dirige al problema de la racionalización y, más específicamente, a la relación entre racionalización y complejidad. Su objeto de atención son los procesos de racionalización que permiten reducir la complejidad (no estructurada) para, de vuelta, producir mayor complejidad (estructurada) en el orden social[97]. Aun siendo reconocible la cuestión weberiana sobre la racionalización de los entornos sociales, su respuesta pretende explícitamente escapar del campo de visión en el que el propio Weber formula su respuesta, y también en el que lo han hecho sus derivaciones «críticas». En nuestra comprensión de una filosofía crítica, la teoría de sistemas de Luhmann no puede calificarse como tal, en la medida en que su comprensión de la racionalización no se inquieta por el problema del «exceso de poder» vinculado a los modos de racionalidad y relega la cuestión del sujeto esquivando, de hecho, el problema de la jaula de hierro weberiana.

Esa relegación del problema del sujeto es consecuencia de una corrección aún más sustancial que Luhmann proyecta sobre Weber, en torno a la noción de acción. El eje de la comprensión luhmanniana de la realidad social no es ya la acción de cualquier tipo, sino la *comunicación* que se produce dentro del sistema social. La comunicación tampoco es equivalente a *acción comunicativa*, es decir, la comunicación sistémica no es simplemente un tipo más de acción[98]. Aunque el proceso comunicativo incluya la acción de comunicar, supone necesariamente otras diferenciaciones y selecciones referidas al código con el que opera el correspondiente sistema, y que no pueden reducirse a la idea de «acción de comunicar». Lo relevante para comprender el concepto luhmanniano de racionalización es que no es el individuo como actor quien comunica y es dueño de la acción (de comunicar), sino que el actor (concretamente como sistema psíquico) es *irritado* (afectado) en el suceso comunicativo que tiene lugar en la sintaxis admitida por un determinado subsistema social. Los actores existen como

[97] La cuestión fue sintetizada por Ashby en su *Introducción a la cibernética*, al explicar las relaciones entre el sistema y su entorno: «solo la variedad puede destruir la variedad». Es decir, la complejidad del entorno solo puede absorberse, siempre de manera limitada, mediante la ganancia de complejidad en el interior del sistema (Ashby 1956, pp. 206-207).

[98] Luhmann (1998a, p. 161).

puntos de imputación en la comunicación[99], que es producida conforme al sentido del sistema y dentro de sus límites operacionales, y no según la intención del actor o su interés. Comunicación y racionalización se ven entrelazadas porque el suceso comunicativo solo puede ocurrir de acuerdo y dentro de la racionalidad binaria y clausurada de un determinado sistema.

Nótese la distancia con cualquier concepto clásico de acción de inspiración weberiana –en tanto acción portadora de racionalidad–, que pasa por asumir al actor como conciencia que actúa socialmente con sentido –sustantivo o instrumental, objetivo o subjetivo–. Para Luhmann, Weber incurre en el prejuicio «sustancial u ontológico» de dar por hecho la unidad de la acción vinculándola a la intención del sujeto[100], y donde el sentido deriva de una representación intencional que tiene lugar en la mente de los individuos, que guían precisamente sus acciones según ciertas pautas de su conciencia. Esa premisa queda tajantemente negada en la clave de los sistemas autopoiéticos, donde el sentido es la selección de operaciones practicada por el sistema considerando su entorno[101].

Podría parecer que la tesis de Luhmann postula una relectura más de la jaula de hierro weberiana, en el sentido de la cristalización de formas de racionalidad en el entorno social que a la postre arman la acción del individuo, que condicionan su actuar orientando su sentido precisamente hacia aquellas formas de racionalidad disponibles. Sin embargo, la propuesta de Luhmann es mucho más llamativa: en realidad, el individuo ni siquiera se encuentra dentro de la «jaula sistémica». Según la famosa sentencia de Luhmann el ser humano en realidad no forma parte del sistema social, sino de su entorno[102]. Esta sentencia es perfectamente consistente con la lógica de los sistemas autopoiéticos, pero es un argumento evidentemente contraintuitivo y que, a todas luces, saca la respuesta luhmanniana de la trayectoria de lo que aquí entendemos por una filosofía crítica.

Esa tesis de la racionalización tiene obviamente consecuencias sobre la comprensión del sujeto, que es para Luhmann un concepto nebuloso que emerge en la

[99] Nassehi (2005, p. 32).

[100] Luhmann (1998a, p. 171).

[101] Prieto Navarro (2001, p. 333).

[102] Luhmann (1998a, p. 15).

modernidad como narrativa del hombre bajo nuevas circunstancia, como solución producida por la conciencia al problema de la complejidad: como solución a la cesura entre multiplicidad y unidad provocada por la fragmentación sistémica de la sociedad moderna[103], precisamente cuando la unidad no puede ser narrada en otras claves. El sujeto sería tan solo una solución de la conciencia –el sujeto *es* la conciencia[104]– a la paradoja de la unidad de la multiplicidad, en un contexto donde la autocomprensión se vuelve incierta. El sujeto es fruto de la autoobservación de los sistemas psíquicos y a su vez es el protagonista de una «semántica societal», conforme a la cual la sociedad moderna deposita en él «todas las oscuridades e inseguridades», poniéndolo «como base de sí mismo y de todo lo demás», sustrayendo «su libertad de todas las causas empíricas» y convirtiéndolo en «un cheque en blanco contra la sociedad»: «el sujeto es, en estricto sentido y paradójico sentido, la 'utopía' de la sociedad, el lugar que no se encuentra en ningún sitio»[105]. Luhmann arriba a un antihumanismo que, sin embargo, tiene tintes bien distintos que el esgrimido por la Teoría Crítica o por el postestructuralismo de Foucault[106]. En todo caso, lo cierto es que la de Luhmann se aproxima por momentos más a una filosofía del acontecimiento que a una filosofía del sujeto [107] . Pretende repensar socialmente al ser humano, aunque lo haga, paradójicamente, situándolo al margen del sistema social. Lo cual en su perspectiva no supone «perder al hombre como entorno del sistema», sino cambiar su posición jerárquica tradicional[108], y no en menor medida preservarlo frente a la operatividad de los sistemas sociales.

Más que valorar esta reubicación funcionalista del sujeto, nos interesará alumbrar las dificultades que plantea para explicar los procesos de subjetivación y, por lo tanto, exponer una teoría consistente del gobierno de la conducta –dificultad que no en vano

[103] Luhmann (1998a, pp. 50-51).

[104] Luhmann (2009, p. 67).

[105] Luhmann (1998b, pp. 221-222).

[106] Luhmann (1998a, pp. 199-201).

[107] Todo lo que acontece en el sistema son acontecimientos, tiene un carácter efímero e inestable que repele la solidez ontológica con la que la filosofía occidental ha pensado tradicionalmente al sujeto. Luhmann no piensa la acción como emanación de un sujeto-actor, sino precisamente en su cualidad de acontecimiento –en su problemática existencia temporal como suceso instantáneo en el operar de un sistema–: «no es el sujeto, sino el tiempo diluido en los acontecimientos, lo que da a la acción su individualidad» (Luhmann 1998a, pp. 263-264).

[108] Luhmann (1998a, p. 15).

se filtra en los postulados dogmáticos de Jakobs en torno a la prevención como función de la pena–. No obstante, esa relegación del problema de la subjetividad que mana de la lógica sistémica funcionalista, esa explicación de la racionalización que bordea conscientemente la cuestión del sujeto, parece guardar un paralelismo con la propia problematización del sujeto vinculada a las transformaciones del control social influidas por la lógica del riesgo que, no en vano, eluden también la preocupación tradicional del control social por la subjetivación, es decir, por la interiorización de estándares normativos de conducta.

Los dos siguientes apartados se dirigen a evaluar esta posibilidad interpretativa de la racionalidad sistémica partiendo, en primer lugar, del sentido que el riesgo adquiere en la teoría luhmanniana sobre los sistemas autopoiéticos.

2.2.2 Riesgo y sistemas sociales

En esta comprensión de la racionalidad carece de sentido tildar al riesgo de instrumento portador de racionalidad formal. No porque no cumpla con sus presupuestos, sino por imposibilidad de confrontar esa formalidad con otras versiones «no formales»: el riesgo reproduce un modo de racionalidad tan formal como cualquier otro suceso de los sistemas autopoiéticos. Al igual que el resto de elementos y procesos sistémicos, su meta es pura autorreferencia. Pretende contribuir a la reproducción de la operatividad del sistema como entidad delimitada frente a su entorno. No obstante, hay un aspecto relevante en el que Luhmann confluye con otras teorizaciones del riesgo, al presentarlo como una invención típicamente «moderna», lo que, en su clave, significa reconocerle un lugar central en los procesos autopoiéticos.

a) La seguridad en los sistemas autopoiéticos

En clave luhmanniana, modernización implica racionalización y esta significa, estrictamente, diferenciación funcional: construcción reflexiva y recursiva de sistemas que fragmentan la sociedad como entornos cerrados operativamente en sí mismos, y que utilizan códigos de procesamiento diferenciados[109]. La racionalización que plantea

[109] La diferenciación funcional de sistemas y subsistemas sería el rasgo característico de la sociedad moderna, frente a otras formas de diferenciación pretéritas como la segmentación–que diferencia

Luhmann como rasgo característico de la sociedad moderna puede concebirse como un proceso de complejización «uniformemente fragmentado»[110]. Cada sistema y subsistema se genera enlazando operaciones propias, unas sobre otras, en una especie de torbellino autorreferente, que acaba condensándose en una estructura diferenciada de su entorno y los sistemas que en él se ubican[111]. Cada sistema procesa la realidad de acuerdo con su propio código binario –en el caso del sistema jurídico, «conforme a derecho/no conforme a derecho»– y utiliza por lo tanto una forma de racionalidad propia, un conocimiento específico. Para Luhmann existirán tantos conocimientos como sistemas[112], y este encapsulamiento cognitivo es el aspecto más discutible desde una comprensión foucaultiana de las relaciones poder-saber[113]. En todo caso, interesa ahora advertir cómo, pese a esa fragmentación sistémica, el proceso de racionalización es para Luhmann uniforme. Pese a la diversidad de códigos y saberes, cada sistema despliega experiencias estructural y funcionalmente idénticas que se unifican en la idea de autopoiesis. De ahí que podamos hablar de una racionalización «uniformemente fragmentada».

No todo sistema es autopoiético, pero sí lo son el sistema social y sus subsistemas, y el sistema psíquico y orgánico del ser humano[114]. La orientación autopoiética dota a los sistemas de una radical operatividad, pues los de este tipo son siempre sistemas ateleológicos[115]. Su único fin es autorreferente, y consiste en la continuidad recursiva de sus operaciones, es decir, mantener vigentes los límites del sistema y su diferenciación respecto al entorno, preservando la separación entre

---

a la sociedad en subsistemas iguales– y la estratificación –que diferencia a la sociedad en subsistemas desiguales– (Luhmann 1998b, p. 76).

[110] No insistiremos aquí en las características y amplias consecuencias de esta comprensión de la modernización sostenida por Luhmann. Para un mayor detalle véase Luhmann (1998b, pp. 140 y ss.).

[111] Así, toda operar del sistema produce diferencia: «la continuación de las operaciones del sistema es la reproducción de sí mismo y, a la vez, la reproducción de la diferencia entre el sistema y el entorno» (Luhmann 1998a, p. 14).

[112] García Amado (2003, p. 152).

[113] También, obviamente, es un punto decisivo del conflicto de Luhmann con Habermas: en clave sistémica-funcionalista no hay posibilidad de una «racionalidad comunicativa» ajena a la autopoiesis de los sistemas. Toda racionalidad es comunicativa, pero en el sentido de que toda comunicación se desenvuelve de acuerdo con la racionalidad de un determinado sistema.

[114] Luhmann (1998a, p. 27).

[115] Luhmann (1992, p. 122).

relaciones internas y con el exterior[116]. La distinción entre sistema y entorno –que opera como correlato negativo del propio sistema[117]– es un punto crucial de esta descripción y, a su vez, el aspecto más problemático[118]. Que los sistemas existan operativamente cerrados frente al entorno excluye que pueda existir comunicación entre ambas instancias. Si toda comunicación se codifica conforme a un sistema, no puede haber procesos comunicativos con el entorno, ni con el resto de sistemas. Sin embargo, evidentemente, Luhmann no niega que existan influencias entre sistema y entorno. El problema es cómo explicar esas vinculaciones, considerando que no puede tratarse de relaciones de comunicación. Esta pregunta es relevante para nuestra interrogación hacia las formas jurídicas, en la medida en que hemos partido de una problematización del riesgo como la irrupción en el terreno jurídico-penal de modos de procesamiento de la conducta que escapan a los rudimentos clásicos del derecho.

La respuesta de Luhmann a este dilema es múltiple y no exenta de creatividad teórica, en la medida en que se trata de explicar influencias que excluyen de suyo una mera determinación entre unos sistemas y otros, idea absurda en términos autopoiéticos. Así, básicamente, para Luhmann los sistemas pueden experimentar entre sí «acoplamientos estructurales»[119], que a su vez proporcionan «penetraciones», «interpenetraciones» e «irritaciones»[120]. Se trata de ensamblajes operativos que, al menos en el último Luhmann, admiten de forma un tanto inconsistente que dos sistemas

[116] Esa espiral autorreferente y autopoiética lleva a Luhmann a comprender la diferenciación funcional y su reproducción como un estadio irreversible de la sociedad moderna. Esta se encuentra «remitida a sí misma casi sin escapatoria» (Luhmann 1997, p. 41).

[117] Luhmann (1998a, p. 176).

[118] La conformación de los sistemas, sus procesos evolutivos, el concepto mismo de autopoiesis… pasan por la evidencia de que el sistema no es su entorno y que lo que está en el entorno es ajeno al sistema. El carácter constitutivamente cerrado de los sistemas frente a su entorno es precisamente una de las claves añadidas por Luhmann a la Teoría General de Sistemas.

[119] Según lo cual un sistema supone determinadas características de su entorno, confiando estructuralmente en su operar en que ciertos sucesos acontecerán en dicho entorno (Luhmann 2002, pp. 507-509).

[120] Mediante la penetración un sistema pone a disposición su propia complejidad para el operar de otro sistema. Es decir, un sistema autopoiético presupone las realizaciones complejas de la autopoiesis de otro sistema, y puede tratarlas como una parte del propio sistema. En el caso de la interpenetración, este suceso tiene lugar de forma recíproca entre dos sistema (Luhmann 1998a, pp. 201-202). La irritación, en cambio, supone que un sistema autopoiético percibe en su propia pantalla perturbaciones, ambigüedades, decepciones, desviaciones e inconsistencias, y lo hace de tal forma que sin embargo puede seguir operando (Luhmann 1998b, p. 242).

puedan compartir de algún modo operaciones –y, por lo tanto, cierta comunicación–[121]; y, en la versión que Luhmann dedica más detalladamente a explicar la atención del sistema del derecho hacia su entorno, la distinción entre «autorreferencia» y «heterorreferencia»[122].

Pero ¿cuáles serían los mecanismos que inducen el funcionamiento ambientalmente adaptado de los sistemas autopoiéticos? Una comprensión general en términos sistémicos del fenómeno expansivo del derecho penal, denunciado por los autores frankfurtianos, pasaría por explicar algún tipo de influencia del entorno «social» sobre el subsistema jurídico-penal, en el que este estaría viendo irritada su operatividad de codificación binaria por acontecimientos externos –ciertas interpretaciones políticas o sociológicas–, que se traduciría en un aumento de complejidad en el interior: un incremento del número de relaciones posibles entre los elementos del sistema, al incorporar nuevos bienes jurídicos antes irrelevantes para el sistema[123]. Ese fenómeno no podría ser sino réplicas del sistema a irritaciones extrañas a su modo de codificación y de generación de expectativas[124]. El derecho penal del riesgo sería, en esta clave, una respuesta evolutiva de incremento de la complejidad, en función del modo en que el sistema gestiona expectativas.

No obstante, nótese que esta explicación escapa al argumento general de una «funcionalización» repentina del derecho penal. La irritación sistémica aporta una explicación general (estructural) al fenómeno de la transformación jurídico-penal, pero

---

[121] Señala Luhmann que esta clase de acoplamientos «condensan y actualizan las irritaciones recíprocas y de esta manera permiten una adquisición más rápida y mejor coordinada de las informaciones en los sistemas participantes» (Luhmann 2006, p. 625). Compartimos con Prieto Navarro (2003, pp. 303-304) la anomalía que este argumento introduce en el discurso luhmanniano, en la medida en que supone agrietar la clausura autopoiética. Sin embargo, hay que advertir que no se trata de una novedad introducida en la última obra de Luhmann como sostiene aquel, sino que puede rastrarse ya, al menos, en su monografía sobre el sistema jurídico (Luhmann 2002, pp. 507-509).

[122] Esta diferencia está relacionada con el tipo de expectativas que maneja el sistema y que, como veremos enseguida, configuran para Luhmann el derecho como un subsistema social «normativamente clausurado» pero, al tiempo, «cognitivamente abierto» (Luhmann 2002, pp. 133 y ss.). El par autorreferencia/heterorreferencia es una cuestión de observación por parte del sistema: observación de sus propias operaciones u observación de las operaciones que acontecen en el entorno (Luhmann 1997, p. 73).

[123] Sobre la idea de complejidad como incremento del número de relaciones entre los elementos del sistema, véase Luhmann (1998b, p. 26).

[124] De hecho, la idea de *irritación* del sistema parece adecuarse bastante bien al diagnóstico pretendido por los penalistas de la Escuela de Frankfurt, más allá de la ironía que puede sugerir la expresión, considerando sus airadas críticas al fenómeno expansivo.

no ayuda demasiado a una interpretación de los cambios. Esa explicación en detalle, incluso de los vericuetos dogmáticos, es más plausible en términos de autorreferencia y heterorreferencia. No obstante, la rigidez de la clausura sistémica de Luhmann acaba por introducir más dificultades que facilidades para explicar la hibridación del concepto de riesgo.

Este es uno de los nudos que Teubner ha tenido que descifrar para ofrecer una relectura de los postulados de Luhmann fértil en el terreno jurídico. Si uno se mantiene fiel a la concepción sistémica, operativamente clausurada, «¿cómo concebir que la clausura radical de las operaciones jurídicas signifique también su apertura radical respecto a hechos sociales, demandas políticas y necesidades humanas?[125]; ¿cómo explicar, por ejemplo, la existencia de un «derecho regulativo» que, según Teubner, es propiamente un derecho teleológicamente orientado y fuertemente dependiente del auxilio de las ciencias sociales? [126] La solución de Teubner de un «derecho reflexivo» trata de responder la pregunta introduciendo otra nueva: su consistencia con el punto de partida que afirma la existencia de sistemas autopoiéticos[127]. Como puede comprobarse,

[125] Teubner (1993, p. 65). Responde a través de la operativa de dos mecanismos distintos: información e interferencia. Generando conocimiento *dentro* del sistema, el derecho produce una «realidad legal autónoma» (orientación de su praxis sin contacto efectivo con el mundo exterior). Pero el derecho estaría conectado a sus entornos sociales a través de mecanismos de interferencia que operan entre sistemas. «El 'acoplamiento' del sistema jurídico con su entrono real y las restricciones recíprocas que emergen de ello son el resultado de la superposición de eventos, estructuras, y procesos dentro y fuera del derecho». El concepto de interferencia quiere corregir los déficits de la interpenetración, que no admite contacto directo entre sistemas, pues sus elementos son ajenos entre sí. Con la interferencia, en cambio, «el contacto directo es posible, ya que los elementos son esencialmente similares». Lo explica a través de varias formas de interferencia posibles entre sistema jurídico y entorno, que rescata en parte de observaciones de Luhmann: interferencias de eventos (a partir de la presencia simultánea de dichos eventos en varios sistemas); estructurales (identificación del punto en el que las expectativas sociales generales *interseccionan* las expectativas del derecho, y asunción jurídica de construcciones sociales de la realidad); e interferencia de roles (pertenencia superpuesta de personas a varios sistemas) (*ibidem*, pp. 89-90).

[126] Teubner (1987).

[127] En Teubner, el derecho reflexivo se vincula al declive del modelo regulativo «sustantivo» propio del *welfare*, acogiendo una lógica más «formal». Trata de estructurar y reestructurar otros sistemas sociales semi-autónomos, modelando sus procedimientos internos y sus formas de coordinación con otros sistemas, con énfasis en las normas procedimentales que regulan los procesos, la organización y la distribución de derechos y competencias (Teubner 1983, pp. 251-257). Estos planos de la realidad del derecho difícilmente pueden resolverse en los términos de un acoplamiento estructural entre sistemas (jurídico, político y de aquel subsistema social específico en que se quiera incidir). La inversión fundamental respecto a Luhmann se opera en el concepto de «reflexión», que para Teubner no es ya la capacidad del sistema autopoiético para determinar su identidad frente a los otros, sino al contrario su aptitud para percibir relaciones de interdependencia en el entorno que incluyen al propio sistema que observa. El derecho reflexivo sintoniza con la capacidad del sistema jurídico para incorporar esa habilidad de observación, y así lograr influir válidamente en el operar de los otros sistemas: realizar su propia

la idea de reflexividad, a la que conduce la discusión con Teubner, es un punto de confluencia de las diversas teorizaciones del riesgo, si bien el concepto adquiere perfiles distintos en función del marco teórico de referencia respectivo.

En lo que ahora nos interesa, esta inquietud sobre la diferenciación/coordinación sistémica matiza la sobrevaloración de la idea de orden que suele achacarse a Luhmann. El orden es, sin duda, una preocupación clave del autor, pero no lo concibe como dato supuesto o automáticamente deducido de la continuidad recursiva «ciega» de los sistemas. Para nosotros, su interés teórico radica precisamente en lo contrario, en la centralidad del problema del orden en una sociedad sistémicamente fragmentada. El propio Luhmann se ha esforzado en describir el despliegue de los sistemas como una «danza precaria»[128], y buena parte de su tarea trata de resolver la duda de cómo los sistemas pueden confiar en su autopoiesis. Es decir, cómo puede generarse *seguridad*, teniendo en cuenta que los sistemas más complejos se reproducen sobre la pura contingencia. En este sentido, la teoría de Luhmann parece funcionar sobre la sorpresa que genera la existencia fugaz del orden, lo cual no impide, o quizá justifica, que sus páginas se tiñan de una cierta exaltación del orden y la estabilidad, y de los mecanismos de reducción de inseguridad.

b) La estabilización de expectativas

La seguridad, como problema sistémico, tiene una dimensión temporal, en la que se ubica específicamente el riesgo. En la medida en que los sistemas se componen de estructuras y procesos, se proyectan sobre un tiempo determinado: los procesos son acontecimientos selectivos –selecciones binarias– que se desarrollan apoyándose en selecciones previas[129]. Teniendo en cuenta que el tiempo es sincrónico, introduce un problema temporal en cada uno de ellos: disponer de un tiempo limitado para realizar las propias selecciones. Frente a otras maneras más rudimentarias de ganar tiempo[130],

orientación reflexiva al establecer los presupuestos estructurales para la reflexión en otros sistemas sociales. *Vid.* Prieto Navarro (2003).

[128] Luhmann (1995, p. 8).

[129] Para la explicación que sigue puede leerse a mayor abundamiento Luhmann (1998a, pp. 65 y ss.; 1992, pp. 77 y ss.).

[130] Luhmann habla, por ejemplo, de las estructuras capaces de guardar experiencias exitosas para su reutilización en selecciones semejantes posteriores ante peligros u oportunidades (como la memoria), y de la velocidad, que supone una aceleración de los procesos sistémicos frente a los procesos del entorno

los sistemas más complejos que incorporan sentido, como son los sistemas psíquicos y los sociales, desarrollaron una cierta capacidad de anticipación, es decir, de actualizar lo no presente, como recurso para realizar sus selecciones binarias de forma fiable. De este modo, los sistemas complejos desarrollan una narrativa del tiempo, una determinada manera de distinguir el pasado y el futuro orientada a su anticipación. Si bien algunos mecanismos de este tipo pueden ser más o menos rudimentarios, la aceleración de la modernidad ha fletado mecanismos más sofisticados. Los sistemas autopoiéticos se ven abocaos así a una «temporalización de la propia complejidad»[131], como respuesta a la inestabilidad máxima de los sistemas altamente complejos.

La vertiente temporal de la complejidad significa la vinculación de los elementos del sistema a magnitudes de duración de la acción a corto plazo. La autorreferencia y la autopoiesis se producen entonces sobre elementos y procesos fugaces. La estabilidad del sistema depende de la inestabilidad que él mismo genera, desprovisto de asideros de ningún tipo. Un sistema puede verse, así, como un *clúster* de conexiones de acontecimientos que de algún modo se autoafirma. Es fácil deducir la naturaleza del problema securitario que implica la reproducción del sistema, si dicho fin es el único objeto de los sistemas autopoiéticos[132].

Los sistemas con complejidad temporalizada afrontan este problema de un modo que tiene relevancia al conceptuar el riesgo en clave sistémica. La dimensión de acontecimiento evenemencial de todo lo que el sistema contiene, hace que deba tornarse, de forma irremediable, sensible a su entorno. En esto consiste la apertura cognitiva del derecho, la heterorreferencia en sus operaciones.

En todo caso, no debe olvidarse que, si el acontecer sistémico es una realidad comunicativa, para Luhmann el problema de la seguridad solo puede resolverse en un sentido también comunicativo. No solo la seguridad, sino incluso el tiempo como realidad intrasistémica, carecen de entidad propia al margen de la observación y

---

que resulten relevantes, de modo que se «gane tiempo» para «hacer más cosas» (simular, experimentar…).

[131] Luhmann (1998a, pp. 66-67).

[132] Dice Luhmann que «el sistema no solo se agita, lo hace también a causa de su agitación. Posiblemente, la agitación causada por la agitación aumente la agitación». El caso extremo de inestabilidad está constituido por los sistemas entrópicos, aquellos en los que una información sobre un elemento no permite sacar conclusión alguna acerca de otros. En estas condiciones, en los procesos de sustitución autopoiética «cualquier elemento de posible sucesión tiene la misma probabilidad».

descripción del sistema: dependen del desarrollo de formas semánticas adecuadas al problema[133]. Los sistemas proyectan a la dimensión temporal su comunicación mediante expectativas. Por lo tanto, el problema securitario de la reproducción se trata sistémicamente en modo de estabilización temporal de expectativas[134]. Una expectativa es una limitación de las posibilidades admisibles, que permite identificar selectivamente acontecimientos conformes a la expectativa o discrepantes que, así, quedan reducidos a esta condición. El sistema puede enfrentarse al tiempo mediante la enunciación de expectativas que escapan a la inestabilidad del acontecimiento generando estructuras, que para Luhmann son propiamente estructuras de expectativas, pero no acontecimientos[135]. Se trata de una estrategia de «fijación temporal», un intento de otorgar a los acontecimientos un valor estructural, que permita esquivar su carácter efímero por medio de su repetición[136]. En clave luhmanniana, seguridad significa redundancia. De este modo, las expectativas diseñan el horizonte temporal del sistema, estimando a partir de ella los futuros y los pasados y, con ello, el problema general –e inabarcable– de la estabilidad reproductiva se torna específico: la seguridad de las expectativas[137].

Tanto el derecho como el riesgo son tratados por Luhmann en relación directa con el problema de la estabilización de las expectativas, y ambos se ubican en los polos contrarios del par seguridad/inseguridad. Mientras el derecho existe como garante de las expectativas normativas –un tipo de expectativa de carácter contrafáctico–, el riesgo prolifera del lado de la inseguridad, permitiendo su reducción, pero no su eliminación.

Luhmann otorga al riesgo un papel central, como ingrediente intrínseco de la diferenciación funcional. Dentro del problema temporal que aquejan los sistemas complejos, el riesgo se revela como el modo de tematizar el tiempo sistémico: «[l]a

---

[133] Luhmann (1992, p. 77).

[134] Como advierte Schulz (2000, pp. 450-52), la distancia entre Luhmann y Habermas se hace patente. El problema comunicativo no es aquí una cuestión de consenso y sustantividad, sino que se traslada decididamente a un plano temporal y formal como pura estabilización y, con ello, a un plano securitario. Nótese que, en el sistema jurídico, esto hace que el aseguramiento de expectativas no venga garantizado por la producción legislativa, como se deduce de Habermas, sino sobre todo por el funcionamiento de la justicia.

[135] Luhmann (1998a, pp. 268-269).

[136] Luhmann (1992, p. 96).

[137] Luhmann (1998a, pp. 281-283).

sociedad moderna representa el futuro como riesgo»[138]. La ruptura de la modernidad radicaliza el problema del orden reconvirtiéndolo en una cuestión técnica de seguridad (estabilidad) y riesgos. La naturaleza de los sistemas excluye el recurso a la metafísica, por lo que resulta comprensible que la preocupación por la inestabilidad autopoiética se conciba temporal: el tiempo reflexivo. La distinción pasado/futuro se torna esencial, incrementa la inseguridad, aunque de un modo particular, al ser una inseguridad técnicamente reductible. Pero pasado y futuro no son instancias igualmente accesibles desde el presente. El pasado está disponible como estadio acontecido, como presentes pasados que pueden ser rememorados en el presente. Sin embargo, el futuro –los presentes futuros– no son accesibles cual destino dictado por Dios. Este horizonte de futuros inseguros y de acontecer en el tiempo hace que el riesgo emerja reclamando decisiones racionales, es decir, sistémicamente coherentes frente a posibles resultados futuros. El riesgo despliega así una paradoja: apela a la racionalidad, al tiempo que disuade de su esperanza, «en la medida en que se reconoce que no se tiene el tiempo suficiente para conseguir la información necesaria» para una decisión fiable[139]. El futuro solo puede ser percibido como probabilidad de los acontecimientos, al mismo tiempo más o menos probables o improbables. Estos son los lados por los que se puede transitar gracias al riesgo. Este logra así una unión inestable de pasado y futuro, actualizando futuros en el presente en función de presentes ya acaecidos.

En la comprensión uniformemente fragmentada de la racionalización sostenida por Luhmann, el riesgo es un principio universal en el tiempo[140], es decir, existe en todo sistema autopoiético o, al menos, los de complejidad temporalizada. Entiende el riesgo como reflejo de la complejidad de la sociedad moderna, abocada a describir su futuro en el presente pero solo en términos de probabilidad[141]. La paradoja del riesgo consiste en que la no simultaneidad (pasado-presente-futuro) solo puede ser simultánea[142].

---

[138] Luhmann (1992, p. 81).

[139] *Ibidem*, pp. 87-88.

[140] Luhmann (1998b, p. 163).

[141] *Ibidem*, p. 165.

[142] Luhmann (1992, p. 81).

El riesgo revela un problema de decisión que, como decíamos, pretende sustraerse de la forma de decisión arbitraria. Al reclamar la contingencia objeto de decisión el peligro se presenta como riesgo[143]. Decisión que, lógicamente, no se vincula a un sujeto-actor, sino a la operatividad del sistema con relación a sus selecciones binarias[144], lo que en realidad lo reduce a forma de observación del desfase temporal en clave sistémica[145].

Esta exigencia de racionalidad en la anticipación de futuros y toma de decisiones explica la relación del riesgo con la estabilización de expectativas en que consiste la seguridad en términos autopoiéticos. En realidad, el riesgo es un recurso reductor de la defraudación de expectativas que, al igual que el derecho, constituye un mecanismo *inmunitario.* Permite sostener la coherencia de la expectativa y, con ello, la continuidad de la autopoiesis, pese a su defraudación de hecho, en la medida en que la decisión se adoptó en clave de racionalidad admitida, y que el resultado negador de una expectativa fue anticipado en términos de probabilidad. El riesgo hace sistémicamente admisibles ciertos niveles de defraudación de las expectativas. Veamos ese carácter inmunitario que el riesgo comparte con el derecho en Luhmann.

c) Riesgo y derecho como mecanismos inmunitarios

El papel securitario que Luhmann atribuye al riesgo y al derecho tiene un carácter estrictamente comunicativo y directamente relacionado con la estabilidad de expectativas. Esta funcionalidad podríamos calificarla como inmunitaria. La expresión procede de los sistemas orgánicos; lo inmunitario alude a la resistencia del organismo frente a elementos o acciones patógenas. En términos de sistemas, alude a la maquinaria comunicativa que reacciona ante la de contradicción de expectativas, en tanto que sucesos patógenos de la recursividad autopoiética.

---

[143] Esta distinción entre peligro –contingencia no atribuible a una decisión– y riesgo no implica para Luhmann que la conversión de uno a otro dependa necesariamente del propio observador –del sistema observador–. Esa atribución puede venir dada por la selección realizada por otro sistema, a la cual el sistema observador sea sensible por algún medio (Luhmann 1992, p. 60).

[144] Si nos referimos al ser humano, la decisión en términos de riesgo puede vincularse a un sistema psíquico como sistema autopoiético con sentido que necesita también orientar sus elecciones en la dimensión temporal.

[145] Hecho del que deriva el problema de que el riesgo sobre un acontecimiento pueda ser evaluado de forma divergente por distintos sistemas: es decir, que un sistema deba asumir los riesgos tomados por otro.

Para Luhmann, la defraudación de expectativas, que resulta de la colisión de expectativas divergentes, implica una inestabilidad no necesariamente disfuncional. Más bien es inherente al funcionamiento de los sistemas complejos, definidos por la inestabilidad de elementos y procesos. La inseguridad resulta el precio inevitable de la complejidad. El cierre operacional persigue el aseguramiento de la continuidad, que supone la existencia misma del sistema; significa estabilidad de expectativas, que por tales contienen un ingrediente de contingencia. La inexactitud, o la exactitud parcial, «constituye un requisito de la reproducción misma, del carácter de novedad de los acontecimientos, de la temporalidad del sistema», siempre que esa inexactitud se produzca bajo ciertos límites[146]. Las contradicciones a las expectativas son, así vistas, amplificadores de la inseguridad del sistema; un indicio de potencial desestabilizador. Aquí cobra sentido la actividad inmunitaria como respuesta a la desviación.

El modo en que la inmunización irrumpe en escena es significativo del sentido con que Luhmann concibe el control de la desviación en clave sistémica, al precisar que es una respuesta que no implica cognición[147]. El sistema no puede dar causa de las razones de la contradicción, ni lo pretende. La desviación de la expectativa cumple la función de alarmar sobre la desestabilización sistémica, con el único fin de continuar la constante autopoiesis, sin que el sistema necesite aprender nada sobre la contradicción. La respuesta inmunitaria es –en giro hegeliano, que el propio Luhmann bordea– pura *negación de la negación*. Esa sería, por ejemplo, la causa de que la sociología se haya escandalizado siempre de que la razón por la que los criminales delinquen sea un dato innecesario para la instrucción de un proceso penal[148]. La inmunidad garantiza así que la inconsistencia manifestada por la desviación no niegue la autopoiesis: el sistema «no *se protege contra los cambios*, sino *con ayuda de los cambios*»[149]. La inmunidad da por descontada la desviación respecto a las expectativas, y es esta certeza la que asegura la continuidad de la clausura operativa.

De todas estas indicaciones puede deducirse con claridad la dimensión inmunitaria del riesgo en Luhmann. El modo en que el riesgo trata el tiempo implica

---

[146] Luhmann (1998a, p. 333).

[147] A este respecto *ibidem*, pp. 332-337.

[148] *Ibidem*, p. 335.

[149] *Ibidem*; énfasis añadido.

una multiplicación de las contradicciones en el presente, a la vez que permite su reducción, al ofrecer una guía de probabilidad. El riesgo por lo tanto fluye sobre una idea de futuro abierto[150], anticipable, proporcionando varios presentes futuros como futuros presentes más o menos probables o improbables, lo que nos sitúa ante una realidad «construida» como cursos de desarrollo posibles con sus propios acontecimientos de contradicción aparejados[151]. Cabría decir, así, que el riesgo virtualiza el presente del sistema.

Esa virtualización traduce y objetiva la dimensión temporal habilitando un balance de costes para el sistema en términos de estricta probabilidad. Esta formalización del futuro comunica la contradicción (probable) en el presente, pero no como «semántica de la catástrofe sistémica», sino una afirmación de la capacidad de racionalización de la contradicción y su asimilación[152]. La operatividad del sistema, la estabilidad de expectativas, podrá afirmarse incluso frente su negación virtualizada como probable/improbable, acontezca o no con posterioridad. Pese a todo se habrá actuado correctamente. El valor funcional del riesgo no radica en la seguridad que proporciona la inexistencia de contradicciones, pretensión inaccesible en sistemas complejos, sino en su adaptabilidad. Este es el modo en que el riesgo opera como negación de la negación –siquiera virtualizada–, y tal es para Luhmann su función como aparato inmunitario en un sistema autopoiético.

El riesgo resulta así una capacidad de observación del sistema[153], lo que le permite tematizar su problema de estabilización en clave de balance de riesgos conforme a la racionalidad de aquel. Queda sin resolver la posibilidad de que un sistema acuda a la observación del riesgo operada por otro sistema, asimilando de algún modo el funcionamiento de su sistema inmunitario. Esa sería la traducción sistémica de un derecho penal enfrentado al problema de la peligrosidad, que abra una ventana de observación del futuro en términos de un cálculo actuarial sobre la conducta –comunicativa, necesariamente– y que, obviamente, escapa a la racionalidad del sistema jurídico.

---

[150] En realidad, Luhmann reconoce también el manejo premoderno de una cierta apertura del futuro, siquiera en torno a la disyuntiva cielo/infierno (Luhmann 1992, p. 82).

[151] Luhmann (1998b, p. 161).

[152] Luhmann (1998a, pp. 343-344).

[153] Luhmann (1992, p. 119).

El subsistema jurídico es funcional para el conjunto del sistema social también como mecanismo inmunitario. Posiblemente lo es por excelencia, en la medida en que estabiliza las expectativas que permiten una respuesta contrafáctica, que se afirman contra los hechos que las decepcionan, sin intentar cognición alguna, sino tan solo autoafirmación. Estamos hablando de las normas, incapaces de rectificación o transformación, concepto que se opone al de cognición como modalidad opuesta de expectativa[154]. De ahí que, curiosamente, la idea de derecho se oponga a la de conocimiento, como un correlato de expectativas normativas y cognoscitivas. El derecho «nos libera de la obligación de aprender de las defraudaciones y adaptarnos a ellas»[155]. Obviamente, no garantiza que las expectativas normativas no sean defraudadas, pero sí su resiliencia en situaciones de conflicto y de defraudación efectiva. En definitiva, el derecho aseguraría el carácter recalcitrante de las normas.

Como se ve, para Luhmann la norma es fáctica, una expectativa que existe al nivel de los hechos y que el derecho encuentra[156]. La normatividad es pura contrafacticidad[157], negación de la negación de hechos comunicativos *desviados* dentro del sistema social[158].

Coincidiremos en parte en el carácter fáctico de la norma, que la forma legal encapsula por medio del lenguaje para garantizar su vigencia. Lo cual otorga al derecho una cierta «ligereza ontológica»[159], que nos aproxima a la dependencia del derecho hacia otras lógicas de gobierno, según quiso explicitar Foucault. Aquella ligereza parece llevar a Luhmann a reconocer el inevitable carácter «relacional» de lo jurídico que es a nuestro juicio la clave de una lectura postestructuralista del derecho: la

[154] Luhmann (1998a, p. 293).

[155] Luhmann (2003, p. 73).

[156] Más literalmente, «[e]l concepto de norma se refiere a una forma específica de expectativa fáctica, la cual puede ser observada psíquicamente o mediante el sentido mentado que se vuelve comprensible en la comunicación» (Luhmann 2002, p. 86).

[157] Prieto Navarro (2003, p. 299).

[158] En el sistema social las expectativas son sobre todo expectativas de comportamiento (Luhmann 1998a, p. 107). No obstante, hay que tener en cuenta que ese comportamiento tiene un valor estrictamente comunicativo dentro del subsistema que lo considere, como por ejemplo el derecho: será tomado como información para el procesamiento del sistema.

[159] Martínez García (2002, p. 19). Luhmann insiste en este carácter meramente lingüístico del derecho, sin poder obligatorio en sí mismo: «se compone únicamente de comunicaciones y sedimentaciones estructurales de comunicación, las cuales desembocan en una interpretación normativa» (Luhmann 2002, p. 87). En realidad, la escritura del derecho sería una mera cuestión de «memoria», en la medida en que su operar estabilizador acontece siempre en el presente (*ibidem*, p. 102).

imbricación inestable de lo jurídico en dispositivos que portan formas de racionalización vinculadas a saberes diversos, y que arrojan objetivaciones específicas de la realidad como, por ejemplo, el sujeto peligroso. Pero la comprensión del derecho de Luhmann dificulta, nuevamente, comprender cómo puede procesar racionalizaciones procedentes de otros contextos sistémicos e, incluso, cómo puede producirse una articulación entre derecho y riesgo como sistemas inmunitarios.

En clave funcionalista, el derecho es una función del sistema, un subsistema social. Desempeña la estabilización de expectativas normativas, y no estatus jurídicos individuales, lo que hace que el derecho pueda comprenderse propiamente como una *tecnología social* en el sentido que Hassemer atribuye a la expresión, denunciado como deriva tecnocrática. Esa naturaleza característica de cualquier sistema autopoiético crea una clausura operativa basada en una codificación binaria, según hemos dejado dicho[160]. Sin embargo, Luhmann reconoce que esta función de estabilización del derecho no funciona mediante un mero enroque autorreferente. Todo sistema autopoiético presenta cierta apertura al entorno, necesidad más acuciante para el derecho. Esa atención al entorno revela la dimensión cognitiva del sistema jurídico, que se mostraría operativamente cerrado, pero cognitivamente abierto[161]. Tal apertura se articula a través de los *programas* que subyacen al código del sistema, y se produce en términos de diferencia entre autorreferencia y heterorreferencia[162]. La clausura del sistema jurídico, su recursividad binaria, depende de cierta sensibilidad hacia el entorno que le haga capaz de comprender algunos de sus conceptos y, a la postre, introducir modulaciones en la operatividad del sistema, siquiera a nivel de los programas, bajo la aparente inalterabilidad del código[163].

La heterorreferencia representa la capacidad de aprendizaje fáctico del sistema jurídico. Pero para Luhmann esa capacidad está limitada por la propia clausura del sistema. Así, si la autorreferencia supone la orientación hacia los conceptos jurídicos

---

[160] Sobre esta operatividad véase Luhmann (2003, pp. 115 y ss.).

[161] Prieto Navarro (2003, pp. 301-302).

[162] Luhmann (2002, pp. 251-255); Prieto Navarro (2001, p. 349).

[163] Sobre esta forma de proceder del sistema jurídico, basado en la autorreferencia/heterorreferencia, véase Luhmann (2003, pp. 135-148). El ejemplo que el autor propone para comprender este funcionamiento es la alta sensibilidad que el sistema jurídico ha desarrollado hacia las noticias provenientes de la economía –debidamente transformadas– y que revela el concepto de «interés».

(interior del sistema), la heterorreferencia lo es «hacia la repercusión de los conceptos jurídicos, construcciones jurídicas y decisiones casuísticas sobre los intereses»[164]. Es decir, mediante la heterorreferencia lo que el sistema jurídico puede lograr es captar la repercusión de su propia operatividad en el entorno social y, de algún modo, incorporarlo en su evolución. Esta capacidad podría embarcar al sistema jurídico, por ejemplo, en *derivas estructurales coordinadas* (*structural drift*)[165] con acontecimientos del entorno, un diagnóstico que quizá podría servir de explicación para el fenómeno expansivo.

La pregunta que queda siquiera sin plantear, y de difícil respuesta, es la de un derecho capaz de integrar en su operatividad expectativas cognitivas, problema al que obliga la gestión experta del riesgo. La propia idea de peligrosidad abre el sistema penal a un modo de racionalización que escapa de la binariedad justo/injusto y arroja respuestas de control moduladas en función de los avatares fácticos explorados en un evento o un sujeto. Exploración que se produce –y se ha producido en realidad desde la irrupción de la propia noción de peligrosidad– mediante racionalidades que no irritan, ni influyen, la evolución del sistema jurídico, sino que lo atraviesan en su operatividad misma.

En clave luhmanniana, cabe formular la pregunta en términos de relación entre expectativas normativas y cognoscitivas y, releyendo su postulado inmunitario, entre derecho y riesgo como instrumentos de absorción de incertidumbre[166]. Hemos visto ya el modo en que las expectativas normativas son pura contrafacticidad, de modo que su capacidad de resistencia radica en su propia afirmación sin aprendizaje –sin cuestionamiento–. Cabe la discusión en torno a la aplicación de la norma, pero no en cuanto al contenido. Las expectativas cognoscitivas, en cambio, admiten una escala desde lo seguro hasta lo incierto, de modo que la decisión acerca de lo correcto puede quedar en manos de la realidad, de cuestiones puramente fácticas a las que la expectativa se adapta[167]. Cabría decir que las expectativas cognitivas no son contrafácticas, sino fácticamente elásticas. Advierte Luhmann que, en este caso, el

[164] Luhmann (1997, p. 36).

[165] Luhmann (2002, p. 566).

[166] Luhmann (1998a, p. 119).

[167] *Ibidem*, p. 295.

déficit estructural de estas expectativas –su labilidad como tales–, se compensa a través de exigencias metódicas. En concreto, su fiabilidad radica en su vinculación con estructuras especializadas, pertenecientes a un sistema funcional diferenciado con este fin: la ciencia.

Si consideramos el riesgo en un entorno sistémico, es evidente que expresa una operatividad cognoscitiva, y no puramente normativa. De hecho, en la teoría luhmanniana el riesgo prolifera allí donde las expectativas normativas se perciben funcionalmente insuficientes[168]. El riesgo, como decisión *ad futurum* fundada en los estados sistémicos ya vividos (que por ello permite enjuiciar las probabilidades de distintos cursos de acontecimientos), es un instrumento de cognición del sistema. En la perspectiva de Luhmann, todo sistema con sentido –social o psíquico– incorpora el riesgo como mecanismo de inmunidad para la toma de decisiones en situaciones de contingencia. La pregunta sería: cómo explicar que un sistema incorpore en su valoración del riesgo modos de cálculo que proceden de otros sistemas, con formas especializadas de objetivación de la probabilidad. O, para nuestro interés, cómo el subsistema jurídico (punitivo) puede objetivar la conducta en base a un sistema como el de la ciencia, que trastoca la operatividad jurídica binaria.

La idea del «acoplamiento operativo» podría servir de línea exploratoria, una idea tan solo apuntada por Luhmann y que, como en el caso de las reelaboraciones de Teubner, acabaría por dislocar la clausura operativa inherente a la autopoiesis, sacándonos del propio marco teórico luhmanniano. En realidad, la idea de acoplamiento operativo nos hace bordear la idea de *dispositivo* en el sentido que propondremos en el capítulo siguiente.

Antes argumentaremos cómo, en todo caso, la aplicación de la teoría luhmanniana al terreno específico del control social, pasando por la interpretación penalista de Jakobs, conduce a un «necesario» giro del aparato punitivo hacia la

[168] El ejemplo que toma Luhmann es el de la evolución del derecho privado de la responsabilidad. Describe dicha deriva como una distorsión del código justo/injusto, que ve limitado su valor como orientación del sistema en los casos en los que se procesa una acción como legal, pero, en caso de que acaezca un perjuicio derivado de la misma, se obliga en todo caso a indemnizar al afectado (Luhmann 1992, pp. 104-105). Se trata, como puede apreciarse, de la responsabilidad civil por riesgo y las tendencias hacia la objetivación de la responsabilidad en determinados contextos de acción –considerados en sí mismos riesgosos–. El «aprendizaje» del sistema jurídico se produce por la comprensión de que, de no adoptar este tipo de respuesta, las condiciones modernas implicarían prohibir más y más conductas, que sin embargo resultan socialmente funcionales.

cognición, hacia la gestión de la conducta desviada en clave de gestión de riesgos. El funcionalismo punitivo opera discursivamente como alegato en favor de una orientación radicalmente preventiva del sistema punitivo, si bien en términos teóricamente inconsistentes. Formula un problema que, sin embargo, es incapaz de solventar desde sus propios postulados.

2.2.3 Posibilidades de un funcionalismo punitivo orientado al riesgo

Podría concluirse que la teoría de Luhmann es una hipótesis del modo en que el *control* ocupa el centro de la sociedad moderna a partir de la racionalidad formal: todo sistema autopoiético persigue su perseverancia; la autopoiesis encadena operaciones propias de cara a la estabilización de las expectativas funcionales y la inmunización de las disfuncionales. Ahora bien, queda claro que de aquella teoría difícilmente pueden deducirse postulados sobre el gobierno como *control social*, dirigido a la normalización de las conductas de los individuos.

En este apartado trataremos de aclarar el sentido del gobierno de la conducta o control social –y del control jurídico punitivo como su subgénero– de la perspectiva luhmanniana, deduciendo algunas conclusiones desde el punto de vista del giro preventivo del sistema punitivo.

a) El desplazamiento del sujeto

En clave funcionalista, el control no se orienta a *sujetos* ni *individuos*, sino a expectativas. La *persona* aparece solo como reflejo del problema de las expectativas. El concepto de sujeto se concibe como un mero problema de autoobservación de los sistemas psíquicos. Es el modo en que el sistema psíquico autoconcibe (produce) su unidad frente al entorno (en el que, entre otros, se encuentran los demás sistemas psíquicos)[169]. El fenómeno del sujeto es una suerte de excrecencia del sistema psíquico, pero sin ninguna garantía de que todos los sistemas psíquicos utilicen el mismo tipo de distinción para autoobservarse como sujetos, ni de fidelidad al criterio adoptado,

[169] Paralelamente, la individualidad significa tan solo cierre sistémico. Cada sistema es en realidad un individuo. Este postulado lleva a Luhmann a afirmar, frente a sus críticos que le acusan de concebir una extraña sociedad sin seres humanos, que la suya en realidad es una teoría radicalmente individualista. Por otro lado, conviene advertir que la conciencia es en este esquema el modo de autopoiesis característico de los sistemas psíquicos (Luhmann 1998a, p. 243).

amarrado a las circunstancias[170]. Si abandonamos el lenguaje sistémico, cabría decir que nos encontramos ante el problema de la subjetividad en su multiplicidad.

En cambio, la noción de persona actúa como instrumento para el acoplamiento estructural entre sistemas psíquicos y sociales: es un modo de interacción, donde lo relevante no es la autoobservación, sino el modo en que el resto de sistemas concibe al individuo como persona[171]. El concepto de persona explica el modo en que las expectativas del sistema social se codifican por el sistema psíquico, adquiriendo así la conciencia de las limitaciones que aquel impone. El carácter de persona depende de la probabilidad, valorada por el sistema psíquico, de que un individuo aceptará las limitaciones comunicativas del sistema social. Lo relevante para nuestra indagación es que el carácter de persona no se da por supuesto y que el estatus de persona, y el correlato no-persona se funda en una percepción de la confianza y el riesgo asociado a un individuo, en cuanto a sus aptitudes comunicativas en el sistema.

El problema de este procesamiento, y el problema del control social para Luhmann, radica en la opacidad de los sistemas complejos. Conforme a la conocida tesis de las «cajas negras», estos sistemas no son transparentes ni calculables. La interacción entre sistemas psíquicos y sociales genera inevitablemente un problema de doble contingencia: cada «caja» opera autorreferencialmente, y solo puede presuponer que la otra operará de manera similar. Esta opacidad torna precaria la gestión del riesgo: «el intento de calcular al otro tiene que fracasar necesariamente». Solo cabrá la observación del otro y ajustarse al *feedback* de las propias acciones[172]. Mas situarnos así ante un juego de expectativas inciertas podría evocar cierto estado de naturaleza hobbesiano. Los sistemas sociales generan sus propios mecanismos inmunitarios sin despejar la doble contingencia inherente a la interacción social. Así visto, la obtención de ciertos niveles de transparencia son concesiones a la libertad: una disposición de los sistemas psíquicos a limitar sus posibilidades de acción y comunicación, con el objetivo de disminuir las dosis de contingencia. Derecho y riesgo actúan, como sabemos, con ese fin.

---

[170] Luhmann (1998b, p. 220).

[171] Luhmann (1998b, p. 237). Construye el concepto de persona a partir de esa *heterobservación*: «[l]lamaremos *personas* a aquellos sistemas psíquicos que son observados por otros sistemas psíquicos o sociales» (Luhmann 1998a, p. 117).

[172] Luhmann (1998a, pp. 115-120).

En sentido sistémico-funcionalista el control social es una cuestión comunicativa, y dirigido a condicionar el comportamiento de los sistemas psíquicos a través de un sistema[173]. Luhmann explica la socialización –la formación de la conciencia del yo conforme al sistema social– como «el *proceso que, mediante interpenetración, forma el sistema psíquico y el comportamiento corporal controlado del ser humano*»[174]. Así, socialización es interpenetración social, pero, por ello, es siempre *autosocialización*. No hay transferencias sociedad-sistema psíquico, al cabo sistemas distintos, solo reacción ante acontecimientos de su entorno[175]. De hecho, esa no-subsunción del ser humano en la comunicación social, su mera interpenetración con el sistema social, es lo que para Luhmann significa la libertad del ser humano. Este es el motivo, además, de que el ser humano ofrezca una complejidad inaprehensible para el sistema social, una posibilidad de desorden, de perturbaciones que reclaman el control[176].

La paradoja es que, en este esquema, y subvirtiendo completamente la concepción habitual, el control cae fuera del alcance del sistema jurídico, incluso penal. Lo único que cae dentro de la competencia funcional del derecho es la afirmación contrafáctica de expectativas.

El derecho entrega a la sociedad la función de que los sistemas de conciencia asimilen el constante desengaño de las expectativas[177]. Y, a la inversa, el derecho como posibilidad presupone cierta asimilación de las expectativas, en la medida en que el umbral de comportamientos desviados, negadores de expectativas, no desborden la capacidad contrafáctica de la norma. El derecho asume entonces la presunción, con relación a los sistemas psíquicos del entorno, de que los comportamientos futuros serán mínimamente congruentes[178]. El problema, en clave luhmanniana, es que el derecho

[173] Debe tenerse en cuenta que, para Luhmann, poder significa comunicación de las elecciones de acción por ciertos operadores a través del sistema (Luhmann 1997, pp. 13 y ss.).

[174] Luhmann (1998a, p. 224; cursivas en el original).

[175] Luhmann entiende la interpenetración socializadora como una experimentación del sistema psíquico con la contingencia de las expectativas, que pese a poder ser defraudadas se perciben como afirmadas por el sistema. Es esa labilidad estructural la que permite que el individuo *pruebe* el sistema y *se pruebe* a sí mismo, «sintonizando» su conciencia con el sentido del sistema (Luhmann 1998b, p. 249).

[176] *Ibidem*, pp. 204-206.

[177] Luhmann (2002, p. 512).

[178] Prieto Navarro (2001, p. 343).

solo puede presumir esa congruencia y solo puede anticiparse a los comportamientos de forma rudimentaria, mediante la afirmación «ciega» de expectativas normativas[179].

b) La normativización del derecho penal proyectada al riesgo

Será Jakobs quien intentará ofrecer una dogmática penal parcialmente fundada en el funcionalismo de Luhmann[180]. En la tesis «escandalosa» de Jakobs sobre el sistema penal se adivina una traslación dogmática de la autopoiesis luhmanniana: el derecho penal, igual que cualquier mecanismo de control, no defiende bienes jurídicos –individuales o colectivos–, sino expectativas normativas, esto es, la estabilidad de *normas*. Jakobs advierte una especie de «fetichismo jurídico» en la posesión de bienes jurídicos como si se tratase de objetos físicos, de «cosas». Para Jakobs el bien jurídico es solo relevante para el derecho como norma, esto es, como expectativa garantizada. Asegura la confianza en que una persona será protegida en sus bienes frente a los ataques de otra[181]. La norma revela así que el derecho es relación entre personas, no entre personas y «bienes»[182].

El delito es para el sistema social una realidad comunicativa, y la perturbación que crea en el sistema, en cuanto negación de una norma, afecta esencialmente a su seguridad cognitiva. Esta es la base de la capacidad de reproducción del sistema y, por lo tanto, de la posibilidad del disfrute de bienes que solo garantiza la expectativa

[179] King (2006, p. 47). El carácter inaccesible del futuro para el sistema –al que solo puede acercarse a través de la virtualización del riesgo– lleva a Luhmann a un cierto escepticismo en cuanto a la capacidad anticipatoria del control: «el control no es más que control, es decir, comparación entre el presente y el pasado y no entre el presente y el futuro». Reforzar la capacidad de control no mejora las posibilidades de alcanzar una configuración planificada del futuro (Luhmann 2001, p. 44). El control social no puede aspirar a asegurar futuros, sino más modestamente, en clave de riesgo, a anticipar cursos de acontecimientos en términos de probabilidad, y actuar en consecuencia en el presente.

[180] La interpretación del derecho penal en clave funcionalista no es, obviamente, una pretensión nueva ni atribuible a Jakobs. De hecho, ofrecer un significado de lo que la expresión «funcionalismo» pueda significar en el terreno jurídico-penal no es fácil, ya que ha sido empleada para fundar posiciones doctrinales muy diversas. Süchemann ha propuesto de hecho que una comprensión funcionalista del sistema penal se remonta al giro teleológico –orientado a fines sociales– presente ya en el pensamiento ilustrado (Schünemann 1996). Sobre esta cuestión *vid.* también Peñaranda Ramos (2005).

[181] Los bienes jurídicos –por lo demás siempre perecederos– «tienen algo que ver con el derecho en la medida en que las personas deben respetarlos; [...] la relevancia jurídica de los bienes es relativa, referida sólo a una determinada puesta en peligro. Visto de este modo, el derecho penal ya no garantiza la existencia de los bienes jurídicos en sí, sino sólo que las personas no ataquen esos bienes [...]» (Jakobs 2000, pp. 44-45).

[182] Jakobs (2000, p. 57).

normativa. En esto consiste la idea de un sistema penal *normativizado* –o *renormativizado*[183]– en un sentido funcionalista. Y esa normativización, que supone una comprensión radicalmente comunicativa, explica la recepción de Jakobs del concepto luhmanniano de *persona*. Recuerda Jakobs que una «norma» solo puede comprenderse como expectativa remitida a una persona, es decir, como presunción de un comportamiento concreto en una situación determinada[184]. Dicha presunción es posible, meramente, por el «Ser-Persona» de ese individuo, que puede ser procesado en cuanto tal de manera fiable por el sistema. El argumento sobre la relación entre norma y persona incurre en cierta circularidad: una *norma* es tal cuando posibilita un contenido comunicativo estable entre las *personas*; y solo ellas pueden ser receptoras del juicio de previsibilidad de esa comunicación; solo tiene sentido referir una norma a una persona, y no a cualquier individuo[185].

Este planteamiento revela una decidida voluntad de diluir la ficción jurídica de persona, en la línea de embestidas equivalentes de Luhmann contra la idea de sujeto, y de persona. Para Jakobs, el modo en que se presume jurídicamente el estatus de persona supone dar por sentado que todo individuo está sujeto al derecho, eximiendo del requisito de comprobar, empíricamente, «en qué casos se trata en realidad de una relación jurídica y en cuáles otros de una situación ajurídica»; de este modo, el jurista nunca «corre el riesgo de topar con sus límites»[186]. El problema, para el autor, es que existen supuestos en que esa actitud «acomodada» del jurista oculta la degeneración comunicativa hasta el punto de tornar a la «persona» en mero postulado. Aquí radica la funcionalidad de su conocida propuesta sobre un derecho penal diferenciado en dos modos de intervención. Uno ordinario, para quienes resulta razonable (confiable) considerar personas, y un «derecho penal del enemigo», con posibilidades de actuación

[183] Peñaranda Ramos (2005, p. 228).

[184] Jakobs (2003, p. 177).

[185] De ahí también la importancia que los roles desempeñados por cada persona con relación al sistema social adquieren en esta perspectiva, en la medida en que los criterios de previsibilidad comunicativa pueden variar en función de los papeles que se desempeñan. Cuestión que, como puede deducirse, tiene hondas consecuencias dogmáticas.

[186] Jakobs (2006, p. 15).

más flexible, aplicable a aquellos individuos respecto de los que aquella presunción decae[187].

Jakobs somete así a tensión el edificio luhmanniano. La falta de fiabilidad comunicativa de algunos individuos, el carácter recalcitrante de su negación de expectativas hace que la norma se tope con sus límites. «Este mantenimiento contrafáctico de la norma [...] no puede ser 'infinitamente contrafáctico'. Esto no sería nada distinto de un retorno al puro normativismo [...]; pues 'infinitamente contrafáctico' significaría 'sin realidad social alguna'»[188]. Ante esta situación, para Jakobs, el derecho no puede permanecer por más tiempo indiferente. Se impone el *aprendizaje*, es decir, la respuesta adaptativa del sistema jurídico a su entorno. El autor hurga así en la debilidad cognoscitiva del derecho en Luhmann y sugiere recurrir al otro sistema inmunitario: el riesgo como capacidad de contacto con el peligro, de aprendizaje para la capacidad de discriminar entre sistemas psíquicos con base en criterios empíricos. De modo que el derecho penal abandona la contrafacticidad e incorpora la lógica inmunitaria del riesgo. «*El derecho penal del ciudadano mantiene la vigencia de la norma, el derecho penal del enemigo [...] combate peligros*»[189]. El peligro pone en contacto al sistema jurídico con una expectativa cognitiva que lo flexibiliza, dotándolo de capacidad adaptativa: permite una respuesta *modulada*, no puramente contrafáctica.

Desde el punto de vista del sujeto, el derecho penal del enemigo es un modo de restituir cognitivamente la persona jurídico-penal. Propone evidenciar y gestionar el individuo peligroso, que desborda la noción jurídica de persona.

Topamos aquí con una de las constantes en los argumentos inclinados a la asunción de lógicas de riesgo en el terreno punitivo, que asume un pragmatismo jurídico tendente a superar ficciones jurídicas, deudor de concepciones punitivas orientadas a la idea de defensa social. El derecho penal del enemigo impone una «defensa frente a riesgos futuros»[190]. No hace sino retomar los elementos heterogéneos incluidos en la pena, modos de oposición frente a hechos cometidos, pero también

---

[187] No obstante, para un cuestionamiento de la presunta separación entre un derecho penal ordinario y un derecho penal del enemigo, *vid.* Iglesias Skulj (2010).

[188] Jakobs (2006, pp. 36-37).

[189] *Ibidem*, p. 34; cursivas en el original.

[190] *Ibidem*, p. 23.

formas de aseguramiento frente a comportamientos eventuales. En otras palabras, tanto técnicas que tratan al autor como persona, como las que lo objetivan como fuente de peligro[191]. Ese derecho penal «separado» se caracteriza por lo tanto por ser un derecho de aseguramiento, donde concurren una intervención previa al hecho, en lugar o además de la pena.

El derecho penal del enemigo es un gestor de riesgos. Se presenta como un derecho volcado hacia la eficiencia en la intervención sobre la realidad fáctica, que exige considerar «cognitivamente» una normatividad extrajurídica y, en consecuencia, la redefinición de las formas jurídico-penales.

Jakobs propone un derecho penal en el que la noción de riesgo posee carácter inmunitario funcionalista, al modo de Luhmann. De hecho, el modo de identificación de las no-personas (de los individuos peligrosos) permanece indefinido en la obra de Jakobs. En realidad, su «huida» hacia el concepto de enemigo delata la ambigüedad de su tesis, que acaba por deslizarse al terreno de una especie de «decisionismo sistémico». Nótese que, a pesar de la apariencia que pudiera desprenderse de una lectura superficial, Jakobs no edifica su teoría sobre la idea de reincidencia, sobre el criterio del «delincuente habitual»[192]. Lo hace sobre la cuestión luhmanniana de la doble contingencia y la fiabilidad, criterios genéricos que quedan sin embargo indeterminados en cuanto a su aplicación concreta. En realidad, esquiva la cuestión mediante un salto epistémico sin red: busca refugio en una legitimación abstracta de su andamiaje teórico en términos vagamente iusfilosóficos. En concreto, esboza un recorrido por aquellas teorías contractualistas que, desde Hobbes a Kant pasando por Fichte y Rousseau, han argumentado la «expulsión» del pacto social de aquellos sujetos que han decidido infringirlo regresando *de facto* al estado de naturaleza, y que pueden ser considerados, por lo tanto, como enemigos.

Esta excursión seudo genealógica de Jakobs hacia una justificación abstracta del poder punitivo, puede resultar sorprendente en una teoría que se postula desde la

[191] *Ibidem*, p. 24. Jakobs rechaza coherentemente cualquier perspectiva unitaria sobre la pena: «la pena es coacción; es coacción [...] de diversas clases, mezcladas en íntima combinación». Junto a la coacción en cuanto «portadora de un significado», la pena como interacción simbólica con quien tiene esa capacidad cognitiva y es considerado como persona, existe una coacción como pura efectividad física, «que lucha contra un peligro sin ninguna pretensión de establecer un proceso de comunicación» (*ibidem*, pp. 24-26).

[192] Díez Ripollés (2005, p. 21).

facticidad y la desconfianza hacia las engañosas abstracciones jurídicas. La toma de distancia con sus premisas luhmannianas parece evidente en este punto, lo que invita a considerar que aquella influencia es más relativa de lo que pudiera desprenderse de su arranque metodológico[193]. Lo cual se rastrea en la comprensión de Jakobs del sujeto peligroso –aquel no confiable comunicativamente–, que oscila entre las dos nociones difícilmente reconciliables de «enemigo» y «peligrosidad». El de «enemigo» es un concepto político esencialmente binario, por oposición al de «amigo», «ciudadano» o «persona». Sin embargo, la idea de peligrosidad, vinculada a la criminología y las ciencias «psi», es siempre una cuestión de grado en el continuum entre normalidad y anormalidad. Cabe decir que existen en Jakobs entremezcladas una racionalidad binaria y otra más bien *fuzzy*, borrosa[194].

Tras todo esto late el intento de Jakobs, no demasiado nítido, de dibujar una situación de incertidumbre redoblada, donde la determinación sobre las expectativas de conducta puede transitar distintos grados de dominio del riesgo: desde la prevención experta hasta la pura precaución, caso este último que demanda formas de imaginar el futuro sobre bases más bien discrecionales e incluso puramente decisionistas. De ahí también el rostro de «demonización simbólica» que se ha atribuido al derecho penal del enemigo: más allá de la pretensión de un «tratamiento frío, desapasionado, de un problema de gestión de riesgos sociales», trasluce «una verdadera hoguera de sentimientos [...] colectivos hacia ellos, los agresores, los enemigos»[195]. En la base de este racionamiento se encuentra la idea, por otro lado antigua, de que mientras los comportamientos de los sujetos «racionales» son predecibles, los de aquellos «irracionales» no los son en absoluto[196]. Disquisición que conecta con la dicotomía que Garland ha propuesto entre las criminologías «de lo cotidiano» y «del otro» como dos planos divergentes en el tratamiento de los sujetos desviados[197].

En la segunda parte de este trabajo atenderemos a las actitudes preventiva/precautoria ante la incertidumbre, que Ewald ha tildado de «dos infinitos del

---

[193] Prieto Navarro (2005, p. 297); Cancio Meliá (2000, p. 36).

[194] Seguimos parcialmente la observación de Donini (2006, pp. 607-608).

[195] Cancio Meliá (2008, p. 77).

[196] O'Malley (2000, p. 467).

[197] Garland (2001, pp. 167 y ss.)

riesgo»[198]. Jakobs se sitúa ambiguamente en esa dicotomía, inclinándose hacia una «prevención preventiva» –no es otro el sentido de la actitud de precaución– que por lo demás encaja con su comprensión del aparato penal y de la pena. Esa radicalización preventiva permite precisamente «resaltar como elemento esencial el carácter simbólico, expresivo, comunicativo de la pena. Lo único que puede pretender la pena es que siga existiendo un cierto orden social y normativo (prevenir la desintegración o el colapso sociales) a pesar de la existencia de delitos»[199].

Esta vocación precautoria apoyada sobre la determinación amigo/enemigo hace resonar un decisionismo soberano de tipo schmittiano, que ha sido achacado a menudo a Jakobs, enmarcándolo en el campo de la excepcionalidad del poder[200]. Sin embargo, a nuestro juicio no resulta demasiado fértil insistir en la influencia schmittiana de la construcción de Jakobs. Por un lado, el propio autor se esfuerza por apartar su concepto de enemigo del contexto crítico que supone la situación excepcional schmittiana, para atraerlo hacia el terreno de una emergencia mucho más cotidiana, como es la gestión de la peligrosidad[201]. Por otro, porque en Jakobs lo que anima a la identificación de un «enemigo apropiado» no es un ambiente de crisis, en base al cual construir el edificio político. En él la emergencia surge a raíz del comportamiento del sujeto peligroso y se continúa ahí. Su teoría solo puede comprenderse desde la vocación postdisciplinaria de reconsiderar el problema del sujeto peligroso. Esta perspectiva permite advertir cómo las formas jurídicas no se ven suspendidas o exceptuadas –como en la idea ortodoxa de excepción–, sino alteradas, recompuestas, deformadas, en aras de una gestión efectiva de una realidad henchida de incertidumbres comunicativas.

El esfuerzo de Jakobs se explica, a nuestro juicio, como un intento de actualizar las hormas dogmáticas, en sincronía con variantes sobre el tratamiento de la conducta desviada que tienen lugar extra muros del terreno estrictamente jurídico, que proliferan en la criminología y que anuncian un viraje preventivo hacia las cargas de peligrosidad objetivadas en ciertos sujetos y determinados ámbitos de infracción[202].

---

[198] Ewald (1993). *Vid.*, *infra*, §4.2.2.

[199] Feijoo Sánchez (2006, p. 150).

[200] Cornacchia (2006, pp. 420 y ss.); Portilla Contreras (2006).

[201] Jakobs (2008, p. 50).

[202] Así se deduce también del enfoque que ofrece Resta (2006).

El reflejo de esta actitud, en un sistema jurídico-dogmático, es un enfoque abiertamente *defensista* inspirado en un pragmatismo radical: derecho penal concebido como tecnología social. Así debe entenderse la formulación de Jakobs, incluidas sus vacilaciones en torno a la construcción jurídica del individuo peligroso.

c) Sujeto y peligro sistémico

La desviación en Jakobs responde, como en Luhmann, a la «dañosidad social» como disfuncionalidad, como evento con capacidad de desorganizar o desestabilizar el sistema[203]. No es extraño, pues, que aquel conciba el derecho en clave inmunitaria, como instrumento de gestión de riesgos futuros. «Las instituciones sociales, el derecho y el deber, la propiedad, el contrato, etc., han de traducirse en un cálculo de oportunidades o riesgos de que se produzcan o no se produzcan determinados acontecimientos»[204].

Se trata precisamente del tipo de orientación funcional que el derecho penal del riesgo denuncia como perversión de la racionalidad. Curiosamente, el discurso de Jakobs fue bien recibido por los penalistas de Frankfurt en su primera exposición en 1985, como discurso crítico ante el fenómeno de la expansión[205]. No en vano, el propio Jakobs ha tratado repetidamente de presentar su tesis como un ejercicio de posibilismo, tratando de acotar un espacio penal de orientación desnuda hacia el peligro que deja en pie, fuera de sus contornos, los criterios más ortodoxos de intervención punitiva. En este sentido, el discurso de Jakobs confluye parcialmente con la crítica del derecho penal del riesgo, al enunciar la disolución –ya en curso– de las categorías penales clásicas. La diferencia entre ambas posturas es, sin embargo, evidente. Para Jakobs, con pose claramente luhmanniana en este punto, el proceso evidencia la ficción de ciertas categorías dogmáticas, entre ellas la noción abusiva de persona como sustrato del sujeto penal. Y su respuesta, lejos de criticar al funcionalismo, se dirige al acomodo de las

[203] Peñarada Ramos (2005, pp. 226-227).

[204] Jakobs (2003, p. 15).

[205] Neumann (2006, pp. 390-393).

categorías jurídicas a una realidad de facto ya existente, pero que la dogmática clásica no se atreve a revelar en todo su alcance[206].

Las transformaciones diagnosticadas/prescritas por Jakobs se han situado por la doctrina penal en el campo del expansionismo, más cualitativo que cuantitativo[207] o más intensivo que extensivo[208]. Ahora bien, si el derecho penal del riesgo insiste en el modo en que las formas penales se licúan para acoger modalidades de conducta peligrosa, Jakobs evidencia la corta distancia que existe entre ello y la consideración de cargas de peligrosidad ínsitas en los individuos en tanto que actores. El derecho penal del riesgo ha identificado las «rudimentarias» vías a través de las cuales las pesadas hormas dogmáticas se han acomodado al tratamiento del peligro, redefiniendo el sujeto penal, anudando su conducta a determinadas lógicas sistémicas que la dotan de matices más allá del sentido voluntario del actor. Esas vías de adaptación hacia el peligro consisten en la tipificación de delitos de peligro que objetivan, en una suerte de presunción *iuris et de iure*, la carga riesgosa de la conducta en función del entorno social en que se desarrolla; pero, también, la definición de tipos penales perfilados subjetivamente, que solo admiten su comisión por ciertos sujetos activos especificados en el tipo. En esta segunda modalidad se aprecia el tránsito desde el hecho (peligroso por el contexto objetivo en que se desenvuelve) al sujeto (peligroso por la concurrencia objetiva de determinadas características). Esta segunda vía es la que, sin duda, Jakobs percibe como una infiltración, no diagnosticada e incontrolada, de la lógica del enemigo en la operatividad cotidiana del sistema.

Ese tránsito desde el hecho al autor –desde el objeto hacia el sujeto– en un escenario de riesgo se está produciendo, ciertamente, por distintas vías y de manera compleja. Es patente de forma más decidida –como resulta lógico– en algunas transformaciones recientes del derecho administrativo sancionador en materia financiera, un espacio construido formalmente sobre la lógica de la toma de riesgos[209].

---

[206] Por ejemplo, señala Jakobs (2003, pp. 58-59) que todo el derecho penal de la peligrosidad no trata en realidad con personas, sino con enemigos.

[207] Durán Migliardi (2006, pp. 725-726).

[208] Díez Ripollés (2005, p. 13).

[209] Ese viraje desde la conducta riesgosa hacia el sujeto de riesgo es patente, por ejemplo, en los cambios experimentados en el arsenal sancionador contenido en el RD Legislativo 4/2015, de 23 de octubre, texto refundido de la Ley del Mercado de Valores. Su batería de infracciones no solo contiene modalidades infractoras «estáticas» (hechos tipificados como infracción según la técnica clásica

El tránsito ya mencionado desde la policía administrativa hacia la gestión de riesgos observado por Esteve Pardo, contiene también esa declinación hacia la categorización de sujetos. La tesis «fuerte» sobre la funcionalización del derecho penal y la emergencia de un derecho punitivo del enemigo sugiere un tránsito incontenido también en el ámbito penal, vía delitos de peligro y delitos especiales. Como venimos sosteniendo, estas posturas inducen modos de adaptación de las formas penales a objetivaciones del riesgo que se modulan por vías distintas a una estricta racionalidad jurídico-dogmática.

El enfoque funcionalista procesa este tránsito sin demasiadas dificultades, diluyendo el sujeto en acontecimientos sistémicos. La evolución de la doctrina de Jakobs sobre la peligrosidad evidencia un peso cada vez menor de la relación interna entre autor (potencial) del hecho y norma, y cada vez mayor de la significación social de la vigencia de las normas y el sentido comunicativo de la conducta (desviada). La inversión luhmanniana de la idea de acción de Weber –el autor no comunica, sino que la comunicación comunica al autor– desplaza al segundo plano las intenciones subjetivas. La relación causal prototípica sujeto-acción deviene en interpenetración entre procesos autopoiéticos: la vida (sistema orgánico), la conciencia (sistema psíquico) y la comunicación (producida en el sistema social)[210]. La unidad del sujeto se descompone en una serie de acontecimientos sistémicos[211] y se invierte el postulado humanista[212]. Por momentos, el rechazo luhmanniano del humanismo se aproxima a la Teoría Crítica al denunciar sus derivaciones más perversas –la semántica de las

consistente en definir la conducta, fundamentalmente incumplimientos formales), sino también «dinámicas»: incumplimiento de los mandatos de política financiera prescritos *ad hoc* por la Comisión Nacional del Mercado de Valores, para un sujeto empresarial específico, y en función de sus características y posición en el mercado (arts. 285.8 y 296.11). El tipo administrativo se abre aquí, explícitamente, a la evaluación de riesgo efectuado por la CMNV, prescriptor de conductas prudenciales en función de la realidad del sujeto considerado. La tipicidad de la infracción se vuelve hueca, para acoger modos de valoración del riesgo que desbordan cualquier intento de tipificación, por muy prolija que sea de suyo la retahíla de conductas previstas por la Ley. El catálogo de infracciones por lo tanto se modula, se vuelve indeterminado para adaptarse flexiblemente a una realidad riesgosa que ya no puede observarse solo en conductas generalmente definidas –presumidas peligrosas *per se*–, sino relativamente, en función de los rasgos del sujeto actuante.

[210] Luhmann (1998a, p. 206).

[211] Luhmann (1998b, pp. 31-50).

[212] Su crítica explícita al humanismo puede encontrarse sintetizada en Luhmann (1998a, pp. 199-201). Por otro lado, no han faltado intentos de argumentar cierta persistencia de la noción de sujeto en el edificio luhmanniano, como ensaya Kargl (2005), avanzando tras los pasos de Teubner.

distintas «representaciones legítimas» de lo humano[213]–, como una suerte de «falsa conciencia»[214]. Esta dilución sistémica del sujeto es epistemológica, al presentar Luhmann su teoría como imprescindible superación de «los dos mundos»: las ciencias de la naturaleza y las del espíritu[215].

La traducción penal que Jakobs propone no es menos agresiva desde el punto de vista del sujeto. El derecho, como sistema inmunitario, trabaja con expectativas (normativas); y estas no están dirigidas a individuos, «sino a destinos construidos comunicacionalmente que se denominan personas»[216]. Pero la persona jurídico-penal no es un sujeto ni un a priori, sino resultado (no garantizado) de la comunicación normativa. Esta lógica comunicativa sistémica tiene un impacto drástico sobre la noción de culpabilidad, como corolario de la consideración funcionalista del sujeto penal. Jakobs tomará distancia con las consideraciones de la culpabilidad como *dolus malus* –intención desviada–[217], un rechazo común a distintos postulados dogmáticos contemporáneos. Ahora bien, el salto de Jakobs es más decidido, al depurar de cualquier rastro psicológico la culpabilidad: opone su consideración estrictamente normativa, entendida como «falta de fidelidad al ordenamiento jurídico de acuerdo con un juicio objetivo, social». La culpabilidad consiste en «la constatación social de que la contribución del autor a la sociedad, es decir, a la comunicación, es errónea, destructora de las estructuras, y que por ello no es susceptible de ser seguida»[218]. El tránsito desde lo subjetivo a lo objetivo es patente. Aunque la conducta desviada nazca de una voluntad psíquica extraviada, lo relevante es su aspecto externo en tanto que negación comunicativa, en tanto «mera inobservancia» objetiva. Este sentido funcionalizado, objetivado, de la culpabilidad, es indistinguible de la función de la pena misma (negación de la negación comunicativa) y, por tanto, funcionalmente relativo. Solo es

---

[213] Luhmann (1998a, p. 228).

[214] «Lo que el sujeto le pone en claro a la sociedad moderna, por tanto, es su incapacidad para autodescribirse como unidad» (Luhmann 1998b, 223). El sujeto sería el último reducto para tratar de salvar ilusoriamente una unidad perdida. Como apuntamos antes, Luhmann se reclama no obstante como un individualista, pero solo lo es a su propio modo: defendiendo la individualidad intrínseca de cada uno de los sistemas, no del sujeto como individualidad (*ibidem*, 226).

[215] *Ibidem*, p. 30.

[216] Jakobs (2003, p. 17).

[217] *Ibidem*, p. 22.

[218] Jakobs (2000, p. 58).

comprensible a la luz de una determinada realidad social, y por ello esencialmente dinámica, redefinible[219].

Esta recomposición de la culpabilidad, emblema clásico de la centralidad del sujeto en el derecho penal, exhibe de nuevo el sentido del derecho penal funcionalizado por abrirse a formas de objetivación del individuo y de su conducta que le trascienden como sujeto, y que desbordan el humanismo de raíz ilustrada, no solo en un sentido filosófico, sino también en el plano de la operatividad de los instrumentos punitivos. De hecho, el giro hacia la peligrosidad que atraviesa la propuesta de Jakobs acaba también por invertir la comprensión de la utilidad de la pena para el individuo. El efecto preventivo-especial de la pena privativa de libertad tiene una dimensión de aseguramiento y concibe al autor como pura fuente de peligro. De hecho, en esta clave la pena solo es una variante de medida de seguridad[220], y se inscribe en el derecho penal de la peligrosidad, que trata con fuentes de peligro –por ello, la prevención especial «despersonaliza»[221]–. Así, si en clave comunicativa la pena cumple principalmente funciones preventivo-generales (negación de la negación enunciada por la conducta desviada), en su rostro «encarnado» ejerce funciones de pura contención, de neutralización de una fuente de peligro. De nuevo, el andamiaje dogmático de Jakobs se acopla con perspectivas criminológicas, visiblemente postdisciplinarias, que han proliferado desde el último cuarto del siglo XX.

[219] Piña Rochefort (2005, p. 279).

[220] Jakobs (2003, p. 58).

[221] *Ibidem*, p. 72.

CAPÍTULO 3

EL RIESGO COMO DISPOSITIVO DE GOBIERNO

El capítulo anterior ha atendido a determinadas elaboraciones dogmáticas sobre el impacto del riesgo en las recientes transformaciones del derecho punitivo, hemos mostrado su inmersión sociológica y su vínculo con determinadas posiciones sobre el concepto de racionalización.

El presente capítulo sugiere una comprensión diferente de los usos punitivos del riesgo y sus efectos en el plano jurídico. Para ello adoptaremos un enfoque de la filosofía crítica que suele denominarse «postestructural» y haremos uso, más concretamente, de la «caja de herramientas» foucaultiana.

La filosofía postestructuralista se caracteriza por observar los momentos de desequilibrio, los «procesos de deslizamiento en nuestras estructuras de significación»[1]. Es una actitud filosófica que hurga en la discontinuidad como problema en sí, como una urgencia teórica más relevante que la propia idea de estabilidad: la continuidad se lee como el momento precario entre dos transformaciones, y no a la inversa. Una postura útil para abordar el riesgo como un nudo de discontinuidades. Si la Teoría Crítica afronta el proceso de racionalización desde la observación del cambio (dialéctico), y el funcionalismo sistémico lo hace a partir de la estabilidad (la autopoiesis como argamasa que rellena las fisuras de cualquier discontinuidad), Foucault nos invita a contemplarlo desde la noción específica de transformación entendida como procesos múltiples y conexos de racionalización. Se trata, como se apuntó *supra* (§1.3), de afirmar un principio de multiplicidad que desconfía de cualquier versión unívoca de racionalidad.

Para especificar el modo en que esta actitud sirve a nuestro estudio, recurriremos a dos pasos sucesivos. En primer lugar, discutiremos algunos presupuestos de las sociologías del riesgo analizadas proponiendo una comprensión alternativa del par riesgo-racionalidad. En segundo lugar, plantearemos la comprensión del derecho en la estela de la obra de Foucault.

Ello nos permitirá visibilizar el género de problemas que aborda este trabajo: las zonas de acoplamiento y de fricción en objetos específicos de gobierno; en nuestro caso

[1] Harcourt (2007b, p. 1).

las distensiones entre racionalidades jurídicas y objetivaciones científico-técnicas del riesgo en la gestión de la peligrosidad.

3.1 Revisión de la tesis del riesgo como un problema de racionalización

La propuesta foucaultiana trata el problema de la discontinuidad como transformación, de forma diversa a como lo hace la más genérica interrogación sobre el «cambio»[2]. Quiere alejarse expresamente de los análisis de carácter epocal y de las generalizaciones dialécticas[3], proponiendo un estudio desagregado de problemas que se resisten a ser abarcados por cualquier metarrelato (las partes siempre suman más que el todo). Propone, en fin, observar los complejos de prácticas que exhiben incansables juegos de recomposición de los modos de racionalidad.

Desde el punto de vista del tópico sobre la sociedad del riesgo, esta actitud lleva a cuestionar el modo en que Beck aborda el riesgo como descriptor de la sociedad «tardomoderna». Desde el marco de análisis de los estudios sobre la gubernamentalidad, en una clave postfoucaultiana, Dean ha concretado tres puntos de discrepancia con el diagnóstico de Beck[4].

---

[2] Foucault (1968).

[3] O'Malley (2008).

[4] Dean (1999a, pp. 177-183). Los *governmentality studies* (estudios sobre la gubernamentalidad) aluden a la corriente académica en la estela del pensamiento de Foucault, en especial de sus nociones de gobierno y de gubernamentalidad que propuso desde finales de la década de 1970 (Foucault 2004a, pp. 91-118; 1981; 1982). Aquella corriente arranca tras la muerte de Foucault en el contexto académico anglosajón, a partir de la transcripción de los cursos del filósofo en el Collège de France, y es el origen del «redescubrimiento de Foucault», también en Europa, durante las dos últimas décadas. Sendas compilaciones de los primeros trabajos de esa literatura pueden encontrarse en Burchell, Gordon y Miller (1991) y Barry, Osborne y Rose (1996). La revista *Economy and Society* ha publicado aplicaciones de este estilo de análisis desde finales de los años 1980. Una explicación detallada sobre su marco metodológico puede consularse en Dean (1999a). En España encontramos noticia sobre esta línea de análisis ya en la década de 1990 por De Marinis Cúneo (1999), pero la bibliografía al respecto solo ha proliferado a partir de la segunda mitad de la década de los años 2000. Para un tratamiento panorámico de este planteamiento desde la sociología jurídica véase Vila Viñas (2014).

El enfoque de la gubernamentalidad parte del concepto foucaultiano de gobierno como «conducción de la conducta», es decir, como actividad dirigida a guiar o afectar la conducta de otros –o incluso de uno mismo– para la consecución de ciertos objetivos (Foucault 1982, pp. 1059-1060). Gobernar es, entonces, el «arte» de conducir el comportamiento de sujetos que son considerados libres (Burchell 1991, p. 119). Con el neologismo «gubernamentalidad» (a veces traducido como gobermentalidad o gobernabilidad) Foucault alude al estudio de ese «arte de gobernar», las «racionalidades» o las «mentalidades de gobierno»: las formas en que la acción de gobernar es pensada y ejecutada (Gordon 1991, p. 3; Miller y Rose 1990), la racionalidad política empleada en la gestion de los problemas de gobierno y las técnicas concretas a través de las que dicho ejercicio se desarrolla. Foucault plantea una serie de postulados metodológicos que han inspirado los estudios sobre la gubernamentalidad: el poder no es una sustancia, sino una relación entre personas (no se posee, sino que se ejerce); el gobierno supone una cierta racionalidad, por lo que está relacionado con saberes en función de su objeto; la gubernamentlidad no se dirige a analizar instituciones concretas, sino a mostrar cómo son

En primer lugar, la tesis de la sociedad del riesgo se apoya en un concepto inconsistente de riesgo, como peligro que escapa a las capacidades de cálculo. Tal sentencia resulta antinómica, ya que el riesgo no es una entidad con sustantividad propia, sino un modo de racionalidad calculadora que se proyecta sobre ciertos eventos cargados de incertidumbre, con el fin de gestionarlos en algún sentido. Así, «nada es un riesgo en sí mismo; no existen riesgos en la realidad. Pero por otro lado, todo puede ser un riesgo; todo depende de cómo se analice el peligro, se considere el evento»[5]. *Adversus* Beck, lo relevante no es el riesgo en sí, sino aquello a lo que este se vincula: formas de saber, regímenes de prácticas, programas de gobierno… en los que la objetivación de riesgos trata de traer lo incalculable al terreno de lo calculable. El oxímoron de Beck solo puede resolverse concluyendo que, en realidad, su descripción pretende esbozar una sociedad *post*-riesgo, donde en hipótesis los modos paradigmáticos de cálculo de la incertidumbre se habrían visto debilitados.

En segundo término, la consideración por Beck del «riesgo como realidad en sí» –como «cosa»[6]– es consistente con su comprensión sociológica general, que trata de definir un estadio de la modernidad como condición material de la existencia humana. La sociedad del riesgo es esgrimida por Beck en un sentido realista, como un hecho social tal que escapa a la capacidad de agencia humana. La perspectiva de la gubernamentalidad, más constructivista, se interesa por el modo en que las prácticas de gobierno (relaciones de poder), al configurar los entornos de acción, producen al sujeto. El riesgo, en este sentido, remite a ciertas representaciones que moldean la realidad para hacerla dócil hacia ciertos modos de intervención.

Por último, la sociología de Beck es totalizadora, al concebir ciertos fenómenos como descriptores de un modelo social. Y, directamente relacionado con esa actitud

---

racionalizadas las relaciones de poder; el análisis se dirige al *cómo* se ejerce el poder, no a *qué* es este; en concreto, la atención se centra en las diferenciaciones (jurídicas, económicas, culturales…) que permiten que unos sujetos actúen sobre las conductas de otros, los objetivos perseguidos por aquellos, sus modalidades instrumentales (discursos, sistemas de vigilancia, archivos, técnicas de examen…) y sus formas de institucionalización (regulaciones, estructuras jurídicas, arquitecturas…) (Foucault 1981, pp. 979-980; 1982, pp. 1051-1059). De todo ello se desprende la íntima relación entre el problema del gobierno y la dimensión técnica y tecnológica del poder (Barry, Osborne y Rose 1996, pp. 12-15; Dean 1999a, pp. 17 y ss.), la importancia de la perspectiva genealógica para observar la conformación de las distintas racionalidades de gobierno, y el interés del liberalismo, en sus distintas versiones y mutaciones, como campo de análisis de los estudios sobre la gubernamentalidad.

[5] Ewald (1991, p. 199).

[6] Reith (2004).

teórica, se sustenta en una asunción uniforme del riesgo, como si presentara siempre con exactitud los mismos rasgos, con independencia del contexto de uso, y se basara en todo caso en cálculos de tipo cuantitativo. Los análisis de la gubernamentalidad proponen siempre estudios contextualizados centrados en concretos regímenes de prácticas, y con débiles concesiones a las generalizaciones totalizantes.

«Oxímoron», «ontologización» y «sinécdoque» podrían ser los rótulos de los tres excesos que, a modo de tropos teóricos, Dean achaca al planteamiento de Beck. En nuestra opinión, todos ellos poseen el mismo origen: el modo diverso de considerar las relaciones entre poder y saber y de cómo cristalizan en torno al riesgo. Para Beck la sociedad del riesgo nace como quiebro gnoseológico en torno al peligro. En cambio, en la lógica de las mentalidades de gobierno, el riesgo se inscribe siempre en una voluntad de saber y poder específica y afirmativa. Es un modo de acción sobre los individuos que, como toda práctica de poder, más que acomodarse a una realidad dada, la *produce*: limita y despliega al mismo tiempo los objetos susceptibles de manifestarse y las acciones susceptibles de ser emprendidas; toda práctica de poder «abre un campo limitado de posibilidades»[7].

Una discusión similar en torno al riesgo, como catalizador de diatribas epistemológicas, puede observarse en la réplica de O'Malley a los planteamientos de Rigakos y Hadden, y su contrarréplica[8]. A partir de una discusión genealógica sobre la conformación de las prácticas de gestión de riesgos, que Rigakos y Hadden retrotraen al siglo XVII, el fondo de la discusión revela perspectivas contrapuestas sobre el modo de comprender la discontinuidad y las relaciones entre poder y saber. Para estos, y frente a la gubernamentalidad, la génesis del cálculo de riesgos estaría vinculada al auge del pensamiento burgués y al proceso de acumulación capitalista. El riesgo, apolítico y religiosamente neutro, fundado en un conocimiento aritmético, cuantitativo, habría asegurado el consenso y habilitado un discurso experto sobre el orden político y económico[9]. En consecuencia, la observación del riesgo en el presente no permitiría detectar discontinuidades significativas, sino la reelaboración de un modo de racionalidad cuantitativo cuya causa inmediata se encontraría en la lógica de la

[7] Dreyfus (1990, pp. 88-89).

[8] Rigakos y Hadden (2001a), O'Malley (2001a) y Rigakos y Hadden (2001b).

[9] Rigakos y Hadden (2001a, p. 68). El argumento se basa fundamentalmente en el análisis de los textos sobre economía política y aritmética política de William Petty en el siglo XVII.

economía capitalista y sus esfuerzos de cuantificación. Por esta vía interpretativa no tiene sentido leer las prácticas contemporáneas del riesgo como una erosión de la lógica de clase –como pretende Beck[10]–, y tampoco es posible dejar de lado el factor «clase» como causa explicativa de las relaciones de poder –como propuso Foucault–. Al contrario, el riesgo sería un modo de racionalidad estrechamente vinculado a las «necesidades» de clase. En resumen, la sociedad del riesgo en cualquiera de sus variantes es, para Rigakos y Hadden, un diagnóstico infundadamente inclinado hacia la novedad del presente, en el que en realidad vemos proliferar modos de poder-saber ya reconocibles hace más de tres siglos, incluidos sus usos punitivos.

3.1.1 Racionalización y modernización no lineales

La respuesta de O'Malley se dirige a evidenciar el exceso de linealidad y la comprensión monolítica del riesgo en que incurren Rigakos y Hadden, y que suponen en realidad una variación de los mismos problemas que afectan a la propuesta de Beck. Los argumentos de aquel derivan implícitamente de las propuestas metodológicas de Foucault, que podríamos reconducir a dos advertencias. Por un lado, deducir modos de racionalización de las «necesidades» del sistema productivo o de cualquier otra realidad social objetiva constituye un exceso teórico que la actitud genealógica se afana en cuestionar. La genealogía denuncia la violencia teórica que supone identificar un origen fundador de nuestras prácticas y fenómenos sociales, proponiendo en cambio un análisis desagregado en múltiples condiciones de posibilidad, que no definen relaciones causales unívocas, sino posibilidades inciertas de desarrollo.

Por otro lado, la perspectiva foucaultiana defiende una concepción «fuerte» de las relaciones poder-saber y, por lo tanto, un análisis radicalmente centrado en los procesos de racionalización como producción de verdad. En esta clave carece de sentido deducir racionalidades de infraestructuras ontologizadas, como el sistema productivo o el riesgo como realidad objetiva. Al contrario, el propio proceso de acumulación de capital solo es posible en virtud de la proliferación de un conjunto de racionalidades, y sus consiguientes objetivaciones y subjetivaciones. Como advirtió Foucault, «tenemos que producir la verdad del mismo modo que, al fin y al cabo, tenemos que producir

[10] Beck (1998a, pp. 25-26).

riquezas, y tenemos que producir una para poder producir las otras»[11]. Esta discusión remite a la vigencia de la herencia marxiana en el análisis de la realidad social, y al modo en que Foucault quiso corregirla, que ha cobrado vigencia explícitamente en torno a la proliferación de las prácticas actuariales en el presente, explicada desde algunas posiciones en términos pseudo causales como una excrecencia de la realidad económica postfordista[12].

Ese tipo de análisis causales, que a menudo se deslizan hacia interpretaciones dialécticas –sea en base a las contradicciones del sistema productivo, sea partiendo del desplazamiento de la «lógica económica» por la «lógica del riesgo»–, postulan necesariamente interpretaciones unívocas del riesgo como modo de racionalidad[13]. Este tipo de análisis acoge difícilmente el hecho de que la gestión de riesgos exhibe líneas múltiples de desarrollo, a menudo conflictivas y procedentes de fuentes diversas de saber, no siempre cuantificadoras. De hecho, los intentos estrictamente jurídicos de gestión del riesgo se han inspirado a menudo en fórmulas cualitativas de aprehensión del peligro, como evidencia el modo de objetivación propio de los delitos de peligro abstracto. Entonces «el riesgo ha sido y continúa siendo un territorio disputado», más que un ámbito en el que puedan apreciarse rígidas continuidades[14]. Su observación puede basarse, a lo sumo, en la definición de trazas genealógicas que se influyen y entrecruzan de modos complejos.

Por estos motivos, los intentos de hacer compatibles las perspectivas macrosociológicas sobre el riesgo con los análisis «desagregados» de estilo foucaultiano resultan metodológicamente inconsistentes[15]. Las posibles vías de comunicación, la posible utilidad del marco macrosociológico de Beck para un análisis microfísico de las técnicas de gobierno en torno al riesgo, pasa a lo sumo, por emplear la noción de «sociedad del riesgo» como una «figura de pensamiento», al estilo de cómo Foucault propuso emplear la noción de «sociedad disciplinaria», como «telos»:

---

[11] Foucault (2012a, p. 12).

[12] Así, por ejemplo, la muy difundida lectura de De Giorgi (2006).

[13] Según O'Malley (2001a) observa en Rigakos y Hadden, y Dean (1999a, pp. 208 y ss.) en el propio Beck.

[14] O'Malley (2001a, p. 89).

[15] Así puede concluirse en atención a las propuestas de Ericson y Haggerty (1997) y Hughes (1998), como argumentaremos enseguida.

tan solo el ideal o el objetivo de ciertas formas de programas o estrategias[16]. Lo que lleva a adoptar el rótulo de sociedad del riesgo como imagen proyectada por un programa de racionalización de las prácticas sociales (punitivas, en nuestro caso) inspiradas crecientemente en la prevención de riesgos. Queda lejos, por lo tanto, la pretensión de tratar dicha sociedad del riesgo como realidad objetiva, de cuyos rasgos definitorios pudieran deducirse modos de organización social o condiciones de existencia de los sujetos en el presente.

La distancia entre estas dos posturas, que tiene consecuencias analíticas determinantes, puede ser observada en torno a dos conceptos en los que las perspectivas de la sociología del riesgo y el análisis de la gobermentalidad se enredan y al mismo tiempo toman distancia entre sí: se trata de las nociones de *reflexividad* y de *discurso* (en concreto del papel del discurso experto), como aspectos que adquieren centralidad, aunque en sentidos diversos, en ambos relatos. La discusión en torno a estos dos ejes permitirá concretar el planteamiento del riesgo, ya en el apartado siguiente, como dispositivo de gobierno en el sentido que Foucault dio a esta expresión.

3.1.2 La noción de reflexividad

a) Reflexividad de las técnicas de gobierno

Beck propone su versión dialéctica de la razón ilustrada a través de la idea de reflexividad. Tras los pasos de la Teoría Crítica, y en realidad de cualquier filosofía crítica, Beck cuestionará la acepción lineal de la modernidad como continuum de racionalización, de perfectibilidad progresiva[17], a la vista de la irrupción de las consecuencias imprevistas en el proceso racionalizador. Su concepto de reflexividad trata de explicar la norma general de desarrollo de esa irrupción y que, por tratarse de «consecuencias imprevistas», resiste cualquier reflexión. Reflexividad, para Beck, no significa reflexionar, sino reflejo: disolución de los contornos de la sociedad industrial a

[16] Dean (1994, p. 167 y 1999a, p. 179); O'Malley (1999a, p. 143).

[17] Elliott (2002, p. 296).

causa del avance modernizador[18]. Designa una modernización en espiral de la sociedad industrial sobre sí misma, que releva la originaria modernización[19].

Esta reflexividad, antes que el riesgo, le permite teorizar sobre una «etapa» nueva de la modernidad situando a la racionalidad moderna frente a sus límites, en cuanto a la definición y atribución de la contingencia, del peligro. De ahí que Beck defina la modernidad reflexiva como un escenario de incertidumbre redoblada a merced del «no saber»[20], que resulta de la crisis de legitimidad de saberes expertos en la gestión del peligro.

Esta lectura de la reflexividad incurre en dos déficits. Por un lado, obvia la proliferación de los avances en renovadas técnicas de gestión de la incertidumbre, que invitan a concluir más bien en una nueva vigencia de las racionalidades del riesgo. Por otro, de nuevo por su enfoque sociológico, concibe la incertidumbre como resultado negativo de un fracaso del riesgo frente a sucesos que rebasan sus posibilidades de objetivación. Sin embargo, la incertidumbre no es en sí misma un problema en la gubernamentalidad liberal, sino más bien una precondición de su concepto de gobierno [21] . El liberalismo contiene una ambivalencia riesgo/incertidumbre, evidenciando una tensión permanente entre el anhelo de mayor seguridad a través del conocimiento del riesgo, y el estimulante reclamo mercantil de ciertas dosis de incertidumbre[22]. De hecho, la crítica neoliberal al *welfare* podría ser vista como una propuesta de expansión de las zonas de incertidumbre social[23]. Esta incertidumbre asumida tiene consecuencias en la constitución del sujeto, procesado como un gestor de riesgos individual en entornos de incertidumbre admitidos como espacios de libertad.

En la perspectiva de la gubernamentalidad, un mundo que «colapsa» en la incertidumbre resulta excesivo, tanto como analizar «la modernización» en base a la idea de progreso. El par riesgo/incertidumbre invita a desarrollos múltiples,

[18] Beck (2008, p. 170).

[19] Beck (1998a, p. 17).

[20] Beck (2008, pp. 170-180).

[21] O'Malley (2004).

[22] Así lo advierte Ericson (2005, p. 59), sobre los pasos de O'Malley.

[23] Esta lectura puede deducirse del propio O'Malley (2004) –en realidad la época del riesgo es el *welfare*, no el neoliberalismo, más inclinado del lado de la incertidumbre–. *Vid.* así mismo la aportación de O'Malley en O'Malley, Ericson, Braithwaite y Williams (1994, pp. 28-29).

contingentes y arbitrarios de cara a construir relaciones entre lo posible y lo probable[24]. La propuesta neoliberal de gobierno asume la incertidumbre como condición de desenvolvimiento de las dinámicas sociales; y estimula fórmulas cada vez más atinadas de gestión de riesgos de daños colaterales, productos de la incertidumbre, entre ellos, sin duda, la exposición al delito.

La incertidumbre se comprende como arte de lo posible, y reclama flexibilidad y adaptabilidad. La exigencia de utilizar el riesgo de forma subordinada a la persistencia de la incertidumbre (y no a la inversa), es decir, como instrumento para «navegar en el caos», sería la clave de bóveda de esa mentalidad neoliberal de gobierno. Como puede apreciarse, la noción de reflexividad en Beck conduce a un estilo de diagnóstico inverso: la incertidumbre es el resultado no deseado del colapso de las técnicas de aseguramiento del riesgo.

El problema saber/no saber con relación al riesgo se concreta en la discusión acerca de la asegurabilidad o no asegurabilidad de la amenaza catastrófica planteada por el terrorismo globalizado, tras el 11 de septiembre de 2001. Ericson y Doyle ofrecieron una investigación dirigida, en gran medida, a desmentir la tesis sobre el desbordamiento de los instrumentos aseguradores por parte de los «riesgos globales», entre los que Beck incluyó el terrorismo internacional tras los ataques de 2001[25]. Aquellos plantean cómo, pese a las dificultades planteadas por el acontecimiento, la industria aseguradora logró reconfigurar de manera imaginativa sus técnicas de cobertura de tales contingencias. El interés metodológico de la discusión radica en la respuesta de Beck, en la que se ve arrastrado a discutir en torno a instrumentos de gobierno concretos, esforzándose en perfilar su tesis sobre la reflexividad como opacidad cognoscitiva[26]. Beck ha acabado por matizar su tajante división entre «riesgos asegurados» y «no asegurados», postulando ahora la observación de las «estrategias de exclusión selectiva de riesgos» como clave para comprender los espacios de opacidad generados en la sociedad del riesgo, más ambivalentes de lo que su tesis inicial había reconocido[27].

---

[24] O'Malley (2004, p. 9).

[25] Ericson y Doyle (2004).

[26] Beck (2008, pp. 186-94).

[27] *Ibidem*, pp. 190-191. Al margen de ese reajuste, la réplica que Beck ofrece para reafirmar su tesis insiste en tres argumentos: 1) Ericson y Doyle confunden las nociones de prevención del riesgo (*ex*

b) Riesgo catastrófico, precaución y excepcionalidad

Beck no acierta a explicar los modos en que la técnica del seguro ha resistido a los riesgos catastróficos vinculados al terrorismo, que combinan baja probabilidad/altas consecuencias en grado máximo. No siempre son técnicas de tipo actuarial, sino vías de imaginación del evento probable y daños asociados, con el fin de «capitalizar la catástrofe»[28]. Por otro lado, Beck deja de lado el hecho de que la gestión de la catástrofe se apoya en un despliegue de instrumentos preventivos de vigilancia y control «racionalizados», consistentes en técnicas de procesamiento actuarial, apoyados en análisis algorítmicos de datos agregados (*data mining*), que categorizan los sujetos (*profiling*). Así implementan modulaciones y controles crecientemente eficaces para evaluar la peligrosidad de individuos singulares. Este sería el rostro actuarial de las estrategias de gobierno post 11 de septiembre de 2001[29].

El riesgo catastrófico evidencia con claridad la distancia teórica entre la tesis de la sociedad del riesgo y la perspectiva de la gubernamentalidad, y sus interpretaciones

---

ante) y compensación de la catástrofe (*ex post*), siendo esto último lo que habría sucedido propiamente tras el 11 de septiembre por vía del reaseguro, confirmando por lo tanto el colapso de las técnicas preventivas en «la sociedad del riesgo mundial»; 2) la tesis de la sociedad del riesgo se fundamenta principalmente en el fin de la aseguración privada, hecho confirmado tras el 11 de septiembre con la asunción por parte del Estado del rol de último reasegurador como única vía de aseguramiento viable; 3) En sí mismas, las tribulaciones ocasionadas por el nuevo rostro del terrorismo internacional para los sistemas de aseguramiento enfrenta a la lógica de neutralización de los daños con su propio límite y, por lo tanto, también pone en crisis las estrategias de neutralización del miedo.

[28] Aradau y van Munster (2011, pp. 52-67). En relación a los tres argumentos de Beck mencionados en la nota anterior, se pueden esgrimir varias consideraciones. 1) Las nuevas técnicas aseguradoras frente al peligro terrorista desarrolladas en la última década no evidencian solo fórmulas de reaseguramiento *ex post* sino también, como se ha dicho, verdaderos intentos de capitalización de la catástrofe. 2) No parece demasiado claro el sentido en el que el argumento de Beck ha de fundarse solo en el declive del aseguramiento privado y, de hecho, tal aserto no es explícito en la versión inicial de su teoría. Esa división asume una distinción tajante entre las técnicas de gobierno privadas y públicas (estatales) que, al menos desde la óptica de la gubernamentalidad, carece de sentido. La propia historia de la técnica seguradora expresa trasvases y deslizamientos entre lo público y lo privado, basándose en ambos casos en saberes y objetivaciones similares. Por otro lado, la afirmación del Estado en su capacidad de aseguramiento técnico parece contradecir abiertamente la tesis nuclear de Beck, relativa a la pérdida de capacidad del aparato público en la gestión del peligro. Ciertamente, ese papel subsidiario del Estado como asegurador último es evidente también en las mentalidades neoliberales de gobierno, como especie de cláusula de cierre del sistema. Esa función ha sido evidente en la gestión del riesgo de *default* financiero el contexto de la Gran Recesión, donde el Estado ha emergido como prestamista de última instancia (*lender of last resort*) para las entidades bancarias. 3) Las dificultades y situaciones límite que puedan evidenciar las técnicas de gobierno no pueden interpretarse de suyo como anomalías o síntomas de una catástrofe de las estrategias de gobierno. Los movimientos de emergencia, expansión y declive son inherentes a la naturaleza experimental de las relaciones de poder, como evidencia la propia historia gubernamental del liberalismo.

[29] Sobre esta cuestión *vid.* los ensayos incluidos en el volumen colectivo Amoore y de Goede (2008).

de la idea de reflexividad. El estilo genealógico de Foucault no orbita en torno a la catástrofe, sino a la más cotidiana realidad productiva y experimental de las relaciones de poder («Foucault no es Casandra»)[30].

Las teorías de la catástrofe identifican puntos de ruptura e inflexión. Sin embargo, en Foucault el presente no se arroga ningún privilegio respecto a cualquier otra época en cuanto a sus urgencias o sus novedades, siquiera catastróficas; se considera en el marco de la serie de discontinuidades que la genealogía busca hacer inteligibles. Las instituciones y categorías sociales deben ser abordadas en su estricta contingencia. El suceso catastrófico no es un colapso en la incertidumbre; es, a lo sumo, condición de posibilidad para nuevas experimentaciones del poder, como evidencian las prácticas de *profiling* actuarial en el escenario post-11 de septiembre de 2001.

El marco conceptual de Beck inclina el análisis del lado del problema de la excepcionalidad vinculada a la catástrofe y, por ende, a los excesos decisionistas del poder: «[...] la sociedad del riesgo no es una sociedad revolucionaria, sino más bien una *sociedad de las catástrofes*. En ella, *el estado de excepción amenaza con convertirse en el estado normal*», y se apela a la *política dirigista del estado de excepción*»[31]. Esta interpretación de la sociedad del riesgo como excepción normalizada, que trae al pensamiento inevitablemente la tesis de Agamben[32], se ha visto confirmada en el modo en que Beck atendió los sucesos del 11 de septiembre de 2001[33], pero también en el expansionismo de cierto excepcionalismo penal. La sociedad del riesgo como desafío al saber experto, como un «no saber», abona esa interpretación decisionista en clave soberana de la política y de los instrumentos punitivos, en un esfuerzo por salvaguardar la lógica del «todo bajo control» –si se quiere, para salvar la vigencia del pacto hobbesiano–. La lectura foucaultiana de las relaciones de poder, y su mirada sobre el riesgo, no enfatiza el suceso catastrófico ni, por tanto, la irrupción de un poder excepcional. Como puntualizaremos en el epígrafe siguiente, Foucault insistió en la necesidad de trascender el momento soberano de la política y poner la atención en el

[30] Gordon (1986, p. 79), escribiendo coetáneamente a la primera formulación de la sociedad el riesgo por Beck.

[31] Beck (1998a, p. 87; cursivas en el original).

[32] Agamben (2004).

[33] Beck ha insistido en el entrecruzamiento general entre sociedad del riesgo y estado de excepción (Beck 2008, pp. 103 y 116). No obstante, más en concreto, el renovado terrorismo global significa para Beck una especie de «nuevo Chernobil» en la conciencia colectiva (Beck 2004, p. 350).

modo en que la decisión se procesa en técnicas concretas de gobierno. Reducir la sociedad del riesgo a un escenario de decisionismo político oscurece las vías cotidianas –y expertas– que proliferan y se reinventan en torno al problema de la incertidumbre, pues la decisión securitaria nunca es anómica.

Pese a estas distancias teóricas, los planteamientos de la sociología del riesgo de Beck y las interpretaciones del riesgo en clave de gubernamentalidad parecen aproximarse en algunos aspectos. El principio de precaución (como prevención de la prevención) juega un papel relevante en ambos casos; y de hecho ha sido abordado por Ewald como una especie de límite epistemológico en la gestión del riesgo, donde la indeterminación de las relaciones causa-efecto reclama una decisión terminante para eliminar eventuales resultados dañosos[34]. No obstante, el argumento de Ewald adopta una postura teórica distinta a Beck. En primer lugar, porque la división entre lo asegurable y lo no asegurable es en Ewald puramente coyuntural, dependiente del «estado de la técnica» aseguradora, y de la capacidad creativa de las reinvenciones en el binomio poder/saber[35]. La precaución, recurso ante los límites del conocimiento, no puede leerse como un puro decisionismo soberano, sino como la apertura a modos alternativos de imaginar –y anticiparse– al evento riesgoso. Las prácticas anticipatorias pueden comprenderse versiones de una «cronopolítica» que define la vocación futurista de la política contemporánea, dedicada en construir escenarios futuros que configuran el presente[36]. La conclusión que podemos extraer es que la acción anticipatoria frente a

[34] Ewald (2002).

[35] Ewald (1991, p. 200).

[36] Kaiser (2015). No obstante, el autor no aborda la dicotomía prevención/precaución (*prevention*/*precaution*), sino la diferencia prevención/anticipación proactiva (*prevention*/*preemption*). Más allá de las dificultades de traducción que plantea el término *preemption*, cabe plantear que aporta un significado productivo (positivo) a la decisión precautoria, en la medida en que, partiendo del desbordamiento de la lógica de la calculabilidad estadística, no se instala en la mera ignorancia anticipatoria, sino que reclama «técnicas imaginativas o 'visionarias' como el test de estrés (*stress-testing*), la planificación de escenarios (*scenario planning*) y el ensayo de catástrofe (*disaster rehearsal*)» (De Goede 2011, p. 10). Kaiser expone las diferencias de ambas actitudes (*prevention* vs. *preemption*) en cuanto al modo de concebir la secuencia temporal, que remite a un problema sutil. La prevención asume que el curso normalizado de los acontecimientos conduce a resultados aceptables, por lo que la acción se dirige a restituir dicho transcurrir «apacible» de los fenómenos (cualquier otra intervención sobre la cadena causal, que por lo demás puede conocerse en detalle, llevaría a un resultado dañoso). En cambio, la anticipación proactiva que designa la noción de *preemption* asume un devenir negativo del curso temporal, de modo que la ausencia de acción inmediata, que corrija dicho curso, conduce posiblemente al daño (Kaiser 2015, pp. 170-171). Si bien *preemption* y *precaution* no son enteramente coincidentes, lo cierto es que la primera actúa en la mayoría de los casos como sustrato teleológico de la segunda, y en ambos casos las relaciones causa-efecto y la cuantificación estadística de la probabilidad del resultado pierden relevancia, ante la necesidad de actuar de forma inmediata para anticiparse al resultado lesivo.

resultados hipotéticos reclama objetivar el evento e imaginar políticamente una respuesta, que no tiene por qué reducirse a la prevención actuarial o a la decisión excepcional hija del no-saber[37].

c) Esfuerzos unificadores en torno a la reflexividad

A pesar de todo, no han faltado intentos de compatibilizar la sociología del riesgo de Beck con un análisis desagregado de técnicas de gobierno en clave de gubernamentalidad[38]. Así, por ejemplo, Ericson y Haggerty, en su análisis de las transformaciones de las prácticas policiales en torno a la gestión de riesgos, trataron de enmarcar estas mutaciones en el escenario ofrecido por Beck[39], delineando una especie de «patología de la seguridad» como contexto objetivo de proliferación de las prácticas actuariales en el terreno policial[40]. Pese a la calidad del análisis detallado de las técnicas policiales en el contexto anglosajón que ofrecen, su promiscuidad metodológica conduce a ciertas debilidades[41]. En nuestra opinión, la debilidad teórica de ese intento de compatibilización queda evidenciado al considerar la noción de reflexividad. De hecho, Ericson y Haggerty solo pueden asumir en su análisis el marco teórico de la sociedad del riesgo a costa de malinterpretar la concepción que Beck propone sobre la reflexividad. Equiparando de forma apresurada su comprensión con la de Giddens y

[37] Anderson (2010), Aradau y van Munster (2008), Salter (2008).

[38] No obstante, la intersección entre ambos enfoques está en el origen del propio planteamiento de Beck. Ya en 1988, el autor alemán se apoyó en la descripción de las modernas fórmulas de aseguramiento ofrecida por Ewald (1986a) –en la estela del pensamiento de Foucault–, para exponer su presunta desintegración (Beck 1998d, pp. 191-195). Curiosamente, *La sociedad del riesgo* (Beck 1998a) y *L'Etat providence* (Ewald 1986a) fueron publicados el mismo año, delineando dos exploraciones de los impactos sociales del riesgo por vías distintas, sobre consideraciones diversas de las relaciones entre poder y saber (o no-saber).

[39] Ericson y Haggerty (1997, pp. 86-91).

[40] Un intento similar puede hallarse en Hughes (1998, pp. 130-153), partiendo ya de forma ambivalente de los planteamientos de Giddens y de Beck, que en sí mismos postulan comprensiones distintas de la idea de reflexividad.

[41] Así lo observó O'Malley (1999a). Opina que la remisión al marco de la sociedad del riesgo de Beck desvirtúa en gran medida el potencial analítico desplegado por Ericson y Haggerty, ya que les induce a asumir un cambio «societal» que estaría motivando la saturación de las prácticas de gobierno y de la sociedad en su conjunto por entornos de riesgo. «El resultado es una consecuente visión totalizadora en la que el riesgo se considera en la base de casi cualquier cosa». Tal comprensión sociológica, colmada de realismo epistemológico, es difícilmente compatible con el «irrealismo» foucaultiano (O'Malley 1999a, p. 143).

Lash [42], leen la reflexividad en Beck también como autorreflexión, como reconsideración constante de las propias prácticas, esto es, como racionalización[43]. No en vano, todo el esfuerzo teórico de Ericson y Haggerty es difícilmente compatible con un concepto de reflexividad entendido como autodisolución, como «no saber». Su propuesta consiste en evidenciar el modo en que la actividad policial ha declinado progresivamente, al menos en el contexto anglosajón, en un problema de comunicación de riesgos, y cómo esta lógica ha reconfigurado los protocolos de toma de decisiones, las tecnologías empleadas y, en último término, las identidades profesionales de los propios agentes. Es un estudio sobre la reconfiguración de las prácticas policiales de gobierno a partir de la diseminación de un modo de saber en un específico entorno institucional. El diagnóstico concluye en la actividad policial como un proceso de acumulación y circulación de conocimiento, hasta llegar a calificar a los agentes policiales como una suerte de «trabajadores cognitivos»[44].

La tentativa de Ericson y Haggerty ilustra las limitaciones de la teoría de Beck para ofrecer una descripción general del presente, y para explicar la proliferación del tipo de prácticas que estudiamos[45].

El concepto de reflexividad dista de ser unívoco en la literatura sociológica. Incluso autores que comparten elementos sustanciales del diagnóstico de Beck han propuesto versiones distintas de la naturaleza reflexiva de «la modernidad» en su estadio presente. Así, por ejemplo, Giddens alude a las nuevas exigencias de conocimiento que fundan las prácticas sociales y las decisiones individuales[46], y Lash y

---

[42] Giddens (1994) y Lash (2003). El propio Beck (2008, p. 170) toma distancia expresamente de la noción de reflexividad propuesta por Giddens y Lash en el sentido de «saber», oponiendo su comprensión en términos de «reflejo».

[43] Ericson y Haggerty (1997, pp. 96-99).

[44] *Ibidem*, pp. 19-30. Ericson, en una perspectiva en parte próxima a Lyon (1994 y 2001) y el conjunto de los *Surveillance Studies*, resalta la importancia que la vigilancia ha adquirido en la práctica policial, a partir de la centralidad que la información ha asumido en las rutinas policiales. Conviene advertir la propia aclaración de Ericson en el sentido de que, en este contexto, información se equipara a conocimiento. La información es el conocimiento que se instrumentaliza en la dinámica reflexiva de la organización y las prácticas policiales (O'Malley, Ericson, Braithwaite y Williams 1994, p. 39).

[45] Conviene advertir que Beck presentó su propuesta sobre la sociedad del riesgo en 1986 como «un fragmento de teoría social prospectiva y empírica, sin seguridades metódicas de ningún tipo» (Beck 1998a, p. 16). Este enfoque modesto y aproximativo parece haber sido obviado posteriormente, quizá debido al rotundo éxito cosechado, y lo cierto es que la sociedad del riesgo se ha postulado frecuentemente como una descripción integral y comprehensiva de la sociedad contemporánea.

[46] Giddens (1997).

Urry, por su parte, han propuesto la reflexividad en un sentido estético-expresivo, como proyecto de construcción biográfica del sujeto moderno por medios culturales[47].

En la perspectiva de los estudios sobre gubernamentalidad, Dean ha propuesto también un uso específico del concepto de reflexividad –precisamente trenzando una dialéctica con Beck–, especialmente afanado en dar cuenta de las nuevas vías de dispersión de la racionalidad del riesgo en cuanto técnica de gobierno[48]. El carácter productivo del saber vehiculado en técnicas de gobierno, en la que insiste la mirada postfoucaultiana, podría llevarnos a concluir cierta similitud de su propuesta sobre la reflexividad con aquella de Giddens, que no en vano alude mediante el concepto a «la reflexión continua sobre nuestras acciones cotidianas y sobre los cambios que debemos efectuar a la luz de los nuevos conocimientos»[49]. Sin embargo Giddens, aproximándose a Beck con su propio arsenal teórico, percibe esa volatilidad de un saber permanentemente revisado, rasgo desestabilizador que mina la idea de certidumbre y las dosis de «seguridad ontológica» del sujeto, situado en una compleja tesitura para desplegar narrativas biográficas coherentes. Giddens es «un anti-Foucault»[50]. El dibujo que Dean propone de la reflexividad circunda los de Beck y Giddens, alejándose sin embargo de sus lecturas sobre la renuncia o la pérdida. La idea que emerge ahora es la de un «gobierno reflexivo», que significa una situación en la que «los mecanismos de gobierno mismos son sometidos a problematización, escrutinio y reforma»[51].

La noción de gobierno reflexivo se relaciona con el *telos* neoliberal, que postula, por un lado, la renuncia a una intervención directiva sobre los procesos sociales, el rechazo a un «gobierno a través de la sociedad» en un contexto de «muerte de lo social»[52]; por otro lado, la búsqueda de equilibrio en la praxis de gobierno entre los dos

[47] Lash y Urry (1998, pp. 53-88). Ofrecen una sistematización de la noción de reflexividad en Beck (*ibidem*, pp. 55-61) y Giddens (1997, pp. 61-69), atribuyendo sin embargo al primero una conceptualización en términos de «reflexión» que contradice abiertamente la posición del propio autor. Por otro lado, Lash y Urry ofrecen su propio concepto de reflexividad en términos estéticos, en el sentido de la dependencia de las acciones de los sujetos hacia una especie de capital cultural de la que aquellos hacen uso para definir sus proyectos vitales (Lash y Urry 1998, p. 82).

[48] Dean (1999a, pp. 188-197).

[49] Giddens (2014, p. 166).

[50] Lash y Urry (1998, p. 63).

[51] Dean (1999a, p. 193).

[52] Rose (1996b). Al respecto véase también Rose, Hunt, Fecteau, Lacey (1994).

precipicios que suponen «gobernar demasiado» y «gobernar demasiado poco»[53]. En esa lógica, observa Dean que el problema ya no es asegurar procesos externos a los dispositivos de gobierno, sino los propios mecanismos gubernamentales, depurándolos en su eficacia y ligereza. El propósito de configuración de la sociedad no desaparece, sino que se persigue por otros medios. No se busca ya mediante el gobierno de los procesos sociales, sino a través del gobierno de los mecanismos, técnicas y agencias de gobierno mismos. En esta lógica, «el problema liberal de la seguridad, en la que esta depende de los procesos de la economía y la sociedad, se ve desplazado por una nueva problemática relativa a la seguridad de los mecanismos de gobierno»[54]. El liberalismo avanzado plantea una corrección de la «racionalidad sustantiva» del *welfare* mediante la implementación de fórmulas de gobierno que presentan un carácter más «formal» que sustantivo: se trata de afinar los procesos mediante los que se gobierna, más que de un gobierno material de los procesos sociales, especialmente de carácter económico[55]. Si bien los términos en los que Rose afirma esa transición –al igual que la propia idea de una «muerte de lo social»– pueden resultar demasiado gruesos si se toman como descripción totalizante, lo cierto es que en el terreno del gobierno de la desviación, en torno a la irrupción de racionalidades actuariales, pueden apreciarse derivaciones en ese sentido. Si la conducta desviada había sido considerada bajo el *welfare* en términos esencialmente clínicos y sociales, se ve ahora comprendida crecientemente como un hecho físico prevenible mediante la *expertise* de los instrumentos, que lo gestionan en su estricta manifestación fáctica.

Esta reflexividad, gobierno reflexivo, comparte cierto sentido de reflejo tal como propone Beck: al cabo una aplicación recursiva de las mentalidades de gobierno sobre sus mismas prácticas. Se aproxima también a la idea de reflexividad cognitiva de Giddens, en la medida en que la problematización de los instrumentos de gobierno se funda en saberes siempre renovados, las más de las veces de tipo técnico. Sin embargo, esta reflexividad es expresión del carácter radicalmente afirmativo del poder, más que de lo que reprime.

---

[53] Foucault (2004b, p. 20).

[54] Dean (1999a, p. 226).

[55] Rose (1996a, p. 54).

La lógica gerencial, en sus diversas manifestaciones, evidencia ese anhelo de reflexividad de las propias prácticas, de los mecanismos de funcionamiento como problema de gobierno en sí. La implantación de técnicas de monitorización, auditoría, gestión de la calidad, etc., refleja su anhelo de depuración formal de las prácticas, prójimo a la idea de «gobierno a distancia» como fórmula típicamente neoliberal[56]. Se trata, de nuevo, de la vocación de establecer fórmulas de gobierno que enmarquen de forma calculada procesos sociales y conductas de los sujetos, más que de intervenir directamente sobre las dinámicas o motivaciones de su actuación, frente a modos de intervención que, ahora, se perciben excesivos. Esta idea de gobierno reflexivo, a distancia, parece revelar una intensificación del carácter «formal» (Weber) o «subjetivo» (Horkheimer) propio de la razón instrumental, que atiende a la eficacia de los medios más que a los fines de la acción.

En todo caso, el riesgo es funcional como técnica racionalizada de toma de decisiones, idónea para los cálculos coste-beneficio y la acción de gobierno conforme a ellos[57]. La gestión de riesgos se presenta como una herramienta para el gobierno de la conducta, como elemento nuclear para la reconfiguración de las prácticas en una perspectiva gerencial. En el caso de la gestión de conducta desviada, las prácticas de gobierno alcanzan, más allá de la sofisticación de los instrumentos de gestión, formas de compulsión corporal. Sin embargo, el actuarialismo punitivo se acomoda sin duda al tipo de reflexividad de los instrumentos de gobierno y de un «gobierno a distancia».

Ya desde su formulación inicial, Feeley y Simon subrayaron el componente gerencial de los nuevos planteamientos punitivos centrados en el riesgo, que ponen en primer plano el «control eficiente de los procesos del propio sistema» más que los objetivos tradicionales de rehabilitación y control del delito en sentido tradicional[58]. Si bien el proyecto de «un gobierno a distancia» se ha identificado sobre todo en el plano económico, el actuarialismo punitivo comparte ciertos rasgos generales con dicho proyecto: la creciente dependencia de las prácticas de gobierno hacia nuevas formas de

[56] Según han expuesto Miller y Rose (2008, p. 58). Sobre el concepto inicial de «acción a distancia» de Latour (1992, pp. 208-13), aquellos emplean la expresión para aludir a una conducción de la conducta basada en la creación de marcos teleológicos compartidos, en un condicionamiento indirecto, más que en la coacción directa sobre el actor gobernado.

[57] Dean (1999a, pp. 196-197).

[58] Feeley y Simon (1992, p. 450).

saber experto, implementando formas de decisión basadas en las potencialidades de conocimientos especializados; así como la creación de marcos reguladores de la conducta, más que una intervención directa o inmediata sobre la misma[59]. Ciertamente, el procesamiento de la desviación en términos de riesgo implica una abstracción o descomposición «factorial» de la conducta del sujeto que condiciona los modos de actuación directa sobre su conducta.

Por todo ello, el concepto de reflexividad vinculado al riesgo resulta más productivo en términos de intensificación de una racionalidad instrumental que perfecciona los propios medios de gobierno: como modo de incidir en la realidad gobernada. Es un riesgo que porta una «matriz» de racionalidad, una manera de procesar la realidad que se reclama eficiente y apta para cualquier medio, adaptable a cualquier objetivo y tipo de toma de decisiones. Se postula como un *medio afinado* –o afinable– para un fin cualquiera. En este sentido, el riesgo se vincula a un creciente esfuerzo de imaginación técnica, de reinvención de los instrumentos de gobierno a partir de la reconsideración de las relaciones poder-saber. En lo que aquí nos interesa, un modelo punitivo virado hacia la gestión experta del riesgo implica una reflexividad –entendida como reflexión, como esfuerzo cognitivo– fundada en la experimentación de nuevas técnicas[60], que desemboca en todo un abanico de prácticas[61].

3.1.3 El orden del discurso en la sociedad del riesgo

La noción de reflexividad apunta directamente a las relaciones entre poder y saber en los procesos de racionalización del riesgo, sean considerados como relaciones de poder, técnicas de gobierno, o de producción de seguridad. Junto con aquella noción, existe otro punto de confluencia y a la vez de distanciamiento entre la perspectiva de la sociología del riesgo y el análisis de las mentalidades de gobierno: se trata de la cuestión del discurso como ingrediente de toda praxis social. Un aspecto que, con relación al riesgo, es afrontado de formas diversas en coherencia con las distintas comprensiones de la idea de reflexividad.

---

[59] Señalan esos rasgos generales Miller y Rose (2008, p. 26).

[60] Feeley y Simon (1992, pp. 457-458).

[61] Feeley y Simon (1994, pp. 174-185).

Para afrontar las ambivalencias de su concepto de riesgo Beck introdujo, como vimos, la noción de «relaciones de definición», para explicar las modalidades de relación discursiva con «los riesgos», es decir, «la accesibilidad y tipología de los recursos necesarios para definir (eludir) los riesgos de una manera socialmente vinculante»[62]. Lo que pretende subrayar es que el ejercicio del poder en la sociedad del riesgo supone el recurso a esas relaciones de definición: «mediante la alteración de las relaciones de definición (...) se puede influir sobre la dinámica política de los conflictos provocados por el riesgo»[63]. Por otro lado, Beck hará uso de la idea de «coaliciones de discurso» acuñada por Hajer, para designar las fuerzas que pugnan por la definición de los riesgos.[64] Estas «coaliciones» «se extienden a través de las fronteras de clases, estados naciones y sistemas», actuando como auténticos «arquitectos del paisaje del discurso»[65].

Podría parecer que, en esta deriva nominalista, el autor alemán se aproxima a una comprensión del poder que contradice su propuesta de reflexividad. Sin embargo, el modo en que lo hace es consistente con el realismo de su concepto de riesgo y su perspectiva sociológica. Beck aborda el problema del discurso como un elemento simbólico adherido a los riesgos, para poner de manifiesto la vinculación entre la definición social de los peligros y las dinámicas de legitimación de determinadas políticas y concepciones del orden. Cabe decir que, aunque de nuevo con ciertas ambivalencias, propone un discurso del riesgo en términos ideológicos.

Beck parte de la situación de «confianza perdida» que somete al Estado a crecientes demandas de seguridad, una tesitura derivada de la redefinición del papel del Estado en la erosión del *welfare*[66]. La explicación que Beck ofrece de la construcción simbólica del riesgo es, como decimos, un tanto errática. De partida, asume la perspectiva de Hajer, que plantea una comprensión de la política como «un proceso de creación de coaliciones de discursos basadas en una definición compartida de la

[62] Beck (2004, p. 158).

[63] *Ibidem*, p. 159.

[64] Hajer (1997).

[65] Beck (2002a, pp. 45-47).

[66] Pieterman (2001), en una mirada afín a Beck, ha insistido en esta herencia problemática que el *welfare* plantearía al Estado desde un punto de vista securitario, al normalizar altas exigencias de salud y seguridad, siempre crecientes, con una baja tolerancia hacia la quiebra de los sistemas expertos.

realidad»[67]. En este contexto, «la realidad se convierte, en sentido estricto, en el proyecto y el producto de la acción»[68]: «mediante la alteración de las relaciones de definición (...) se puede influir sobre la dinámica política de los conflictos provocados por el riesgo»[69]. Esa pugna hermenéutica, de ecos nietzscheanos, se torna en un tratamiento ideológico del discurso –en un sentido marxiano– al explicar la respuesta del poder público ante la erosión de su legitimidad: su reafirmación exige que la promesa de la seguridad crezca con los riesgos, y sea así percibida por la opinión pública. Un proceso al que se responde con un tipo de estrategias en las que Beck había reparado ya inicialmente: una auténtica «cosmética del riesgo», mediante la reinterpretación del sentido de este[70]. Se aproxima así a la teoría cultural del riesgo, en cuanto a la priorización de los riesgos en un contexto social; y a algunas sociologías de la inseguridad, como la «transferencia de ansiedades» entre problemas sociales diversos[71].

Pese estos matices constructivistas, para Beck los discursos del riesgo son enunciados sobre fenómenos objetivos, que tratan de ser enmascarados o redefinidos. La dimensión discursiva se presenta como un problema ideológico, es decir, de representación. Una posición que los análisis del «derecho penal del riesgo» bordean

[67] Hajer (1997, p. 280).

[68] Beck (2002a, pp. 45-47).

[69] Beck (2004, p. 159).

[70] Beck (1998a, p. 26).

[71] El discurso del riesgo que Beck denomina «cosmética» implica una focalización prioritaria de aquellos espacios donde el peligro puede ser presentado como controlable, especialmente, la criminalidad, o más bien, ciertas formas de criminalidad, y en general la «seguridad ciudadana». La denuncia de Díez Ripollés (2005) expuesta *supra*, en relación a la confusión interesada entre dimensiones muy distintas de la sociedad del riesgo, quiere ser en definitiva una crítica sobre esta cosmética interesada en torno al riesgo. La Teoría cultural ha tratado de explicar cómo el «portofolio» de riesgos característico de un determinado contexto social es seleccionado institucionalmente de acuerdo a los atributos de las propias estructuras sociales (Krimsky 1992, p. 13), y esa selección se produce precisamente con el propósito de su autoconservación (Douglas 1994, p. 47). De este modo, tal tipo de interpretaciones plantean que la atención hacia el problema de la criminalidad –conectada frecuentemente a otros «problemas» como la inmigración o la exclusión social– sería funcional para alimentar una sensación subjetiva de seguridad y confianza hacia las propias medidas de protección. Para Bauman (2000, p. 35), este hecho constituye una suerte de «transferencia de ansiedad», donde la compleja cuestión de la incertidumbre, motivada en realidad por la coyuntura derivada del propio proyecto sociopolítico en marcha, sería reducida a un simple problema de mantenimiento del orden. Domínguez Figueirido y Rodríguez Basanta (2003, p. 238) explican, en este sentido, que este fenómeno responde a la puesta en práctica de discursos que tienden a reforzar en el imaginario social la gravedad de la incidencia y la inmediatez de los riesgos sociales concretos, relativizando en cambio la preocupación social por los riesgos difusos. Es decir, una labor «cosmética» en el sentido de Beck. En este contexto, el miedo devendría un potente medio de gestión política (Susín Betrán 2006).

también al explicar la expansiva utilización del instrumento penal con fines preventivos, las más de las veces de forma puramente simbólica[72].

Foucault recala en la dimensión discursiva de las relaciones de poder en forma muy distinta. Cualquier versión de la comprensión ideológica del poder es extraña a su perspectiva sobre los «regímenes de verdad», sobre las relaciones entre poder y saber como producción de verdades discursivas. Para Foucault, la aproximación ideológica asume siempre una «oposición virtual con algo que sería la verdad», y que el discurso ideológico enmascara o desvía[73]. Por ello «la ideología siempre está en una posición secundaria respecto a aquello que funciona pretendidamente como infraestructura en relación a ella», como determinante material frente a la que el discurso ideológico deviene mero epifenómeno. El discurso es indisociable de cualquier realidad material, de la cual forma parte inherente en tanto producción de verdad. Los discursos no son ni ciertos ni falsos en sí mismos, sino productores de verdad. Nótese que esta perspectiva es consistente con el desinterés de Foucault por el análisis de la «falsa conciencia», que no es sino el trasunto distorsionador de las prácticas ideológicas sobre la capacidad de cognición del individuo, y que de nuevo implica partir de la «verdad ontológica» de un sujeto íntegro previo a las prácticas de poder[74].

La cuestión del discurso se aleja en Foucault del problema de la legitimación ideológica de las prácticas de poder –la producción de consenso–, aspecto que queda sustancialmente al margen de su enfoque, como revela el arranque de *Vigilar y castigar* al denotar el dispositivo disciplinario como superación de la dimensión espectacular del poder estatal[75]. En su planteamiento, la legitimidad de las prácticas de poder no se añade discursivamente *post festum*, está ya ínsita en aquellas, es parte del saber específico sobre el objeto gobernado, «el discurso no es simplemente aquello que traduce las luchas o los sistemas de dominación, sino aquello por lo que, y por medio de lo cual se lucha, aquel poder del que quiere uno adueñarse»[76]. Así, el discurso se relaciona con un determinado orden, al que pertenece. En realidad, el discurso en este

[72] Sobre esta cuestión *vid.* Mendoza Buergo (2003, p. 73).

[73] Foucault (1977a, p. 148).

[74] Foucault (1975b, p. 1624).

[75] Foucault (1975a, pp. 265-292).

[76] Foucault (1971, p. 229).

sentido es un «orden simbólico que permite a todos los miembros que fueron socializados bajo su autoridad hablar y obrar juntos»[77].

Este hecho desvela su carácter configurador de la realidad: «es necesario concebir el discurso como una violencia que hacemos a las cosas, en todo caso como una práctica que les imponemos»[78]. Para Foucault las sociedades de discurso son estructuras de saberes expertos, que habilitan su fundamento como prácticas de poder, mientras que Beck, pensando más en las pugnas por la definición y comprensión de los riesgos en el seno de la sociedad global de la información, habla de dinámicas de generación de saberes contraexpertos. Mientras Beck alude a una confrontación entre política institucional y nuevas formas de «subpolítica», en una perspectiva habermasiana[79], Foucault ilustra las reinvenciones de los discursos sobre prácticas de gobierno en entornos institucionales y en la vida cotidiana de los sujetos. Los discursos no son realidades espontáneas y libres, sino «procedimientos de exclusión» de lo aceptado o no. Al contrario que Beck, los discursos se caracterizan en función de sus reglas internas de control y delimitación. Para Beck la subpolítica «emerge en el espacio existente entre aquello que tradicionalmente se ha comprendido como 'político' y aquello que se ha entendido como 'no-político'», en una creciente preocupación por los riesgos en el dominio tecno-económico, comprendido otrora como no-político[80]. En términos habermasianos, la subpolítica exploraría los intersticios entre «mundo de la vida» y sistemas expertos. Divisiones que, sin embargo, carecen de sentido en clave foucaultiana. Los saberes expertos, y sus discursos anejos, no circulan en sistemas cerrados –como quiere el funcionalismo[81]– ni delimitados, sino que inspiran prácticas

[77] Frank (1990, p. 113).

[78] Foucault (2015b, p. 248). De hecho, las «coaliciones de discurso» de Hajer, que Beck reinterpreta por sus propias vías, conservan ciertos ecos de las «sociedades de discursos» de las que habla Foucault, como entidades «cuyo cometido es conservar o producir discursos» (Foucault 1971, p. 242).

[79] Beck habla de subpolítica como una nueva forma de política global que desafía los límites de la política representativa y nacional convencional. Alude con ello a la política ejercida «desde abajo», «al margen y más allá de las instituciones representativas del sistema político de los estados-nación», una política «directa», que sortea «las instituciones de la formación representativa de la opinión (partidos políticos, parlamentos)» (Beck 2002a, pp. 61-62). La subpolítica adquiere rango y legitimidad en la sociedad del riesgo, como modo específico de participación discursiva en las relaciones de definición en torno a los riesgos.

[80] Dean (1999a, p. 192).

[81] Podría parecer que las reglas de exclusión, los procedimientos de control y delimitación del discurso, de los que habla Foucault, nos aproximan a las formaciones sistémicas de Luhmann

que atañen a todos los actores en un determinado dominio de gobierno[82]. Tampoco las relaciones de los individuos consigo mismos, que en términos foucaultianos suponen un modo de prácticas de gobierno (de sí mismo), son inmunes a las formas de saber experto, al verse impelidos a incorporarlo en su actuar cotidiano. Lo relevante es que el tipo de saber enredado en las prácticas discursivas no puede ser deducido simplemente de la condición o posición institucional del enunciante. En todo ámbito de gobierno coexisten discursos dispares, como ha analizado Valverde en el caso de la práctica jurídica[83].

El punto clave es que Foucault no trata de analizar el lenguaje, sino «acontecimientos» de tipo discursivo: no busca desvelar intenciones ocultas tras el lenguaje, ni esclarecer problemas de legitimidad; busca las reglas de existencia de los enunciados, aquello que los hace posibles[84]. En su periodo «arqueológico», hasta el comienzo de la década de 1970, Foucault se afanó por explicitar las reglas internas de validez de los enunciados en distintos órdenes discursivos. En su etapa genealógica, durante los años setenta y ochenta, y enlazando con su análisis de la gubermentalidad, giró su atención hacia los modos de surgimiento y pugna de distintos modos de enunciación de la verdad, observando su enraizamiento en prácticas no discursivas, haciendo emerger en conjunto modos de gobierno específicos[85]. El concepto de *dispositivo* juega un papel crucial en este segundo planteamiento de Foucault, como noción que permite explicar la articulación de esas diversas dimensiones de la praxis gubernamental.

---

estructuradas sobre la admisibilidad de las prácticas comunicativas en función de un determinado código binario. Sin embargo, la similitud es solo aparente.

[82] Sobre la apertura/cierre de la circulación de discursos y sus condiciones de utilización, véase Foucault (1971, pp. 242-243).

[83] Valverde, Levi y Moore (2005).

[84] Foucault (1968, p. 709). No han faltado las malinterpretaciones del planteamiento teórico de Foucault, quizá especialmente durante la década de 1980. Por ejemplo, en su obra más influyente, planteaba Cohen que «[...] Foucault se ocupa fundamentalmente de las intenciones. En efecto, *Vigilar y castigar* se basa más en historias, visiones y planes que en cualquier otra fuente» (Cohen 1988, p. 53). Nada más alejado, en realidad, de la pretensión de Foucault, que en su etapa genealógica –a la que pertenecen sus estudios sobre las disciplinas– quiere observar en todo caso prácticas discursivas en funcionamiento, incorporadas a técnicas de gobierno.

[85] Como reconocería el propio Foucault (1977b, pp. 228-229), *El orden del discurso* (Foucault 1987), texto procedente de su lección inaugural del curso del Collège de France a finales de 1970, constituye un momento de transición entre el análisis arqueológico interno de las reglas de enunciación, hacia un estudio del discurso en términos de tecnologías, tácticas y estrategias, de lo cual *Vigilar y castigar* (Foucault 1975a) constituirá un primer resultado ejemplar.

3.2 El dispositivo como vector de racionalización

Las mentalidades de gobierno exigen prestar atención a los enunciados, no en clave de ideología, sino como elementos constitutivos de la tecnología de gobierno, en tanto que cristalizaciones del discurso experto[86]. El concepto de *dispositivo* propuesto por Foucault en la primera mitad de la década de 1970 permite explicar, de forma muy atinada, la vinculación saber y poder en un modo de gobierno determinado. Este es el enfoque del riesgo que consideramos pertinente para pensar su funcionalidad en el gobierno de la desviación y su imbricación con las formas jurídicas. Abordaremos aquí los términos en que el riesgo puede ser analizado como *dispositivo de gobierno* y, a continuación, propondremos el modo en que derecho y dispositivos de gobierno conviven, interaccionan y/o se articulan.

3.2.1 Concepto de dispositivo

El término «dispositivo» sugiere una cierta tecnología evocadora del componente técnico de la seguridad y las prácticas de gobierno[87]. La discusión en torno a los usos sociales del riesgo gira sobre el problema técnico del manejo de la protección de los saberes expertos. El concepto de dispositivo representa el modo en que la técnica, como ingrediente de las relaciones de poder, es teorizada en la obra tardía de Foucault. Como puede intuirse, en este relato lo técnico no puede estar disociado de los procesos de objetivación y subjetivación, de la realidad de las prácticas de gobierno.

Con todo, la noción de dispositivo en Foucault comporta esfuerzos hermenéuticos. La centralidad del concepto en sus escritos a partir de 1975 no despeja su ambigüedad y su escasa teorización. Foucault nunca llegó a ofrecer una definición acabada del término. Esta circunstancia, junto con sus dificultades de traducción del término *dispositif* al inglés, llevó a dos intérpretes cualificados de la obra foucaultiana, como Dreyfus y Rabinow, a desechar tempranamente –ya en 1982, todavía en vida de Foucault– el uso de este «molesto término», proponiendo como alternativa la noción de

[86] Miller y Rose (2008, pp. 29-30).

[87] *Vid.*, *infra*, §4.1.1.

«malla de inteligibilidad» o «malla de análisis»[88]. Se trata de un rechazo un tanto expeditivo que obvia las prestaciones epistemológicas del concepto.

Es cierto, en todo caso, que Foucault recurre a él con amplitud, para aludir a realidades dispares, próxima en ocasiones a una conceptualización abstracta, mientras en otras se aproxima a una idea concreta o institución[89]. Pese a su uso recurrente, Foucault tan solo ofreció una brevísima aclaración teórica al respecto. Durante la última década ha adquirido una creciente atención[90], pero todos los intentos han partido de aquella leve caracterización de Foucault, quien aclaró que:

> «Lo que he tratado de señalar con ese nombre, es, en primer lugar, un conjunto marcadamente heterogéneo, compuesto de discursos, instituciones, conjuntos arquitectónicos, decisiones reglamentarias, leyes, medidas administrativas, enunciados científicos, proposiciones filosóficas, morales, filantrópicas, en resumen: lo dicho, así como lo no dicho, tales son los elementos del dispositivo. El dispositivo en sí mismo, es la red que puede establecerse entre esos elementos»[91].

Como puede apreciarse, Foucault alude al conjunto heterogéneo de elementos que permanecen unidos, siquiera provisoriamente, en relación a una función. De hecho, el dispositivo apunta a un elemento inmaterial: al *vínculo* que entrelaza y mantiene esa

---

[88] Dreyfus y Rabinow (2001, pp. 149-150). El término inglés utilizado por los autores, *grid*, fue traducido en la versión española como «grilla». Consideramos más clara, sin embargo, su traducción como «malla». Otras alternativas que retienen el sentido del término podrían ser «cuadrícula» o «red».

[89] En relación a sus monografías, su primer uso se produce en *Vigilar y castigar* en 1975, donde evoca reiteradamente la noción como «dispositivo de poder», «dispositivo disciplinario», «dispositivo panóptico»… (Foucault 1975a, pp. 405, 449, 489, 479, 488…). Asimismo, el término es empleado intensivamente en el primer volumen de *La historia de la sexualidad* de 1976 aludiendo, precisamente, al «dispositivo sexualidad» (por oposición al «dispositivo de alianza») (Foucault 1976a, pp. 671 y ss.). En relación a sus lecciones en el Collège de France, la noción adquiere protagonismo en el Curso 1977/1978, en torno principalmente a los «dispositivos de seguridad», empleado en este caso, como se ve, en plural (Foucault 2004a, pp. 7-13), pero también refiriendo el «dispositivo diplomático y militar» (*ibidem*, 312, 314, entre otros), el «dispositivo de policía» (*ibidem*, pp. 304 y 314), los «dispositivos de soberanía» (nuevamente en plural; *ibidem*, pp. 222-223) y de nuevo el «dispositivo disciplinario» (*ibidem*, pp. 221-222). No obstante, el uso más extenso del término, y más variopinto, se produjo con ocasión de entrevistas y conferencias. Un rastreo de los textos incluidos en los dos volúmenes compilatorios *Dits et Écrits* (2ª edición) arroja las siguientes utilizaciones: «dispositivos legislativos» (vol. I, p. 1587), «dispositivo médico-legal» en relación a la locura (II, p. 307), «dispositivo de la sexualidad» (I, p. 1695; II, pp. 234, 260, 313, 320-321, 570 y 1478), «dispositivo noso-política» (II, p. 18), «dispositivo de verdad» (II, p. 159), «dispositivos de saber» (II, p. 184), «el ejército» y «el taller» como dispositivos (II, p. 201), «dispositivo panóptico» (II, p. 207), «dispositivo de internamiento» (II, p. 331), «dispositivos de seguridad» (II, pp. 635, 657, 1190), «la política de salud» como dispositivo (II, p. 731), «la Seguridad social» como dispositivo (II, p. 1187).

[90] Quizá a partir de su recuperación por Agamben en 2006 (Agamben 2015).

[91] Foucault (1977c, p. 299).

unión inestable. La conceptualización de la noción foucaultiana de dispositivo ofrecida por Deleuze –más conocida que la de Foucault–, insiste precisamente en esa unidad de lo heterogéneo:

> «[...] es una especie de ovillo o madeja, un conjunto multilineal. Está compuesto de líneas de diferente naturaleza y esas líneas del dispositivo no abarcan ni rodean sistemas cada uno de los cuales sería homogéneo por su cuenta (el objeto, el sujeto, el lenguaje), sino que siguen direcciones diferentes, forman procesos siempre en desequilibrio y esas líneas tanto se acercan unas a otras como se alejan unas de otras»[92].

Últimamente se ha buscado explicitar las vinculaciones filosóficas de esta toma de postura metodológica, apelando a su continuidad con la idea de «positividad» del primer Foucault y con su herencia heiddegeriana en torno al concepto de *Gesell*[93], así como a sus similitudes y diferencias con los conceptos de «rizoma»[94] y *assemblage*[95], manejados por Deleuze y Guattari[96]. Más allá de estas disquisiciones, nos centraremos en posicionarlo dentro del análisis foucaultiano y destacar los rasgos que lo hacen operativo para nuestra investigación.

Es evidente que la idea de dispositivo se inscribe en el rasgo de la discontinuidad en Foucault. Todo dispositivo es un producto social que responde al presente –pretende siempre «responder a una urgencia» [97] –. No provoca una ruptura frente al acontecimiento, sino que, anuda racionalidades preexistentes mediante variaciones o modulaciones alternativas, generando usos imprevistos de saberes, discursos y técnicas. El dispositivo pone de manifiesto la capacidad de reinvención del poder, y evidencia el pragmatismo del análisis foucaultiano[98]. El dispositivo orienta la crítica de Foucault

[92] Deleuze (1990, p. 155).

[93] Agamben (2015).

[94] Kessler (2007).

[95] Legg (2011).

[96] Deleuze y Guattari (2008). Para Kessler lo rizomático en Deleuze/Guattari apunta a un mismo nudo de problemas, pero por vías distintas.

[97] Foucault (1977c, p. 299).

[98] Los dispositivos deben ponerse en relación con los «conjuntos prácticos» a los que alude Foucault. Estos son formas de racionalidad que organizan las maneras de hacer (aspecto tecnológico) y orientan las acciones en un determinado dominio (aspecto estratégico) (Foucault 1984a, p. 1395). Con esta explicación pretende justifiar la homogeneidad de sus distintas indagaciones histórico-críticas. No obstante, esa homogeneidad bien podría sostenerse mediante la idea de dispositivo, cuyo significado de hecho parece equivalente al de los conjuntos prácticos.

hacia los universales filosóficos, partiendo de la especificidad irreductible de cada dispositivo[99].

Existe cierto consenso sobre la relevancia metodológica del análisis orientado a dispositivos en la obra de Foucault: un quicio entre su enfoque arqueológico y el salto hacia la genealogía. Relevancia, reconocida por el propio Foucault, al permitirle superar el impase de su proyecto arqueológico de indagación de las epistemes[100]. La idea de dispositivo es el modo en que su análisis pudo abrirse a la indagación de las prácticas de poder[101]. Foucault podrá así extender su análisis a prácticas materiales, y observar su relación con epistemes y discursos[102]. Las reticencias de Dreyfus y Rabinow sobre la noción de dispositivo se deberán a una interpretación en términos de quiebro de su articulación entre arqueología y genealogía[103]. Sin embargo, Foucault no renunciará al método arqueológico, sino que lo reinterpretará en clave genealógica: las epistemes (las reglas internas que rigen las formaciones discursivas en un periodo histórico) son, en realidad, *dispositivos*: dispositivos enunciados que ordenan la generación de prácticas discursivas[104].

Así, visto retrospectivamente, el concepto de dispositivo sería un concepto transversal a toda su obra. Foucault habría desarrollado una filosofía de los dispositivos de gobierno, más que una vaga «filosofía del poder»: modos de intervención –discursivos o no– desplegados históricamente para administrar los objetos y sujetos (del yo o de otros). El análisis de dispositivos permite hacer confluir saber, poder y subjetividad, tres líneas simultáneas de desarrollo de la filosofía de Foucault[105].

---

[99] Deleuze (1990, p. 158); Agamben (2015, pp. 15-16).

[100] Foucault (1977c, p. 300).

[101] Esta centralidad estratégica de la idea de dispositivo ha sido señalada, después del propio Foucault, por Deleuze (1990, p. 155), para quien concepto responde a una crisis metodológica y a un subsiguiente «seísmo» teórico.

[102] Peltonen (2004) ha subrayado cómo la noción de dispositivo responde al modo en que Foucault afronta la historia con una vocación empírica, y el papel que dicho concepto juega en el tránsito desde sus análisis de discursos hacia prácticas de poder de tipo no discursivo.

[103] Raffnsøe (2008, p. 44).

[104] Foucault (1977c, p. 301). Moro Abadía (2003, pp. 32-35) habla acertadamente de un «deslizamiento» de Foucault desde la arqueología hacia la genealogía, desde el estudio de las epistemes hacia el análisis de dispositivos.

[105] Deleuze (1990, p. 155).

Agamben ha indagado en el concepto de dispositivo por vías etimológicas y genealógicas[106]. En el plano semántico el vocablo refiere un sentido al mismo tiempo jurídico, tecnológico y militar[107]; evocaría un carácter esencialmente estratégico. Los dispositivos redundan en la idea de una racionalidad estrictamente instrumental[108], y de hecho es el modo en que Foucault «desagrega» el tipo ideal weberiano en «idealidades concretas»[109]. Las formas jurídicas –también las punitivas–, en tanto elementos discursivos enredados en dispositivos, se ven inclinadas también, necesariamente, hacia esa vocación instrumental. En esta perspectiva, la transformación de las formas jurídicas, como prácticas discursivas, se explica a partir de su imbricación con otros enunciados y prácticas no discursivas, procedentes de marcos gnoseológicos diversos.

Agamben traza una genealogía del dispositivo que lo vincula con la noción de *oikonomia* y su traducción latina *dispositio* de uso en la teología cristiana, como praxis divina de gobierno del mundo: la administración del «ser» de Dios[110]. Lo cual, para Agamben, engarza directamente con la relación entre soberanía y gobierno, entre esencia y operación, como dos polos de lo político[111]. En su serie *Homo sacer* viene a concluir que, sin ser demasiado consciente de ello, Foucault hurgó constantemente en las fisuras de la explicación teológica del mundo a través de sus correlatos mundanos. Ello explicaría, según el autor italiano, un cierto sesgo en la indagación arqueológica y genealógica de Foucault[112]. La relación soberanía-gobierno, que Agamben identifica en

---

[106] Agamben (2015).

[107] El Diccionario de la RAE se aproxima a la misma triple distinción que Agamben observa en la lengua italiana. Según el DRAE, «dispositivo» puede significar tanto una legislación que resulta disponible para sus destinatarios, como un mecanismo o artificio apto para producir una acción prevista, o una organización ideada para cometer una acción.

[108] Peeters y Charlier (1999, p. 18).

[109] Raffnsøe (2008, p. 60).

[110] Agamben (2015, pp. 20-21). Los problemas de traducción al inglés del término dispositivo, que en buena parte animaron a Dreyfus y Rabinow a descartar su uso, provienen de esa etimología latina derivada de la *dispositio*. El inglés *device* tiene un componente maquínico que elimina el tono administrativo del dispositivo (su carácter «disponedor»), y quizá, se aproxima más a la idea de aparato, que es solo uno de los elementos que pueden verse implicados en un dispositivo.

[111] Agamben (2008).

[112] Como ha observado Dean, que se guía por los pasos de Agamben ofreciendo sus propias relecturas de la cuestión de la soberanía en Foucault, lo que pretende el autor italiano es explorar las «zonas de indistinción» entre soberanía y gobierno (Dean 2002, p. 125), lo que se materializa en la búsqueda del «punto oculto de intersección entre los modelos de poder jurídico-institucional y biopolítico» (Dean 2013, p. 164). En relación al concepto foucaultiano de gobierno, y por lo tanto de dispositivo, el problema principal para Agamben y Dean es que Foucault obvia la noción de *oikonomia*,

el dispositivo, es relevante para la comprensión foucaultiana del derecho, como veremos. Las críticas a la «administrativización», «instrumentalización», «(post)modernización» del derecho penal pueden comprenderse como un hipotético declinar de las formas jurídico-penales desde el polo de la afirmación soberana –la retribución expresa una idea de justicia– hacia una operatividad inmanente, abiertamente instrumental. La denuncia de Hassemer de un derecho penal devenido «tecnología social» significa, en definitiva, un derecho reducido a dispositivos de gobierno.

Esta perspectiva genealógica ampliada revela que, aunque Foucault obvie la *oikonomia* y su declinación teológica[113], el dispositivo significa economía de poder: «un conjunto de praxis, de saberes, de medidas y de instituciones cuya meta es gestionar, gobernar, controlar y orientar –en un sentido que se quiere útil– los comportamientos, los gestos y los pensamientos de los hombres»[114].

Todo dispositivo traza un vínculo, diseña una red, delimita una interacción. Es un modo de componer elementos heterogéneos y hacerlos coexistir, más allá de su divergencia. El dispositivo, como entidad epistemológicamente promiscua, se reordena entre elementos de tipo discursivo y no discursivo. Implica que el dispositivo no sea en sí ni un objeto ni un sujeto, sino un complejo[115], y de carácter relacional[116]. Esta dimensión relacional puede observarse en todos sus componentes, solo posibles si conexos, un criterio interpretativo que Foucault proyectará a las formas jurídicas. El derecho solo puede comprenderse como una *práctica discursiva eminentemente relacional*, abierta a integrar otros modos de saber y hacer. Los dispositivos, por lo tanto, no son instituciones[117]; las instituciones se ven implicadas en dispositivos –como la prisión en el dispositivo disciplinario– y solo adquieren sentido dentro de estos.

---

con lo que el problema «económico» no aparece en su genealogía hasta los fisiócratas. Sin embargo, sostiene Dean siguiendo a Agamben, *oikonomia* es *dispositio*, y el tipo de economía de los medios al que remite el concepto de dispositivo tiene trazos genealógicos más remotos (Dean 2012, p. 149).

[113] Agamben (2008, p. 149).

[114] Agamben (2015, p. 22).

[115] Deleuze (1990, p. 156).

[116] Bussolini (2010, p. 92).

[117] Foucault (1977c).

El concepto de dispositivo, por la racionalidad instrumental que despliega, presenta un carácter técnico o tecnológico: todo dispositivo es un artefacto técnico[118]. No en vano, la mixtura entre aspectos discursivos y no discursivos del dispositivo supone a un tiempo lo simbólico y lo técnico[119]. La idea de dispositivo concibe la técnica como producto social con influencia en las relaciones a lo largo de todo el espacio social. La técnica no es una variable independiente en la evolución de las formas sociales, ni reducible a cotos expertos, definidos formalmente como «técnicos». Así mismo, la tecnología no son *gadgets* a disposición del sujeto, sino cristalización de racionalidades que inciden en el sujeto individual. Condiciona el modo en que objetiva su entorno y concibe la realidad y a sí mismo: las vías por las que se gobierna y gobierna a su entorno. La noción de dispositivo se relaciona con ese sentido amplio de técnica, y no puede reducirse a la noción de mero *gadget.* En realidad, este concepto de técnica con el que se vincula el dispositivo es el propio de la teorización weberiana.

Conforme a Habermas, Weber entiende la técnica como todo «empleo regulado de medios»: «toda regla o todo sistema de reglas que permita la reproducción fiable de una acción, ya sea ésta planificada o producto de la costumbre; que la haga predecible por los participantes en la interacción, y previsible y calculable desde la perspectiva del observador»[120]. Una cuestión técnica, por lo tanto, es siempre un problema de elección de medios racionales en un dominio de acción. Un dispositivo es una tecnificación de las acciones de poder, recurriendo a técnicas de muy diversa naturaleza: «la técnica es un modo lingüístico y rutinario de tratar a los hombres y a sus bienes»[121]. La técnica es indisociable de las relaciones de poder y consiste, básicamente, en una cuestión de *visibilidad* y *producción de verdad*. Es un modo de administrar lo real, pero no menos una manera de configurar la percepción, de hacer aparecer las cosas (los eventos) «en el campo visual rutinario» [122]. Deleuze enfatizó expresamente ese carácter. «El dispositivo ilumina el objeto: lo 'hace aparecer'»[123]. Las «líneas de visibilidad», junto con las

[118] Foucault (1980b, p. 837).

[119] Peeters y Charlier (1999, p. 17).

[120] Habermas (1988a, pp. 228-229).

[121] Ferrer (2000, p. 13).

[122] *Ibidem*, p. 29. No obstante, Ferrer postula una teoría mimética del poder desde los desarrollos tecnológicos que no encaja en la perspectiva foucaultiana (*vid. ibidem*, pp. 83-84).

[123] Deleuze (1990, pp. 156-157).

«líneas de fuerza» y un determinado «régimen de enunciación» son los componentes que Deleuze, con sus característicos símiles físicos, identifica en el dispositivo foucaultiano. De nuevo, se trata de configuraciones que inducen simultáneamente subjetivación de los individuos y objetivación de lo real.

Esta consideración creadora de la técnica y, especialmente de su capacidad de generación de subjetividad, es de nuevo un punto de distanciamiento entre el postestructuralismo de Foucault y la dialéctica de la Teoría Crítica, especialmente centrada en los efectos sociales del despliegue técnico. Tanto la crítica de la razón subjetiva de Horkheimer como la unidimensionalidad de Marcuse giran sobre la implicación de la técnica weberiana. Pero, quizá, la distancia más palpable de la Teoría Crítica con una comprensión positiva de la técnica se aprecie en la contundente tesis de Anders sobre la erosión de la subjetividad humana por efecto de la tecnificación de la vida. *La obsolescencia del hombre* propone una teoría de la cosificación en clave tecnológica, un relato del declive de las cualidades humanas incapaces de replicar la perfección de los aparatos técnicos[124]. Su diagnóstico es una teoría de la renuncia, no ya a una cierta racionalidad sustantiva, sino a la condición humana misma: «el hombre de hoy 'es humillado' por la perfección y por la multiplicidad de los objetos creados por él (...)»[125], de ahí esa «vergüenza prometeica» que fuerza la maquinización de sí mismo, un desconcertante deseo de reificación, un esfuerzo de *human engineering*, de adaptación fisiológica a la máquina[126].

El procesamiento matemático de la conducta que deslizan las técnicas actuariales, y la creciente dependencia de este tipo de prácticas hacia formas de computación digital, parecerían avalar la hipótesis de Anders: la complejidad e imprevisibilidad del comportamiento humano se ve debidamente depurado para su comprensión en términos de exactitud mecánica, de impoluta causalidad y, por lo tanto, de previsibilidad mediante la aplicación de los adecuados conocimientos expertos. Este diagnóstico, sin embargo, arroja de nuevo una reductora lectura unidimensional de la construcción de la subjetividad y, aún, de la noción misma de técnica. Anders sostiene una teoría de la técnica mimética con la máquina, con el *producto tecnológico*, que constituye su

[124] Anders (2011a y 2011b).

[125] Anders (2011a, p. 67).

[126] *Ibidem*, pp. 37 y 42.

auténtico modelo interpretativo[127]. Sin embargo, Weber admite un concepto más esclarecedor de técnica. La automatización y los productos tecnológicos, en sentido mecánico o digital, son solo un modo de técnica de entre muchos: la técnica no dice objeto, sino forma específica de relación entre medios y fines y designa, por lo tanto, un modo de disponer las relaciones sociales, una «red de instrumentalidad»[128]. Esta sería la interpretación que propone Mumford de la técnica como forma de organización, que se aleja claramente de Anders y supone una concepción de la técnica ligada a la capacidad de creación humana y a las reinvenciones de las prácticas de poder[129]. En Foucault el poder nunca «será» una máquina. Los dispositivos de poder se automatizan fruto del anhelo de tecnificación de las relaciones de poder[130].

Técnica y de tecnología no son pues esclavos de determinada *expertise* científica. Saberes jurídicos y religiosos han cristalizado en técnicas específicas ajenas a aquella. Incluso la ética implica técnicas individuales de relación consigo y con otros, como se encargó de detallar el último Foucault al hilo de la práctica clásica de la *parrhesia*[131]. Entonces, el «hombre» obsoleto de Anders –cosificado en la Teoría Crítica– no es ninguna entidad espontánea, natural o previa al trabajo técnico de los dispositivos, sino fruto histórico de determinados saberes y sus aplicaciones prácticas. Es decir, en sintonía con lo que advirtió Marx, el «hombre» (el sujeto) es también un producto discursivo con su propio catálogo de técnicas asociadas[132].

La tarea por lo tanto no demanda contraponer «saber experto» y «razonamiento jurídico» como dos mundos homogéneos, sino revelar los desplazamientos y reacomodos entre diversos modos de saber experto (jurídicos y no jurídicos) y las

[127] Así, por ejemplo, sostendrá que el tirunfo del «mundo de los aparatos [*Apparatenwelt*]» reside en el hecho de haber cancelado toda diferencia entre formas técnicas y sociales (Anders 2011b, p. 115).

[128] Watson (2002, p. 16). Plantea que «Del mismo modo en que se ha confundido el capital con los aparatos industriales y con la riqueza acumulada, cuando es ante todo un conjunto de relaciones sociales, también se ha reducido la tecnología a la imagen de máquinas y herramientas, cuando en realidad se ha convertido también en un complejo de relaciones sociales».

[129] Mumford (1982 y 2010).

[130] Foucault (1980b, p. 837).

[131] Foucault (2001a, 2008a y 2009).

[132] Marx argumentó contra Feuerbach que «la esencia humana no es algo abstracto inherente a cada individuo. Es, en realidad, el conjunto de las relaciones sociales» (Marx 2006, §VI, p. 58). Fromm observó cómo, para Marx, «el hombre *varía* en el curso de la historia; se desarrolla, se transforma, es el producto de la historia; como *hace* la historia, es su propio producto» (Fromm 1962, p. 21). Mientras en clave marxiana esta autocreación es fruto del trabajo y las relaciones de producción, en Foucault lo es de relaciones de poder o prácticas de gobierno más heterogéneas.

composiciones técnicas en que desembocan[133]. En el ámbito jurídico el riesgo prolifera, precisamente, en el terreno de las de hibridaciones técnicas y los discursos expertos. Este componente tecnológico del dispositivo, la instrumentalidad de las prácticas actuariales y de los aparatos que las implican, reclama automatización: estandarización técnica de los procesos de toma de decisiones, ante la incertidumbre que plantea la peligrosidad. La automatización, vista como reductor del impacto del error humano[134], es una tendencia de largo alcance en todo dominio práctico.

En el terreno jurídico, sin embargo, una automatización completa de la toma de decisiones resulta difícilmente asumible: la composición actuarial de la peligrosidad coexiste con otras rutinas expertas (criterios legales de valoración) y no expertas (percepciones subjetivas, prejuicios, «sentido común»), entrelazados en torno al dispositivo *riesgo*.

3.2.2 El gobierno del riesgo

a) Dispositivos multilineales frente a sistemas autopoiéticos

La noción de dispositivo se inscribe con nitidez en la comprensión del poder de Foucault, y su «regla de inmanencia»[135]. El dispositivo articula «la multiplicidad de relaciones de fuerza que son inmanentes al dominio en el que operan, y que son constitutivas de su organización»[136]. Podría considerarse que esta lectura se aproxima a la comprensión, también inmanente, de las rutinas sociales de Luhmann y su teoría sistémica. De hecho, en ocasiones las propuestas de Foucault y Luhmann han sido equiparadas por algunos intérpretes, empezando por la crítica esgrimida por Habermas contra ambos. Sin embargo, los puntos de conexión entre los dos autores son tenues. Ambos desarrollan su obra desde su desconfianza hacia la noción de «sujeto» como realidad dada y en los productos filosóficos universales de la Ilustración. Sus indagaciones teóricas se centran en categorías aceptadas como *a prioris* del pensamiento, tales como «hombre», «libertad» o «razón». Ambos compartirán una

[133] Valverde, Levi y Moore (2005).

[134] Noble (2001, p. 29).

[135] Bussolini (2010, p. 91).

[136] Foucault (1976a, pp. 121-122).

inclinación al problema del poder en una sociedad tecnificada por saberes crecientemente especializados. Y, como se ha dicho, ambos hurgaron en la legitimación del poder, de etiología mayormente jurídica, y su vinculación a la inmanencia de las prácticas e interacciones que vertebran el espacio social. Pero las coincidencias se reducen a esos intereses y postulados[137].

El concepto de dispositivo alerta, precisamente, de la distancia entre Foucault y Luhmann: la que media entre la hibridación y dispersión de las articulaciones poder-saber, por un lado, y el cierre autopoiético de los sistemas, por otro. Los dispositivos foucaultianos resuelven de partida el principal problema de la fragmentación sistémica luhmanniana, que es la explicación de las comunicaciones intersistémicas, un aspecto clave en el derecho y su apertura a modos extrajurídicos de valoración del riesgo.

La idea de dispositivo se funda en la articulación de lo heterogéneo y la promiscuidad de las formas de saber y las técnicas de gobierno. El punto de observación no son las codificaciones binarias propias de las comunicaciones sistémicas, sino los objetos en los que se condensan prácticas discursivas y no discursivas, orientadas a gobernar aquellos objetos. Los dispositivos no operan en base a codificaciones binarias, sino mediante objetivación de *normas*, de regularidades inteligibles que las prácticas de gobierno acomodan a los objetos gobernados.

En Luhmann, los sistemas surgen de «torbellinos» comunicativos según códigos binarios, que sedimentan en una clausura dotada de estabilidad. Las normatividades nunca generan sistemas, sino prácticas de gobierno precarias, y que se organizan en dispositivos específicos. Y estos no forman un sistema, pues dispositivo y sistema, en el sentido de Foucault y Luhmann respectivamente, son epistemológicamente incompatibles[138]. Así, para Deleuze, «[las] líneas del dispositivo no abarcan ni rodean

[137] Muestra de la confusión que genera el intento de fundir ambas teorías es el trabajo de Zamorano Farías y Rogel-Salazar (2013), cuya única conclusión consistente es el propio punto de partida del trabajo: el hecho obvio de que «el poder» es un campo de interés tanto para Foucault como para Luhmann –sin que quede demostrado, por lo demás, que ambos manejen concepciones equiparables de aquella noción–. Pretender la cohabitación de Foucault y Luhmann aboca a lo sumo al resultado al que aquellos autores arriban: una mera yuxtaposición de conceptos provenientes de uno y otro aparato teórico, al coste de una inevitable esquizofrenia epistemológica.

[138] De ahí que no tenga sentido asociar la operatividad de los dispositivos a funcionalidades sistémicas, como parece pretender García Fanlo (2011, p. 7), cuando sostiene que la función del dispositivo es «ordenar una serie de prácticas con el objetivo de garantizar un adecuado funcionamiento de *un sistema mayor del que forman parte*» (énfasis añadido). Como ha observado Valverde (2008, p. 18), los ensamblajes de prácticas de gobierno son tratados por Foucautl «de un modo radicalmente antifuncionalista, es decir, como conjuntos de técnicas de gobierno siempre móviles, contingentes,

sistemas cada uno de los cuales sería homogéneo por su cuenta (el objeto, el sujeto, el lenguaje), sino que siguen direcciones diferentes, forman procesos siempre en desequilibrio y esas líneas tanto se acercan unas a otras como se alejan unas de otras»[139].

Autopoiesis y análisis de dispositivos asumen que en nuestra época no existe una norma única que ordene el comportamiento de los actores sociales[140]. Ambos planteamientos tratan el fenómeno de la fragmentación normativa, vale decir epistemológica y valorativa. La respuesta es sin embargo opuesta. Luhmann define la generación de un orden «uniformemente fragmentado» de estructuras cerradas en sí mismas y sin posibilidad de comunicación. Foucault describe la emergencia de formas de administración del mundo social, habilitadas por saberes expertos enraizados en prácticas. El nihilismo nietzscheano, como pluralidad hermenéutica y pérdida de la unidad, sería el trasfondo de tales diagnósticos. Sin embargo, mientras Foucault se instala de forma expresa en la continuación de la crítica nietzscheana, Luhmann se afana en una estilización, en una depuración técnica, de las racionalidades sistémicas resultantes de aquella fragmentación.

Esa diferencia es evidente, como sabemos ya, en su consideración diversa del sujeto. Para Luhmann no es sino un intento fallido de la modernidad ilustrada por reconstituir la unidad perdida, una imagen existente en los sistemas psíquicos y por lo tanto más allá del sistema social. Para Foucault, muy al contrario, el sujeto es efecto múltiple de los distintos dispositivos de gobierno, que presuponen una determinada concepción del hombre como objeto de intervención, como realidad a moldear. Para Luhmann el sujeto es una suerte de epifenómeno psíquico de la funcionalidad sistémica. Para Foucault, es un centro de interés y se relaciona directamente con el carácter productivo, múltiple y problemático de los dispositivos, que pueden procesar al sujeto a frecuencias muy diversas. De ahí que, mientras Foucault se pregunta por los «excesos de poder» de la racionalización sobre la existencia humana, Luhmann se mantiene al margen de esa preocupación.

---

específicamente situados, conectados pragmáticamente, cuyo éxito o fracaso depende de su utilidad no para la sociedad sino más bien para contrincantes implicados en batallas o luchas particulares».

[139] Deleuze (1990, p. 155).

[140] Peeters y Charlier (1999, p. 20).

Conviene advertir, por último, que Foucault, al abordar el saber y el discurso –la enunciación de determinadas formas de «verdad» en prácticas discursivas– desborda la autopoiesis luhmanniana. Una lectura apresurada de la aclaración que Foucault ofrece en *El orden del discurso*[141] podría llevar a concluir que las reglas de exclusión que operan en los diversos órdenes discursivos conducen a estructuras de carácter sistémico en el sentido luhmanniano. Ello supondría equiparar las reglas de control y delimitación foucaultianas con los códigos binarios de clausura de los sistemas en Luhmann. Sin embargo, en una perspectiva postestructuralista no se asume la existencia de entidades sólidas y cerradas como los sistemas; las formaciones son siempre más inestables y porosas que lo que aquellos implican.

El discurso en Foucault debe vincularse a su posterior conceptualización de los dispositivos. Más allá de las reglas de exclusión del orden discursivo, que identifican las distintas modalidades de discurso articuladas, su proyección se produce siempre de forma entrelazada con otras prácticas, discursivas y no discursivas. Esta hibridación relativiza la pretensión de cierre de cualquier forma de saber sobre sí mismo, tal y como pone de relieve Foucault. Como se ve, se trata de una problematización inversa a Luhmann: no se trata de clausurar, sino de la inexorable apertura de formaciones a ciertas formas de saber.

Para Foucault las reglas de delimitación o control de los discursos no son binarias, sino múltiples. La aceptabilidad de un enunciado en un orden discursivo varía según supuestos; puede atañer al objeto del discurso, a criterios estilísticos, al rol atribuido al autor o a criterios de uso del discurso. Referirse a un objeto en términos binarios (por ejemplo, en el caso jurídico, conforme/disconforme a la Ley) no hace a una práctica discursiva aceptable en un determinado orden; se requiere además el cumplimiento de todo un conjunto adicional de condiciones.

Se trata, como es obvio, de aspectos determinantes para el tratamiento del derecho, que, al menos en términos foucaultianos, debe comprenderse como una práctica estrictamente discursiva. La porosidad de los órdenes de discurso se revela de modo particularmente claro en este caso: el derecho se proyecta sobre lo social articulado en dispositivos. Pero el propio discurso jurídico es dependiente en su apertura a otras formas discursivas externas, que lo moldean. De este modo,

[141] Foucault (1971).

determinados saberes se tornan «jurídicamente aceptables» –se insertan en la regla de enunciación jurídica–, y, a su vez desencadenan nuevos condicionantes de otros saberes, que en su «juridificación» se ven también transformados. En el epígrafe siguiente precisaremos este marco epistemológico y sus implicaciones.

b) El riesgo como dispositivo de seguridad

Sentencia Agamben, en una especie de *détournement* sobre Marx, que «no sería erróneo definir la fase extrema del desarrollo del capitalismo en la cual vivimos como una gigantesca acumulación y proliferación de dispositivos»[142]. Más allá de posibles excesos, parece patente que la reflexividad de los instrumentos de gobierno, y el desarrollo de las técnicas de intervención en múltiples ámbitos, ha desembocado en una creciente diversificación y complejidad de los dispositivos. Si el riesgo se presenta hoy como un dispositivo particularmente complejo, que prolifera incontenido se debe en gran medida a la evolución y depuración de las técnicas de evaluación de riesgos (*risk assessment*), así como a su incorporación a los procesos de toma de decisiones en distintos ámbitos de acción (*risk management*). La expansión del riesgo como dispositivo se debe a la incorporación de técnicas de cálculo de la incertidumbre a tomas de decisiones caracterizadas por la confluencia de saberes expertos (la medicina, la biología, la economía, el derecho…) o no expertos (decisiones de individuos y grupos). La gestión de riesgos resulta de modo variable de esa hibridación de saberes orientada hacia la seguridad en la toma de decisiones en entornos de incertidumbre. En esta clave, es evidente que carece de sentido hablar de «nuevos riesgos», cuanto de nuevas o renovadas formas de «afrontar el riesgo»[143].

Este planteamiento asume una concepción nominalista del riesgo, según la cual abarca modos cuantitativos (probabilísticos) de afrontar la incertidumbre y también cualitativos; y no solo fundado en criterios objetivos, sino también subjetivos. Las técnicas probabilísticas de cálculo del azar son diversas y contextuales. En la taxonomía

[142] Agamben (2015, p. 25). Recordemos que Marx abre su Libro I de *El capital* afirmando: «La riqueza de las sociedades en las que predomina el modo de producción capitalista se presenta como 'una inmensa acumulación de mercancías'» (Marx 1976, p. 55). O quizá Agamben plantee un doble juego de sentidos, rehaciendo la propia desviación que Debord formuló sobre la frase de Marx en 1967: «Toda la vida de las sociedades en las que dominan las condiciones modernas de producción se presenta como una inmensa acumulación de espectáculos» (Debord 1967, §1, p. 766).

[143] Kemshall (2009, p. 8).

de Leiss y Hrudey, pueden identificarse tres modelos muy distintos de probabilidad: la concepción clásica, la basada en frecuencias, y la de carácter subjetivo[144].

La perspectiva clásica define la probabilidad como el cociente entre el número de resultados seleccionados y el número total de resultados posible. La basada en frecuencias arranca de ellas y estima la probabilidad a partir de la reiteración de eventos. En cambio, la postura subjetiva no construye el juicio de probabilidad sobre factores objetivos, sino sobre la creencia o confianza en que suceda un determinado evento; aunque pueda apoyarse en lecturas clásicas o frecuenciales, la probabilidad nunca se desprende de juicios subjetivos fundados en conocimientos previos, en ponderaciones de la experiencia personal, en criterios ideológicos, o impulsos emotivos e irracionales.

Se trata de formas de saber que predominan en unos u otros entornos de acción, y que en cada caso se topan con sus propios límites o dificultades epistemológicas. Mientras el planteamiento clásico requiere un conocimiento preciso de los resultados en juego –información no siempre accesible–, el cálculo basado en frecuencias exige una estabilidad suficiente de las condiciones de observación del evento, que permite extrapolaciones *ad futurum*. La tesis subjetivista, por su parte, desliza evidentes problemas de fiabilidad para terceros observadores, en la medida en que los juicios permanecen asociados a interpretaciones tipo personal.

En cualquier caso, el conjunto de saberes de evaluación y gestión de riesgos incorporan un elemento de agregación al cálculo de la incertidumbre. La previsibilidad del evento se sustenta en consideraciones que enlazan lo singular y lo general con lo agregado, en un determinado entorno de acción. Ese enlace entre lo individual y lo colectivo puede fundarse, según los casos, en la consideración del conjunto de opciones hipotéticas posibles en un determinado entorno –respecto a las cuales el caso singular guarda una cierta proporción de posibilidad–, en la subsunción del evento en categorías que permiten la observación de su frecuencia –las técnicas actuariales siempre desagregan el evento particular para, a su vez, agregarlo a determinadas categorías de eventos con las que guardan relación en función de sus distintos rasgos–, o en valoraciones subjetivas sobre el «estado de normalidad» de un determinado contexto.

[144] Leiss y Hrudey (2005, pp. 4-6). Realmente, la taxonomía requiere matices, como aclararemos *infra*, §4.2.1.

Esta consideración agregada, colectiva, «sistémica», en la consideración de la incertidumbre, singulariza el riesgo como dispositivo, aun en su intrínseca heterogeneidad. De hecho, tal es el elemento a través del cual Foucault, en sus breves alusiones explícitas, situó el riesgo en la categoría más general de *dispositivos de seguridad*, frente a los de tipo *soberano* o *disciplinario*. Sin pretender trazar tipologías rígidas, sino líneas de desarrollo que pueden entrecruzarse en diversos dispositivos, Foucault enlazará la idea de seguridad a «disponer un medio en función de eventos o de series de eventos o de elementos posibles, series que habrán de regularizarse en un marco multivalente y transformable». Si la noción de soberanía capitaliza un territorio, y la disciplina trata de un modo u otro de configurar un espacio con sus relaciones jerárquicas y funcionales, el ámbito propio de la seguridad «reenvía a lo temporal y a lo aleatorio», aspectos estos inscritos en un espacio dado, en un «medio»[145]. Durante su curso en el Collège de France de 1978, Foucault ofrece una caracterización de estos «dispositivos de seguridad»[146], distinguiéndolos de los de carácter disciplinario de su trabajo inmediatamente precedente[147]. Si en su análisis de las disciplinas el objeto de gobierno que se delinea con nitidez es el individuo en su corporalidad y psique –en su conducta en tanto individuo–, en el análisis de los dispositivos de seguridad se perfila la silueta de la población; más bien, de los eventos aleatorios que pueden afectar a una población dada, y de sus pautas de distribución dentro de ella.

Foucault comprende la noción de riesgo como un modo particular de correlación entre lo agregado y lo particular. En la lógica de los dispositivos de seguridad, lo particular ya no es lo individual; es un «caso», es decir, no una singularidad individual, sino la individualización de un fenómeno colectivo[148]. Porque lo que el riesgo permite es analizar la distribución de los casos en una población considerada, en función de las características que sus elementos individuales presentan con relación al conjunto.

---

[145] Foucault (2004a, p. 22). De nuevo debe evitarse la confusión del concepto de medio con el de sistema en un sentido funcionalista. El medio es el sustrato en el que se observan determinadas regularidades de comportamiento entre diversos eventos de un cierto tipo. Es el ámbito definido por una «serie indefinida de elementos que se desplazan» –en palabras de Foucault–, que interactúan y definen ciertas pautas de comportamiento. Los dispositivos de seguridad objetivan un determinado medio, y actúan en función de las regularidades observadas y sus desviaciones.

[146] *Ibidem*.

[147] Foucault (1975a).

[148] Foucault (2004a, p. 62).

Lo cierto es que, pese a este planteamiento en las primeras lecciones del curso, Foucault no ofrecerá más elaboraciones sobre la articulación agregación/ individualización en los dispositivos de seguridad, limitándose a prácticas epidemiológicas y demográficas sobre enfermedad y morbilidad. Su interés virará hacia la seguridad como nueva forma de economía del poder en el Estado; una línea que enlazará con su genealogía del liberalismo expuesta en el curso del año siguiente[149]. Sin embargo, en su descripción de los dispositivos de seguridad gana nitidez una idea que reputamos fundamental para las nociones de gobierno y dispositivo: toda práctica de gobierno se fundamenta en una determinada normatividad identificada en el objeto gobernado. La norma que define dicho objeto es una regularidad inmanente al objeto, inteligible desde cierto saber proyectado sobre él, y que define la pauta para gobernar su comportamiento y consecuencias. Mientras las disciplinas se apoyan en normatividades individuales, los dispositivos de seguridad se sustentan en regularidades agregadas, según distribuciones poblacionales.

Cualquiera de las teorizaciones del riesgo que hemos detallado aquí asumen, de un modo u otro, esta modalidad agregada. Los «delitos de peligro» señalados por la crítica del derecho penal del riesgo incorporan al tipo penal la presunción de peligrosidad de ciertas conductas atendiendo a su inscripción en un determinado entorno de acción, de cuyas características deriva la peligrosidad de un cierto actuar; y no al contrario. El sujeto es imputado por una conducta peligrosa en relación a un entorno de acción que le envuelve como actor. En el funcionalismo de Jakobs, el decaimiento de la condición de persona se produce porque determinados sujetos son ajenos a las expectativas del sistema.

Ewald ha analizado esta operatividad del riesgo, como un continuum entre agregación e individualización, en la técnica del seguro: «el seguro proporciona una forma de asociación que combina un máximo de socialización con un máximo de individualización»[150]. Y es precisamente esa descomposición de lo individual, para asignarlo a regularidades agregadas, el criterio de ruptura más evidente que plantea el recurso a este tipo de prácticas en el gobierno de la conducta desviada. En los dispositivos de seguridad, por definición, el caso particular pierde relevancia ante la

[149] Foucault (2004b).

[150] Ewald (1991, p. 204).

consideración de espectros de probabilidad, de los que es, tan solo, concreción. El problema es que en el gobierno de la desviación y la aplicación del derecho punitivo, cada uno de los casos son individuos reales, sobre quienes se proyectan mecanismos de control y juicios individuales, por mucho que deriven de inferencias estadísticas o agregadas[151].

En esta esfera de decisión la relación entre lo agregado y lo particular adquiere caracteres específicos, debido a la arquitectura de nuestros sistemas de atribución de responsabilidad. El riesgo, como dispositivo de gobierno de la desviación, va necesariamente del individuo al medio, y de vuelta del medio al individuo, provocando en último término un recentramiento en el sujeto[152]. Si, en general, las técnicas actuariales enturbian la idea de justicia individual característica del liberalismo[153], en el caso de la justicia punitiva el problema se hace aún más evidente. Las prácticas del riesgo en el terreno punitivo, al menos las de tipo actuarial, incorporan una cierta racionalidad «epidemiológica» de la desviación que mengua la responsabilidad en términos individuales.

Castel explicó precisamente en términos de agregación la distancia que existe entre una gestión de la incertidumbre basada en la noción (clásica) de peligrosidad y las más recientes centradas en el riesgo[154]. El peligro es una noción un tanto misteriosa y no menos paradójica: «implica al mismo tiempo la afirmación de una cualidad inmanente al sujeto (alguien es peligroso), y una mera probabilidad, un quantum de incertidumbre, dado que la prueba del peligro solo puede obtenerse después del hecho»[155]. La peligrosidad, en estos términos, despliega una estrategia preventiva, aunque obviamente limitada por el hecho de que se exige una comprobación sujeto a sujeto del «estado» de peligrosidad correspondiente. No obstante, el diagnóstico individualizado de peligrosidad basado en criterios clínicos ha gozado de protagonismo en la operatividad del derecho penal, según una lógica sustancialmente disciplinaria. Sin embargo, «un riesgo no emerge de la presencia de un peligro preciso particular

[151] Leiss y Hrudey (2005, p. 8).

[152] Peeters y Charlier (1999, p. 19).

[153] Simon (1988).

[154] Castel (1983 y 1991).

[155] Castel (1991, p. 283).

encarnado en un concreto individuo o grupo», sino que «es el efecto de la combinación de *factores* abstractos que hacen más o menos probable el acaecimiento de modos indeseados de comportamiento»[156].

También Foucault observó cómo el riesgo desmenuza el concepto de peligrosidad. Se es peligroso con relación a algo, en consideración a un factor específico, y no como condición esencial del sujeto. Los riesgos son diferenciales, «no son los mismos para todos los individuos, a todas las edades, en todas las condiciones, en todos los lugares o medios»[157].

La consecuencia de este tipo de tratamientos es que «deconstruye el sujeto concreto de intervención, y reconstruye una combinación de factores responsables de la producción del riesgo»[158]. Sin embargo, el impacto de estas modalidades de gobierno no debe verse, a nuestro juicio, como una disolución del sujeto, sino como su reconstrucción: el sujeto sigue en el centro del sistema punitivo, aunque en una configuración reconstruida. La catalogación de un sujeto como expresión de factores de riesgo, como toda objetivación de la responsabilidad, anima a la prudencia hacia él, induciendo una subjetividad como gestor de su conducta ante el riesgo que ha sido objetivado. De ahí la estrecha vinculación entre técnicas actuariales y emergencia de un «sujeto prudencial» en expresión de O'Malley[159]. Y ello nos sitúa ante la proliferación de técnicas neodisciplinarias asociadas a la gestión de riesgos.

Pero lo cierto es que la semántica del riesgo –su «infinita sofística» de la que habla Ewald– ha alcanzado tal generalización que no es extraña su hibridación con formas de cálculo de la incertidumbre propias de lo que Castel denomina «peligrosidad», es decir, consideraciones sobre individuos y no sobre casos estadísticos.

El riesgo como «dispositivo» quiere ser una herramienta conceptual para poner de manifiesto la heterogeneidad de relaciones entre poder y saber, donde se ven involucrados enunciados jurídicos. Esta lectura postestructuralista, que asume la dispersión y el conflicto múltiple como realidad irreductible frente a cualquier sistematización, lleva a Valverde, Ron y Levi a rechazar implícitamente el dispositivo

[156] *Ibidem*, p. 287.

[157] Foucault (2004a, p. 63).

[158] Castel (1991, p. 287).

[159] O'Malley (1996).

como herramienta analítica [160]. Del mismo modo que Valverde ha rechazado reiteradamente el uso de los términos «derecho» o «jurídico», en tanto que significantes incapaces de contener la heterogeneidad de las prácticas que pretende albergar [161], carecería asimismo de sentido hablar del riesgo como categoría a que subsumir un catálogo inabarcable de cálculos de la incertidumbre. De ahí que, en su planteamiento, la temática «derecho y riesgo» deba sustituirse por el rótulo «procesos legales y saberes del riesgo» (*Legal Processes and Risk Knowledges*)[162]. En su perspectiva, el dispositivo delataría un exceso de teorización sobre un abanico de prácticas solo describibles en su singularidad. Se trataría entonces de observar cómo determinadas manifestaciones de la incertidumbre entran en relación con lo que Valverde y Rose, también en clave foucaultiana, llaman «complejos jurídicos», es decir, específicos «ensamblajes de prácticas legales, instituciones jurídicas, estatutos, códigos, autoridades, discursos, textos, normas y formas de juicio». Esta especie de *clúster* no contendría ninguna unidad o consistencia más allá de la articulación práctica que habilitan en cada caso[163].

La propuesta de Valverde sugiere una indagación sobre las amalgamas de conocimientos jurídicos y extrajurídicos en las prácticas del riesgo. Habilita una sociología jurídica sobre el papel estratégico que el derecho –los «procesos jurídicos»– asume en contextos de gobierno. Siendo este un aspecto de indudable relevancia, el estilo analítico adoptado dificulta una interrogación en clave filosófico-jurídica. Si bien visibiliza coexistencias epistemológicas en entornos jurídicos –revelando incluso una cierta «anarquía epistemológica»[164]–, no da cuenta del modo en que las formas jurídicas concretas se ven conmovidas. En la perspectiva de Valverde el adjetivo «legal» o «jurídico» queda indefinido porque, precisamente, solo puede remitir a una cierta pretensión de continuidad y coherencia que se resiste a su disolución en una sucesión de prácticas específicas. El problema jurídico, desde la comprensión de las relaciones entre poder y saber, es precisamente el de su continuidad frente a la fragmentación y particularización impuesta por diversos saberes aplicados. Sin embargo, esa unidad y

[160] Valverde, Levi y Moore (2005).

[161] Valverde (2003a); Rose y Valverde (1998).

[162] Valverde, Levi y Moore (2005, pp. 90-92).

[163] Rose y Valverde (1998, pp. 543-545).

[164] Valverde (2003b, p. 2).

coherencia no puede ser despejada como mera ficción, como pretenden Rose y Valverde [165]. Como argumentaremos enseguida, debe tomarse como una práctica discursiva, con tanta carga de verdad como cualquier otra práctica fundada en saberes expertos.

El concepto de dispositivo permite, a nuestro juicio, concebir las relaciones recíprocas entre saberes jurídicos y extrajurídicos sin sujetarnos a un encorsetamiento sistémico, ni a un inventario de prácticas. El epígrafe siguiente propone una comprensión de las formas jurídicas a partir de Foucault, aunque alterando parcialmente la interpretación que han venido ofreciendo los estudios sobre la gubermentalidad aplicados al derecho. El objetivo será ofrecer una concepción del derecho (punitivo) que dé cuenta del modo en que las prácticas jurídicas discursivas se ven imbricadas en la gestión del riesgo, entendido como dispositivo con una inherente diversidad epistemológica, variable en función de su contexto de aplicación.

[165] Rose y Valverde (1998, p. 545).

3.3 Derecho y dispositivos de gobierno según Foucault

El postestructuralismo afirma la contingencia de nuestras prácticas rutinarias e indaga en cómo se conforman y consolidan, como vía hacia su posible superación. Afirmación que liga con el esfuerzo kantiano frente al estado de inmadurez del ser humano: una forma de comprensión que progrese sin la necesidad de guías ajenas, impuestas o asumidas[166]. El giro postestructuralista es un tanto recursivo, en la medida en que supone cuestionar los parámetros de verdad que actúan como sustrato del pensamiento, especialmente a partir de la crítica ilustrada a la tradición. El pensamiento postestructuralista es sobre todo un asalto a los reclamos de totalidad y universalidad que, a menudo enraizados en añejas asunciones humanistas, prefiguran el pensamiento y enmascaran la diversidad irreductible de la realidad[167]. Si el estructuralismo ya se distanció de la autoevidencia de lo existente, revelando la arbitrariedad de los signos, y el extrañamiento del vínculo significante/significado, Butler subraya que el postestructuralismo se focaliza en la diferencia entre ambos elementos. No pretende reconstruir la plenitud de un sistema de significación en el que la inmutabilidad del todo se opone a la movilidad de las partes, como hiciera el estructuralismo. Se trata de revelar el momento singular de las significaciones particulares y la subsiguiente contingencia de sus prácticas de identificación. Butler ha recurrido a ello con relación a la definición binaria del género, al modo como Foucault lo hizo con la locura, la sexualidad, o las prácticas punitivas.

Al menos cuatro aspectos merecen ser destacados. 1) La diferencia se asume como ontológicamente anterior a la identidad, lo que implica «concebir la diferencia o, mejor dicho, lo diferencial, como la condición de posibilidad y como la manera de ser de los entes»[168]. El mantenimiento de la unidad –orden y estabilidad de atribuciones– solo cabe descartando la diferencia hacia los márgenes. 2) Lo particular desborda las categorías generales que tratan de acogerlo. El pensamiento no puede avanzar desde

[166] Harcourt (2007b).

[167] Butler (2007, pp. 20-21, 50-51 y 67).

[168] Castellanos Rodríguez (2009, p. 183).

totalizaciones de validez universal, sino *a pesar* de ellas: el empeño se dirige a singularidades que proliferan y retan las generalizaciones de nuestro pensar. El postestructuralismo no niega la existencia de las categorías universales, sino que las delata como contingentes e históricamente conformadas; prescindibles. 3) Se ha esgrimido en su contra que ello conduce al relativismo epistemológico. Sin embargo, se trata solo de acogerse al nihilismo nietzscheano en sentido estricto: un espacio donde campan recurrentes conflictos hermenéuticos y no, en ningún caso, verdades indubitadas. Los enunciados de verdad poseen pretensiones y efectos de validez, pero no absolutos, sino limitados y contingentes, al pugnar con otros enunciados. El postestructuralismo no propone un interrogante sobre el discurso verdadero, sino una indagación sobre las *condiciones de posibilidad* de las pretensiones de verdad. 4) El postestructuralismo no supone un rechazo de los antecedentes estructuralistas –resultaría ininteligible sin la aportación sobre la relación entre significantes y significados–, sino tan solo del postulado de la posibilidad de leyes generales. Para el postestructuralismo, las partes suman siempre más que el todo que pretende subsumirlas, lo que torna problemática la pretensión de extraer leyes permanentes que rijan el funcionar del conjunto.

3.3.1 El derecho y las prácticas de poder

Crítica a los universales y desconfianza hacia lo estable componen el desafío a las formas jurídicas y la comprensión del derecho. La pretensión de universalidad de sus categorías –empezando por la noción de sujeto jurídico–, la estabilidad de sus conceptos dogmáticos, la exigencia lógica de su inteligibilidad como sistema cerrado y pleno, y su capacidad productiva de verdad «legítima», parecen sustraerse a las críticas del postestructuralismo.

Por ello el campo de los significantes jurídicos –la ley y la soberanía (Derrida), lo jurídico, lo legal y lo judicial (Foucault), la ley y la jurisprudencia (Deleuze), entre otros– ocupa un lugar paradójico en el pensamiento postestructuralista: aparentemente marginal –en la medida en que no es objeto de atención central o inmediato, ni a menudo sistemático–, pero decisivo para testar la validez de sus instrumentos teóricos de análisis crítico. Las estabilidades jurídicas, como expresión de los universales,

conforman el material sometido a deconstrucción (Derrida), desagregación genealógica (Foucault) o singularización (Deleuze)[169].

Este enfoque filosófico resulta particularmente atinado para el análisis de la denominada «funcionalización» del derecho punitivo, y que concebimos como una «racionalización» por medio del riesgo. El postestructuralismo permite comprenderla como un modo distinto al de la dogmática penal del riesgo y el funcionalismo sistémico.

No se parte del aparato jurídico-dogmático y sus fisuras, ni de la unidad del subsistema jurídico y sus operaciones de autorreferencia y heterorreferencia. Se trata cuestionar su unidad partiendo de la heterogeneidad de sus prácticas y sus objetivaciones y subjetivaciones irreductibles a la plenitud pretendida.

La inquietud por la irrupción jurídico-punitiva del riesgo podría formularse ahora a través de la siguiente serie de interrogantes: ¿a través de qué disrupciones pueden las formas dogmáticas acoger la nueva variedad epistemológica del riesgo? ¿qué tipo de desplazamiento en la concepción del sujeto jurídico habilita el procesamiento de la peligrosidad en términos de riesgo? ¿qué reacomodos se producen en el interior de los procesos penales al sumar nuevos saberes sobre la conducta, a aquellos ya adheridos a las construcciones dogmáticas? ¿qué tipo de reconfiguración se produce en las prácticas doctrinales o jurisprudenciales al incorporar nuevas racionalidades sobre el sujeto?

Estas preguntas no presuponen un aparato penal coherente, pervertido ahora por las racionalidades propias de la gestión de riesgos. Supone más bien un constructo heteróclito teñido por la historicidad de los procesos de racionalización, a las que se suman ahora nuevas propuestas sobre el sujeto y su praxis «desviada». Asume en definitiva la «anarquía epistemológica»[170].

La mirada postestructuralista sobre el derecho denuncia principalmente un problema epistémico: los modos de saber de las formas jurídicas, que desbordan los límites de un razonar estrictamente «jurídico». Es decir, el tipo de problema que el riesgo sitúa en el centro de la escena.

---

[169] No en vano, dirá Derrida que «era normal, previsible, deseable, que las investigaciones de estilo deconstructivo desembocaran en una problemática del derecho, de la ley y de la justicia. Éste sería incluso su lugar propio, si existiera algo así como lo propio» (Derrida 2008, p. 21).

[170] Valverde (2003b).

El derecho se ve así problematizado en primer término a través de la dicotomía generalidad/particularidad[171]. Pese a los esfuerzos por mostrarse como una totalidad coherente, pese a su pretensión de generalidad, el derecho articula un complejo de prácticas necesariamente contextualizado. La lectura postestructuralista rechaza todo sustancialismo en torno al concepto de derecho y lo procesa a un nivel esencialmente práctico[172] y pluralista[173]. Hurga en la conjunción entre lo determinado y lo abierto como requisito ineludible de la concreción y efectividad de los elementos jurídicos[174]. En realidad, como ha sugerido Gillian Rose, la pregunta postestructuralista sobre el derecho gira sobre la antinomia kantiana en torno a la ley: la articulación del imperativo categórico y el impulso subjetivo[175], como trasunto de la tensión entre lo empírico y lo trascendente. El postestructuralismo pretendería cuestionar esa antinomia desde la razón práctica, evaluando el modo en que lo real contamina lo ideal, un camino ya abierto por Ihering al intentar transferir el problema de la ley al concepto de sociedad. Bien entendido que esa tensión entre generalidad y singularidad se explora por los postestructuralistas renunciando a la pretensión kantiana de identificar criterios de universalidad.

Aunque atenderemos brevemente al modo en que esta tensión es proyectada sobre lo jurídico por Derrida y Deleuze, a partir de sus respectivos esfuerzos de deconstrucción y elaboración de una «ontología de lo virtual», nuestro interés se dirigirá a considerar la comprensión de las formas jurídicas con la mirada de Foucault.

Atender a lo jurídico en Derrida y Deleuze, pretendiendo solo una descripción, sirve a nuestros intereses. En primer lugar, para contextualizar la propuesta foucaultiana en un nudo de planteamientos coetáneos, que responden a inquietudes similares. En segundo término, precisamente por esa confluencia filosófica, es conveniente señalar

---

[171] Gillian Rose, en su estudio crítico sobre la comprensión postestructuralista del derecho, apunta certeramente que ese es el problema básico que enfrenta esta filosofía con relación a lo jurídico. De este modo, la pretensión de Foucault no es sino proponer «un nuevo balance entre la ley y el suceso, entre lo universal y lo particular» (Rose 1990, p. 172).

[172] Ewald (1986b, p. 138). Al hilo de la propuesta de Foucault, señala Ewald que, en este registro, el término derecho «no designa ninguna sustancia, respecto a la que una teoría habría de derivar la esencia eterna, sino 'prácticas', prácticas jurídicas que, en sí, son siempre particulares». Se trata de «afrontar el derecho como una práctica de la razón, como una razón práctica».

[173] Valverde (2003a), Rose y Valverde (1998), Hunt y Wickham (1994, p. 39).

[174] Golder y Fitzpatrick (2010, pp. xx-xxi).

[175] Rose (1990, p. 23).

las distancias que separan sus propuestas. Un modo de evidenciar la diversidad de comprensiones de lo jurídico que alberga la etiqueta común del postestructuralismo. Y, por último, porque algunas de las sugerencias de Deleuze resultan de utilidad para comprender la realidad de las prácticas actuales de poder, dadas las implicaciones jurídicas de su propuesta sobre las «sociedades de control».

En Derrida, la antinomia entre universalidad y particularidad en el campo jurídico opera a través de la relación entre ley y justicia, y las aporías en la aplicación de la ley[176]. Partiendo del extrañamiento entre justicia y derecho, indaga en la tesis de Montaigne –retomada por Pascal– sobre el «fundamento místico de la autoridad de la ley», que no es otro que su propia condición de ley, su *escritura* como ley[177]. Su carácter es místico por silenciado como justificación. Esa efectividad muda no significa, sino «violencia realizativa» ínsita en todo mandato legal[178]. La pretensión de basar la realidad del derecho en una idea extralegal de justicia solo conduce a la aporía. La ley como portadora de justicia general es la proyección de un *deber ser* sobre el caso concreto que su aplicación arriesga frustrar inexorablemente. La justicia, en sentido extralegal, es lo que permanece idéntico y, por tanto, trasciende toda voluntad particular concreta. Su inmutabilidad y verdad a priori «implica su radical diferencia con la localidad de la fuerza y la particularidad»[179]. En la realización de la ley, en cambio, está la diferencia. Aunque arraigada en lo inmanente, se aventura más allá y, por ello, encarna imperfectamente cualquier universalidad. La idea inmarcesible de justicia se ve humillada ante el cálculo del caso particular, y a merced de un equilibrio inestable y precario: el orden de la justicia y el derecho «son indisociables en su heterogeneidad misma»[180].

Derrida rechaza la posibilidad de una justicia más allá de la ley concreta. Su idea de justicia extralegal se confunde con la de deconstrucción: la justicia es la

[176] Derrida (2008, pp. 11-67).

[177] *Ibidem*, pp. 29 y ss.

[178] «El discurso encuentra ahí su límite: en sí mismo, en su poder realizativo mismo. Es lo que aquí propongo denominar (desplazando un poco y generalizando su estructura) lo *místico*. Hay un silencio encerrado en la estructura violenta del acto fundador. Encerrado, emparedado, porque este silencio no es exterior al lenguaje. He ahí el sentido en el que yo me atrevería a interpretar, más allá del simple comentario, lo que Montaigne y Pascal llaman el *fundamento místico de la autoridad*» (Derrida 2008, p. 33).

[179] Colebrook (2009, p. 7).

[180] Derrida (2008, p. 65).

deconstrucción misma. Mientras que el derecho, ensamblado en estratos identificables, es *deconstruíble*, la justicia no lo es. Al contrario, la justicia posibilita la deconstrucción del derecho como ley escritura[181]. La posición de Derrida podría resumirse así: la ley como expresión de una justicia trascendente conduce a la aporía en el caso concreto[182]; la efectividad de cualquier justicia más allá del derecho significa la deconstrucción de la ley.

El compromiso de Deleuze va más allá de la dimensión lingüística de la ley y su naturaleza deconstruible. La de Deleuze es una filosofía de la inmanencia que, a través de «lo virtual», ofrece una teorización de la singularidad y su capacidad conformadora de la realidad[183]. Aunque colateralmente, el derecho permite narrar la prioridad ontológica de lo singular y virtual frente a lo real-actual. Su comprensión del derecho es

[181] «La justicia en sí misma, si algo así existe fuera o más allá del derecho, no es deconstruible. Como no lo es la deconstrucción, si algo así existe. *La deconstrucción es la justicia*» (Derrida 2008, p. 35; cursivas en el original).

[182] Derrida plantea tres aporías en cuanto a la realización de una justicia extralegal «incalculable» en la realización práctica (judicial) del derecho. 1) La exigencia práctica de que, para que la decisión sea percibida como justa, el juez no se limite a una aplicación automática de la ley al caso, sino que «reverdezca» la regla, la reinvente hasta cierto punto (primera aporía: la *epokhē* –puesta entre paréntesis– de la regla). 2) En toda decisión (judicial), para que esta sea libre y por lo tanto justa, existe un elemento *indecible*, pues de lo contrario la decisión solo sería «la aplicación programable o desarrollo continuo de un proceso calculable». Una vez transitado ese elemento indecible, la decisión puede ser *presentemente* justa, pero sin embargo no será ya *plenamente* justa (segunda aporía: la obsesión –o mejor, el «espectro», *hantise*– de lo indecible). 3) Dado que la justicia siempre es un *porvenir*, respecto a la decisión justa siempre existe un reclamo de urgencia, una especie de «precipitación realizativa de la justicia» que excluye el horizonte de espera. Sin embargo, la justicia como concepto extralegal, incalculable, solo puede existir en ese *porvenir* que desborda lo determinado de la urgencia (tercera aporía: la urgencia que obstruye el horizonte del saber) (Derrida 2008, pp. 52-67).

[183] El propósito de Deleuze es ofrecer una ontología de lo virtual, cuya comprensión exige tener presente la diferencia que traza a través de una tríada conceptual que atraviesa su obra: lo virtual, lo real-actual y lo intensivo. Todo objeto presenta una determinada conformación actual, presente, tal y como se nos presenta. Sin embargo, todo objeto guarda también una dimensión virtual que se diferencia de su actualización, y que remite a un rango de potencialidades que, en su emergencia, abrían un abanico de posibilidades diversas de actualización. Aquel rango de potencialidades es múltiple, pero no infinito: ese conjunto discreto representa precisamente *lo real* (pero aún no actualizado) en cuanto condiciones de emergencia de diversas actualizaciones posibles. Ese conjunto discreto de posibilidades se diferencia de lo actual –lo efectivamente actualizado, el modo en que la virtualidad del rango de potencialidades ha cristalizado efectivamente–, pero también de lo virtual, que remite a las distintas posibilidades de actualización de aquellas potencias. La distancia entre lo actual y lo virtual compone el juego básico de diferencias que entretejen la ontología deleuziana. Lo relevante es que lo virtual no es mera idealidad, sino que *está* en el objeto, aunque sea pensable solo en términos críticos –como lo *no-actualizado*–. Por otro lado, lo intensivo actúa en Deleuze como una suerte de medida de la virtualidad, determina la posibilidad de devenir que es capaz de producir un conjunto dado de potencialidades: es la potencia virtual que determina la posibilidad de devenir otro. Las diferenciaciones intensivas permiten que lo real-actual salga de sus hormas y altere sus patrones de comportamiento. Como medida de lo virtual, lo intensivo está incorporado al objeto expresando la posibilidad del devenir. Por su parte, el devenir en Deleuze expresa precisamente la posibilidad de actualización de ciertos elementos de una pluralidad virtual ya presente. Sobre esta cuestión véase Deleuze (2002, pp. 314 y ss.; 2005, pp. 186-7).

decididamente inmanente y vitalista[184], y arranca de la tensión entre ley y jurisprudencia, y Deleuze se centra en la segunda como «derecho del caso». Este es para Deleuze el auténtico espacio de emergencia del derecho –el lugar del acontecimiento jurídico[185]–; un lugar privilegiado para observar el juego de lo virtual y sus efectos sísmicos en el espacio social. Aunque solo abordó la jurisprudencia en entrevistas y conversaciones[186], explicitó el interés que el tema le suscitaba[187], reconociendo haber hallado inspiración en la concepción del derecho y las instituciones de Hume[188]. El autor francés acabará por otorgar a la relación ley-jurisprudencia cierta posición estratégica en su filosofía de la singularidad: «No se trata del derecho de esto o aquello, se trata de situaciones, de situaciones que evolucionan, y luchar por la libertad es realmente hacer jurisprudencia»[189]. Traza así un paralelismo entre el operar de la jurisprudencia respecto a la ley –que permitiría considerar el derecho por el lado del acontecimiento y el devenir– y la reivindicación general de la singularidad en su

[184] Colebrook (2009, pp. 12-13).

[185] Deleuze propone una filosofía del acontecimiento. Como advierte Martínez Martínez (2009, pp. 74-75), dicho concepto juega un papel evidente en su proyecto de subvertir las categorías platónicas. Partiendo de la dualidad entre Arquetipo y copia, Deleuze escarba en la hipótesis de las «malas copias», aquellas que se alejan del Modelo inmutable y perfecto y pervierten la relación modelo-copia. El acontecimiento es un suceso que no solo se aleja de cualquier mímesis con un modelo persistente, sino que además es incorpóreo y repele cualquier profundidad del ser: se produce en la superficie y es puramente un efecto de causas más profundas. El interés de Deleuze no se dirige a la profundidad de los cuerpos, sino a la superficialidad de los acontecimientos, que son solo efectos de aquellas relaciones corpóreas. El acontecimiento es un suceso instantáneo, liviano y completamente singular. Y, en tanto singularización azarosa, el acontecimiento está estrechamente unido a la noción de devenir.

[186] La alusión más extensa se encuentra en la entrevista televisada *L'Abécédaire de Gilles Deleuze*, letra G: «Gauche» (Deleuze 1996), donde diserta a partir de la cuestión de los derechos humanos y, al menos, en una entrevista con Toni Negri en 1990 compilada en el volumen *Conversaciones* (Deleuze 2014, pp. 265-276) y un texto breve de 1988 recopilado en *Dos regímenes de locos* (Deleuze 2007, pp. 313-315).

[187] A este respecto es conocida la confesión un tanto sorprendente en *L'Abécédaire*: «A mí siempre me ha apasionado la jurisprudencia, el derecho; si no hubiera hecho filosofía habría hecho derecho, pero desde luego no derechos humanos, habría hecho jurisprudencia, porque es la vida. Lo que significa que no hay derechos humanos, hay la vida, hay derechos de la vida, vitales, y es que solo la vida se da por caso» (Deleuze 1996).

[188] Deleuze (2014, p. 265).

[189] Deleuze (1996).

filosofía[190]. Más aún, parece postular un isomorfismo entre el tipo de productividad que asocia a la jurisprudencia y el papel «creador» que reclama para la filosofía[191].

Deleuze postula una jurisprudencia entendida como *poiesis* jurídica, como derecho apegado a la vida, a la inmanencia, que desborda su encorsetamiento institucional[192]: una labor creativa de la que *hay que apropiarse* como modo de hacer política, expropiando su monopolio judicial[193]. La problematización de la ley mediante la creación jurisprudencial remite en definitiva a su teoría del deseo, que es el hilo conductor de su obra. Se trata de la posibilidad de pensar un deseo «no prefabricado por la ley, es decir, no inventado por la prohibición»; la posibilidad de concebir «un deseo constituyente» en un sentido político[194]. Su concepción vitalista de la jurisprudencia –más allá del monopolio judicial– apunta sin duda en esta dirección, como exploración de una vía de materialización de aquel poder constituyente del deseo, como camino desde el derecho hacia la política, para «maquinar el deseo en nuevas formas de vida»[195].

Para Deleuze la ley es una entidad no-productiva, negativa, en un sentido similar al que Foucault tematiza por momentos el derecho como prohibición. La ley subsiste como un arcaísmo: una idea de los sujetos mediados por lo trascendente reformulada

---

[190] «La función de singularidad sustituye a la de universalidad (en un nuevo campo en el cual lo universal carece de utilidad). Lo vemos incluso en el derecho: la noción jurídica de 'caso' o de 'jurisprudencia' destituye lo universal en beneficio de estas emisiones de singularidades y de las funciones de prolongación» (Deleuze 2007, p. 314).

[191] «Se trata de crear, no se trata de que se apliquen los derechos humanos, se trata de inventar la jurisprudencia [...]». «[...] [L]a creación del derecho no son las declaraciones de derechos humanos, en el derecho la creación es la jurisprudencia. No existe otra cosa. Así que se trata de luchar por la jurisprudencia» (Deleuze 1996). Respecto a la capacidad creadora de la filosofía, *vid.* Deleuze (2014, p. 217).

[192] La jurisprudencia se aproxima entonces a la capacidad creadora que Deleuze atribuye a la filosofía (Deleuze 2014, p. 217). Una capacidad que remite al concepto de inmanencia y, en concreto, al de «plan» o «plano de inmanencia» o «plan» o «plano de consistencia» como sustrato que hace posible la producción conceptual, de relaciones, de individuos… (Deleuze y Guattari 2008, pp. 264-74; 2001, pp. 38-61): «un plano unívoco que solo dice la producción de diferencias. En la inmanencia se desarrolla todo en intensidad, todo está en movimiento» (Barroso Ramos 2006, p. 15). Es decir, el plano de inmanencia es variación pura, frente a la absolutización que impone la trascendencia (Antonelli 2013). En esa dicotomía ha de entenderse la relación jurisprudencia/ley en Deleuze.

[193] «[La jurisprudencia] es la verdaderamente creadora de derecho: habría que evitar que los jueces la monopolicen. [...] Lo que se necesitan no son comités…sino grupos de usuarios. Ése es el paso del derecho a la política» (Deleuze 2014, pp. 265-266).

[194] Castellanos Rodríguez (2011, p. 17).

[195] Lippens y Murray (2007). Advierten estos autores que lo que interesa a Deleuze de la jurisprudencia es, precisamente, el trabajo de las máquinas de deseo que puede apreciarse en su operatividad pragmática.

por la modernidad. Según ella, somo sujetos si sometidos a un sistema de significación, fuera del cual solo existe el caos y el terror de lo indiferenciado[196]. Según Deleuze, la ley opera en la producción del sujeto, como internalización de la «inevitable» mediación de lo trascendente, mediante la afirmación de que la vida puede ser experimentada solo a través de la mediación de un sistema simbólico de lenguaje, un «régimen de signos». Así, Deleuze se aproxima, y al tiempo se aleja, de Derrida, al transitar desde el problema lingüístico al semiótico[197]. La ley es «despotismo del significado». En cambio, la jurisprudencia supone producción maquínica, supone «agregar vida», es decir, «ensamblar creativamente nuevos modos de vida colectiva que son sensibles a los potenciales vitales»[198]. La apertura del derecho hacia la inmanencia por vía de la jurisprudencia introduce diferencias intensivas, abriendo un devenir que implica la emergencia de imágenes nuevas de legalidad.

La relación entre ley y jurisprudencia, lo general y lo particular, remite en Deleuze a su conceptualización de lo «molar» y lo «molecular»[199]. La «semiótica molar de la ley» opera una captura sobre el derecho emergente, que mana de procesos inmanentes, múltiples y dispersos[200]. La distancia ley/jurisprudencia es la que media entre el derecho entendido como poder –concepto de derecho no problematizado, estático y autorreferente– y el derecho entendido como acción, que le otorga una textura muy distinta[201]. Como veremos, Foucault reelabora esta distinción al identificar

[196] Colebrook (2009).

[197] Un régimen de signos es «toda formaliación de expresión específica, al menos en el caso en el que la expresión es lingüística. Un régimen de signos constituye una semiótica» (Deleuze y Guattari 2008, p. 117). Derrida se centra en la escritura de la ley –el hecho de que la ley requiere un cierto lenguaje –, mientras para Deleuze (y Guattari), se trata de un problema semiótico y, por lo tanto, de un régimen de signos (Moore 2007, p. 33)

[198] Lippens y Murray (2007); Lefebvre (2008, p. 55).

[199] Pese a lo que una lectura apresurada podría sugerir, lo «molar» y lo «molecular» no se distinguen para Deleuze y Guattari solo (o no tanto) por la talla, la escala o la dimensión, sino también (y sobre todo) «por la naturaleza del sistema de referencia considerado». Según sus habituales alusiones geométricas, la idea de lo molar se relaciona con una línea de segmentos (dura, sobrecodificada), mientras lo molar remite a un flujo de cuantos (elástico, descodificado). «Un flujo mutante siempre implica algo que tiende a escapar a los códigos, a escaparse de los códigos; y los cuantos son precisamente signos o grados de desterritorialización en el flujo descodificado» (Deleuze y Guattari 2008, p. 223).

[200] Murray (2006; y 2007, p. 32).

[201] Moore (2007). Sintetiza en este sentido que, para Deleuze la jurisprudencia opera como una «máquina abstracta» que: 1) existe siempre en el futuro, supone la búsqueda de un sentido legal para hacerlo funcional *de cara* a su resolución. No se trata del futuro como un «presente por venir», sino como un futuro que habita en el presente y lo configura. 2) Es inmanente, no opera con vistas a ningún fin trascendental, sino que produce variaciones en el sentido del campo legal. 3) Es indiferente a criterios de

un tratamiento bipolar del derecho, según hablemos del lenguaje del poder como legitimación (soberanía) o como capacidad (praxis, táctica y estrategia). Si la perspectiva crítica del derecho se realiza en Foucault desde la inmanencia de las técnicas de gobierno, en Deleuze se propone desde la jurisprudencia, como crítica práctica de la ley. Esta noción amplia de jurisprudencia se aproxima al dispositivo foucaultiano, pues apela a un «campo de dispositivos o artefactos técnicos que hace que la ley pueda 'vivir' de una u otra manera»[202]. No obstante, la jurisprudencia permanece en el plano performativo de los enunciados, como modo particular de «expresión de la ley»[203]. En Foucault, como sabemos, el dispositivo remite a la mixtura de formas de saber que, las más de las veces, cristalizan en formaciones técnicas materiales, no discursivas. No obstante, y a diferencia de la atención de Derrida hacia el análisis de la ley como concreción lingüística, en las elaboraciones de Deleuze y Foucault sobre el derecho late el problema de la racionalización y la técnica. Se trata del modo en que las formas jurídicas (la forma-ley, en Deleuze) solo adquieren «vida» de forma efectiva mediante la irrupción de una exterioridad que aquellas interiorizan[204].

Deleuze propone una mirada postestructuralista que, proyectada sobre lo jurídico, reproduce las virtudes y las dificultades de ese estilo de pensamiento. Como sucede en Foucault y en gran medida en Derrida, en Deleuze convive una lectura un tanto naif de la ley, junto con la posibilidad de ofrecer una imagen renovada, especialmente apta para dar cuenta del devenir de las formas jurídicas hoy. El postestructuralismo, por momentos, parece considerar la ley como un significante reproductor de las ilusiones modernas sobre la universalidad y la razón, que aspira a la estabilidad contrafáctica. En cuanto tal, la ley se presenta como una figura teórica de escaso interés, nombrada desde

---

verdad o falsedad en sentido jurídico, ya que el hecho de que la pretensión de una de las partes en disputa no sea estimada, no revoca el carácter jurídico del argumento de la otra. 4) Supone la redistribución de la ley y las leyes, en el sentido ya apuntado de que permite operar variaciones en el campo legal –realinea la ley en general y las leyes en particular, aportando un nuevo sentido– (*ibidem*, pp. 44-5).

[202] Mussawir (2011, p. 160).

[203] *Ibidem*.

[204] Lefebvre (2008, pp. 58-59) observa que esa conexión se explica para Deleuze a través del concepto de *encuentro*, que emerge de la interpretación deleuziana de la obra de Proust, y que supone el entrelazamiento entre lo accidental y lo necesario operado por el acontecimiento. En el plano jurídico el «caso» sobre el que se erige la jurisprudencia sería al tiempo accidental (no hay posibilidad de determinar a priori qué casos serán los planteados) y necesario (la ley no puede hacerse operativa, los derechos no pueden verse conformados, sin la irrupción del caso).

su negación. Sin embargo, al mismo tiempo emergen argumentos para pensar, en su complejidad, la apertura de las formas jurídicas a una exterioridad ineludible.

Para Deleuze la ley ejerce una suerte de violencia sobre la singularidad del caso[205], y adquiere un carácter esencialmente negativo, abstracto, e incluso vacuo, frente a la «auténtica» vida del derecho. Sin embargo, lo cierto es que frente a esta relación cuasi dialéctica entre ley y jurisprudencia, hay elementos en Deleuze para leer esa confrontación en términos menos sencillos, más ajustados a la complejidad de las formas jurídicas.

1) Hay que considerar, en primer término, que en la relación universal-particular en el campo jurídico, Deleuze no se acoge a un sentido lógico de la singularidad –según el cual lo singular sería algo necesariamente opuesto a lo universal–, sino a un sentido «matemático», donde lo singular «es un elemento cualquiera que puede prolongarse hasta las proximidades de otro, de forma que se logra un empalme»[206]. En esta acepción las singularidades no trazan relaciones dialécticas con las categorías generales, sino que señalan puntos límite, a partir de los cuales un conjunto cambia sus patrones de comportamiento, y alteran las pautas generales de funcionamiento[207]. Según este esquema la inmanencia del caso no se opondría dialécticamente a la trascendencia de la ley, sino que alteraría su sentido, moldeándola.

2) Por otro lado, si bien es cierto que Deleuze atribuye a la ley cierta vacuidad como significante o mera forma sin contenido –los derechos «no existen» como tales[208]–, en otras ocasiones, de forma más sosegada, advierte del error de considerar la expresión legal como mero significante sin significado[209]. Esta segunda apreciación es, en todo caso, más conforme con la teorización de la relación entre lo molar y lo molecular. No en vano, dicha relación es planteada por Deleuze y Guattari, en términos

[205] *Ibidem* (2008, p. 67).

[206] Deleuze (2007, p. 314).

[207] Protevi (2009, p. 69).

[208] Volviendo a *L'Abécédaire*: «La justicia no existe. Los derechos humanos no existen. Lo que cuenta es la jurisprudencia, esta es la intención del derecho» (Deleuze 1996).

[209] «[...] no confundamos el contenido con un significado ni la expresión con un significante. […] Así como el derecho penal, en cuanto forma de expresión, define un campo de decibles (los enunciados de la delincuencia), la cárcel como forma del contenido define un lugar de visibilidad (el 'panoptismo', verlo todo en todo momento sin ser visto)» (Deleuze 2007, p. 224).

formalmente jurídicos, como «sobrecodificación» y «decodificación», si bien no contrapuestos, sino complementarios y coexistentes aunque problemáticos[210].

3) La ontología de Deleuze sobre lo universal y lo singular, sobre lo real-actual y el devenir, sobre lo duro (codificado) y la modulación (decodificante), ofrecen imágenes sugerentes desde las que entender las irrupciones de la gestión de riesgos en el derecho punitivo: el carácter binario del código jurídico y la «segmentariedad» de las categorías dogmáticas se verían desbordadas por prácticas que aspiran a palpar la inmanencia de los procesos sociales, a confundirse con la vida misma, si bien para operar una nueva recodificación por otros medios. En este sentido, la teorización por Deleuze y Guattari sobre «lo liso» y «lo estriado» desliza posibilidades interpretativas, leyendo las proyecciones del sistema punitivo sobre la realidad social como modelos de *estriación* de espacios más o menos lisos, a partir de la taxonomía sugerida por los propios autores[211].

Derrida, Deleuze y Foucault ofrecen lecturas del derecho por vías diversas que, sin embargo, plantean puntos evidentes de confluencia. La mirada postestructuralista cuestiona en todo caso el concepto mismo de derecho, asaltándolo por el lado de las singularidades irreductibles que le subyacen. En esta perspectiva –y en cualquiera de sus variantes–, la dogmática no puede tomarse como «la» verdad del derecho, sino como un discurso portador de efectos de verdad, cuyo propósito es, precisamente, reinstaurar la pretensión de unidad y coherencia del derecho, la continuidad e identidad de las formas jurídicas. Este anhelo es evidente en el discurso del derecho penal del

[210] Recordemos que Deleuze y Guattari explican la distinción molar/molecular a través de las ideas respectivas de la línea de segmentos (dura, sobrecodificada) y el flujo de cuantos (elástico, descodificado). Advierten no obstante que «los dos sistemas de referencia están en razón inversa, en el sentido de que uno escapa al otro, y de que éste detiene al primero, le impide seguir escapando; pero son estrictamente complementarios y coexistentes, puesto que el uno sólo existe en función del otro [...]» (Deleuze y Guattari 2008, p. 224).

[211] Para Deleuze y Guattari, la diferencia entre un espacio liso y uno estriado radica en el modo en que los puntos se relacionan con la líneas: en los primeros los puntos están sometidos a la dinámica de las líneas (los trayectos), mientras en el segundo ocurre lo conrario (todo trayecto está condicionado por los puntos que actúan como referencias). Así, el espacio estriado está caracterizado por la sedentariedad y es instaurado por el aparato del Estado. La relación que se entabla entre lo liso y lo estriado es compleja, y puede responder a distintos modelos. Sin ánimo de profundizar sobre esta cuestión, nos limitamos a plantear que la gestión de riesgos, en tanto «métrica» de procesos inmanentes a lo social, puede comprenderse como un proyecto de estriación según varios de los modelos presentados por Deleuze y Guattari: *tecnológico* (al que parece responder la operatividad convencional de las formas jurídico-punitivas), *musical* (mediante la instauración de «módulos» y «cortes» en las frecuencias) o *matemático* (a través del tránsito de multiplicidades no métricas –descentradas, rizomáticas, de frecuencia…– hacia multiplicidades métricas –centradas, arborescentes, de corte…–). *Vid.* Deleuze y Guattari (2008, pp. 483-506).

riesgo, como defensa dogmática ante un «desvarío racionalizador» del entramado punitivo. Realmente, el pensamiento dogmático solo puede operar mediante actos de identificación, reafirmando la consistencia de sus taxonomías y su capacidad de subsunción de cualquier singularidad. En términos deleuzianos, la dogmática sería necesariamente un pensamiento de la identidad, de la repetición.

Otro punto de confluencia se refiere a la comprensión del sujeto, y por ende del sujeto de derecho. La crítica del postestructuralismo a los universales, que alcanza de lleno al derecho, revisa la noción de sujeto, según hemos advertido ya en Foucault. De hecho, la revisión de Kant que propone el gesto postestructuralista pasa, en gran medida, por la del sujeto trascendental. Sin embargo, más que negar su existencia, es concebido como efecto de la práctica discursiva, como producto de ciertas comprensiones y saberes, pero en ningún caso como un a priori.

El pensamiento postestructuralista quiere avanzar sin la seguridad de los universales apriorísticos. Para Foucault, se trata de comenzar a pensar *como si* el sujeto no existiera, para revelar el modo en que la noción de sujeto ha podido llegar a conformarse. En el terreno jurídico, el derecho no «encuentra» un sujeto, sino que lo construye. El derecho, en sus distintas variantes, aparece como condición habilitadora y constitutiva de la subjetividad[212]: «los derechos no protegen un sujeto ya formado, sino las bases de un proyecto de individuación»[213]. Aún más claramente en Foucault, el sujeto de derecho es cuestionado mediante su confrontación con la materialidad de los individuos y su aprehensión por las prácticas de poder, hecho que escapa a la formalidad abstracta del sujeto jurídico. El desafío no es pensar las formas jurídicas como ilusiones abstractas, sino desde los procesamientos del sujeto a distintas frecuencias, por parte de otros modos de saber y de intervención.

Siendo evidentes estas confluencias, la lectura que Foucault habilita sobre el derecho resulta más fértil e incisiva, al menos desde los intereses propios de la filosofía jurídica, es decir, para proponer una mirada filosófica sobre las formas jurídicas y su realidad efectiva. En el caso de Foucault lo jurídico adquiere un enfoque mucho más nítido y un protagonismo más claro. Derrida y Deleuze se interesan por el derecho, pero para sustentar sus postulados ontológicos y metodológicos generales, y de forma

[212] Colebrook (2009, p. 6).

[213] Protevi (2009, pp. 70-71).

subordinada. Como resultado, el tratamiento del derecho que ofrecen, si se considera en sí mismo y no como pieza de su puzle, no se desprende de un cierto tinte naif, y de una cierta vaguedad, quizá por un acercamiento un tanto tosco. Fuera de sus construcciones generales sobre la singularidad y la virtualidad, la propuesta de Deleuze no se aleja de una suerte de realismo jurídico, que sin embargo no le ayuda a detectar adecuadamente la vida efectiva de las formas jurídicas[214]. El reclamo deleuziano de la singularidad jurisprudente, frente a la generalidad abstracta de la forma legal, ignora las vías efectivas de singularización que viene experimentado, a través de la apertura de sus elementos formales a modos de saber que, precisamente, expresan un anhelo de concreción e inmanencia. El tipo de racionalidad que porta el riesgo, especialmente en su sentido actuarial, postula una especie de «incrustación» de la lógica del caso en la operatividad de las formas jurídicas. Este tipo de apertura no podría ser fácilmente captado por Deleuze, anclado en una comprensión de la ley unívoca y, en buena medida, obsoleta, paradójicamente, excesivamente «ilustrada».

No faltan los ensayos de construir, a partir de Deleuze el tránsito hacia un nuevo modelo de legalidad[215], y de proyectar su análisis a realidades jurídicas concretas. Querrían rescatar así el vitalismo deleuziano y su sugerente actitud que, en definitiva, consiste en la posibilidad de «jugar con el derecho»[216]. Si bien Deleuze ofrece una narración inspiradora sobre nuestro presente, sus categorías teóricas –al igual que sucede, a nuestro juicio, con la deconstrucción derridiana– resultan un tanto ambivalentes al tratar de amarrarlas a los vericuetos de la realidad jurídica. Foucault, en cambio, procede de forma inversa. En buena parte de sus aproximaciones, el derecho no aparece como propuesta de una filosofía general (del poder, del saber o del sujeto), sino como uno de los elementos estructurales de un edificio teórico de múltiples aristas. Quizá de forma más implícita, nos invita a tomar el derecho como objeto de reflexión

[214] Los ejemplos de los que sirve Deleuze no dejan de resultar asimismo un tanto simples, al menos para el jurista habituado a trabajar con las elaboraciones jurisprudenciales. Por otro lado, algunas de las afirmaciones que esgrime resultan quizá un tanto apresuradas desde una consideración más pausada de la realidad jurídica. Por ejemplo, llega a sostener que «[u]na concepción del derecho fundada en la jurisprudencia prescinde totalmente del 'sujeto' de derechos. Y viceversa: una filosofía sin sujeto presenta una concepción del derecho apoyada en la jurisprudencia» (Deleuze 2007, p. 314). El hecho de que el sujeto se vea recompuesto, entre otras, por vía jurisprudencial, no permite sostener con tal rotundidad que la consideración del «caso» jurídico desplace por completo asunciones sobre el sujeto de derecho, en tanto sujeto legalmente constituido.

[215] Moore (2006, pp. 52-53).

[216] Hardie (2007).

por vías un tanto inexploradas, aplicando a las formas jurídicas su analítica de las relaciones de poder. Aunque irrumpiendo tangencialmente, el derecho acaba por ocupar con cierta recurrencia un lugar particular en la filosofía de Foucault, ofreciendo herramientas de análisis depuradas, según trataremos de argumentar a continuación.

a) Derecho frente a dispositivos de gobierno

Desarrollar una perspectiva jurídica desde Foucault podría parecer extravagante, si se considera su diagnóstico más conocido sobre el derecho. Un cierto lugar común ha enfatizado su dejación de lo jurídico, en el marco de su indagación sobre las formas de poder. Ello centraba apoyo en algunas de sus proposiciones en donde su concepción «jurídico-discursiva» del poder carecía de una teorización explícita del derecho, al abordar el poder siguiendo líneas de racionalización extrajurídicas; así, por ejemplo, «no se trata de estudiar la teoría del derecho penal en sí misma, o la evolución de ésta o aquélla institución penal, sino de analizar la formación de una cierta 'racionalidad punitiva'» [217]. Ese aparente desdén de Foucault hacia las formas jurídicas, a favor de su interés en la proliferación de las técnicas gobierno como «auténtica» realidad del poder, llevó a Hunt y Wickham a enunciar su conocida tesis sobre la «expulsión» del derecho en la exposición foucaultiana sobre penalidad liberal[218].

El derecho, desde luego, ocupa un lugar no convencional en su concepción del poder, ya que aquel introduce líneas de tensión en su edificio teórico, como ocurre con la idea de derecho en toda la filosofía postestructuralista. En Foucault encontraremos la tirantez entre generalidad y particularidad, entre trascendencia e inmanencia social, que la perspectiva postestructural revela en el derecho. Sin embargo, la interpretación de Hunt y Wickham ha sido cuestionada en los últimos años, con motivos sobradamente fundados[219]. La tesis de que Foucault sitúa el derecho fuera de su relato de las prácticas de poder presenta dos dificultades. Por un lado, no se ajusta a las pretensiones del autor,

[217] Foucault (1984b, p. 1401). Ciertamente, en algunos pasajes Foucault parece querer avanzar por una senda que deja a sus márgenes dos actitudes teóricas sobre el poder que se revelarían infructuosas: tanto la teoría jurídica –aquella concepción jurídico-discursiva–, como el marxismo ortodoxo, que tiende a leerlo en el juego de las infraestructuras y las superestructuras. Dirá Foucault que «[e]n lugar de buscar la explicación en una concepción general de la Ley, o en la evolución de las formas de producción industrial [...] me parece más apropiado observar los funcionamientos del Poder» (*ibidem*).

[218] Hunt y Wickham (1994).

[219] Golder y Fitzpatrick (2009), Fitzpatrick (2013), Gordon (2013).

quizá por un desenfoque exegético; por otro, renuncia a buena parte de las virtudes analíticas que, a nuestro juicio, la «caja de herramientas» foucaultiana ofrece en el terreno jurídico.

Foucault evidencia el juego de unos discursos y prácticas *poslegales*[220], que operan enredados en normas que rebasan los contornos de la forma jurídico-legal. Sin embargo, planteando la cuestión en términos espaciales, y no temporales, la norma (extrajurídica) no funciona en Foucault necesariamente «después» de la ley, sino más bien «por debajo» de esta, vertebrándola. Tras la gubermentalización del Estado, una vez las prácticas disciplinarias y biopolíticas proliferan en el espacio social, la ley mantiene una relación necesariamente problemática con la norma. Ello no significa que Foucault niegue cualquier efectividad al derecho, sino que, antes bien, cuestiona su papel, más allá del concepto que el derecho propone sobre sí, tomado solo como un discurso o enunciado con pretensiones de verdad.

Cabe una revisión de las acusaciones dirigidas tradicionalmente contra Foucault por su insuficiente atención al derecho[221]: serían juicios precipitados frente a una parte de la obra foucaultiana, y que se han demostrado inconsistentes a medida que esta ha sido completada durante las últimas dos décadas, con la publicación sucesiva de sus cursos, conferencias y entrevistas, tanto o más productivas que sus principales monografías[222].

Pretender de Foucault una teoría del derecho, o reprocharle que no le dedicara un espacio específico, carece de sentido si se atiende a su actitud filosófica[223]. Foucault no pretendió ofrecer una *teoría*, sino una *analítica* del poder –«la definición del dominio específico que forman las relaciones de poder y la determinación de los instrumentos

---

[220] Rose (1990, p. 158).

[221] Gordon (2013).

[222] Los principales hitos de ese proceso de publicación, en lo que respecta al derecho, son la publicación de los *Dits et écrits* en 1994 (citados en este trabajo en su segunda edición de 2001), especialmente la transcripción del curso impartido en 1973 en la Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro bajo el título *La vérité et les formes juridiques* (Foucault 1974), *Il faut défendre la société (Cours au Collège de France 1975-1976)* en 1997 (Foucault 2012a), *Les anormaux (Cours au Collège de France1974-1975)* en 1999 (Foucault 1999), *Sécurité, territoire, population (Cours au Collège de France 1977-1978)* en 2004 (Foucault 2004a), *Naissance de la biopolitique (Cours au Collège de France 1978-1979)* también en 2004 (Foucault 2004b), *Mal faire, dire vrai. Course de Louvain, 1981* en 2012 (Foucault 2012c), *La société punitive (Cours au Collège de France 1972-1973*) en 2013 (Foucault 2013), y *Théories et institutions pénales (Cours au Collège de France 1971-1972)* en 2015.

[223] Fitzpatrick (2013, p. 57).

que permiten analizarlo»[224]–, es decir, de nuevo, una «caja de herramientas» y no una doctrina. Pretende un arsenal capaz de entender las formaciones, discursivas o no, que constituyen nuestra experiencia, una de las cuales es el derecho, un ingrediente nada desdeñable.

Es cierto que el derecho no se sitúa en el centro de los intereses de Foucault, que fija su atención en la operatividad de las relaciones de poder más allá de la ley. Se trata, no de preguntarse por el derecho en Foucault, sino por las posibilidades que su analítica del poder presta a la comprensión de las formas jurídicas. No postula la desaparición de la ley ante las técnicas del biopoder[225] sino, al contrario, la consideración de dichas técnicas en el marco de una comprensión de lo jurídico capaz de problematizar adecuadamente sus articulaciones y tensiones. Ello requiere producir un extrañamiento con la idea misma de derecho, asumir que el derecho no existe como esencia, sino que «no es más que un nombre» que designa un conjunto de prácticas, solo coherentes si se vinculan con su significante de modo estable[226].

Tratamos pues de sostener que la dislocación del derecho en Foucault capta precisamente la complejidad de las formas jurídicas, siquiera las jurídico-punitivas, en una sociedad vertebrada por dispositivos técnicos de gobierno. Nuestro argumento se dirige a aceptar la perspectiva foucaultiana para el derecho punitivo, al que Foucault atiende casi con exclusividad. Porque, en la estela de Foucault, no es posible edificar una teoría general del derecho o de las formas jurídicas, sino articular una mirada sobre prácticas específicas de gobierno. La consistencia con que el derecho penal enuncia sus categorías dogmáticas hace que este ámbito de operatividad jurídica revele un interés particular para el tipo de problematización que sugiere Foucault y, en general, la mirada postestructural.

La discusión en torno a la idea de derecho en Foucault está marcada por la vinculación inicial que aquel traza entre derecho penal y soberanía. Buena parte de la originalidad de la perspectiva foucaultiana sobre el poder consiste en tratar de pensarlo fuera del canon tradicional representado por el modelo del Leviatán, es decir, fuera del

[224] Foucault (1976a, p. 109).

[225] Ewald (1990, p. 159).

[226] Ewald (1986b, pp. 137-138).

nudo de problemas aparejado a la soberanía[227]. Al menos en el tramo de su obra que se inicia a mediados de los años 1970, Foucault se encarga de discutir la comprensión del poder como legitimidad –tal sería el cometido principal de la soberanía–, ofreciendo una teorización en clave de pura capacidad –esto es, en clave de estrategias y técnicas de gobierno–[228]. El derecho se ve involucrado necesariamente en esta opción teórica, ya que su vinculación histórica con el poder se ha producido en términos de legitimación, de soberanía y de obediencia[229].

El caso del derecho penal resulta paradigmático, y en las discusiones sobre la «modernización» del derecho penal late esa conexión de instrumentos punitivos y poder soberano, frente a su declinación inmanente como técnica social. No en vano, para Hobbes, si la soberanía es el alma del Leviatán, el derecho (especialmente el derecho penal) teje su sistema nervioso, garantizando su circulación y confiriéndole movimiento[230]. Como denuncia la crítica del expansionismo penal, cualquier fin preventivo de la pena supone una deriva de las herramientas penales hacia la intervención social y, por lo tanto, un alejamiento de su sentido soberano como reafirmación del orden negado. En el lenguaje de Foucault, esa crítica denuncia una orientación de la soberanía hacia una concreta gubernamentalidad, es decir, una cierta mentalidad acorde a las necesidades singulares de un dominio de gobierno.

---

[227] Explícitamente: «eludir, evitar el problema, central para el derecho, de la soberanía y la obediencia de los individuos sometidos a ella» (Foucault 2012a, pp. 22-23).

[228] Hindess (1997, pp. 60-62). La perspectiva de la gubernamentalidad insiste en la dictomía entre soberanía y gobierno. Para Foucault, en su faceta soberana el poder se ejerce de manera autorreferente, encontrando su pauta de aplicación en la voluntad del soberano mismo: la «razón de Estado» ha condensado históricamente esta dimensión del ejercicio del poder, donde la voluntad soberana sintetiza en sí misma el bien de la sociedad. La «gubernamentalización» del Estado implica, para Foucault, la apertura de esa autorreferencia a la lógica inmanente de objetos y acontecimientos exteriores al propio soberano, que se postulan como lugares de veridicción (validación) para las prácticas de poder. Narra con ello el desarrollo de un gobierno «económico» o «economizado», sucesivamente condicionado por límites no solo jurídicos, sino principalmente fácticos, derivados de intereses que ya no son reconducibles sin más a la voluntad soberana, sino esencialmente externos a ella. Esta teorización, sistematizada en el Curso en el Collège de France de 1978/1979 (Foucault 2004b), guarda coherencia con la genealogía que Foucault venía proponiendo las prácticas de poder bajo el liberalismo. Se trata, en definitiva, de una indagación sobre el modo en que el poder se ve problematizado como una cuestión técnica, crecientemente experta. Es en ese contexto teórico, en las tres primeras lecciones del Curso en el Collège de France de 1977/78 (Foucault 2004a, pp. 3-89), donde el riesgo aparece como ejemplo paradigmático de los «dispositivos de seguridad» referidos al gobierno de las poblaciones.

[229] Serrano González (1987, p. 144).

[230] Derrida (2010, p. 50).

Superar el análisis soberano del poder responde al compromiso foucaultiano con la elaboración de una filosofía de la inmanencia. En este registro teórico, la soberanía es identificada como el envoltorio metafísico de lo político, que reconstruye discursivamente la singularidad trascendente del soberano. En esta clave la soberanía marca una asimetría vertical de poder que es irreductible a las cuestiones «mundanas» de gobierno. El pensamiento de Foucault es precisamente un intento por escapar de la filosofía política como metafísica del Estado, de pensar el poder en el plano inmanente de su despliegue capilar y múltiple, pues no hay sustancia independiente de los modos de ser[231], y esto vale también para el «Estado soberano».

La imagen que se desprende de la soberanía es entonces esencialmente negativa. Por un lado, la soberanía es pensada como soflama sobre el origen y la legitimidad del Estado que disuelve la dominación política –la realidad de los micropoderes– en un juego teórico de voluntades e intercambio de derechos[232]. Por otro, en praxis, la soberanía hace las veces de reverso negativo de la noción de biopoder. Aquí, poder soberano significa el derecho de decidir sobre la vida y la muerte de los sujetos sometidos. Con un gesto muy similar en la última lección del Curso de 1975-1976[233] y en el capítulo final de *La voluntad de saber*[234], esa idea de praxis soberana se identifica con un poder sustractivo de cosas, tiempo, fuerzas y, en último término –al menos como posibilidad– de la vida de los sujetos[235]. La soberanía interroga al poder por el lado de la unidad –cómo deducir la unicidad del soberano a partir de la multiplicidad de los individuos[236]– y de la legitimidad –afirmación de la plenitud y aceptabilidad del

[231] Ojakangas (2005, p. 120).

[232] Se trata para Foucault de un esfuerzo discursivo que, *de facto*, se vio desbordado por la proliferación de los micropoderes disciplinarios, de mecánicas de poder portadoras de formas propias de veridicción y dispersadas en un plano horizontal. La totalidad soberana es refractaria a su concepción de la multiplicidad de los poderes. Su teoría del poder como ejercicio se construye de hecho por oposición al postulado soberano y jurídico del poder como posesión.

[233] Foucault (2012a).

[234] Foucault (1976a).

[235] Berns (2005) ha insistido en esa descripción de la soberanía como construcción puramente teórica, negativa y «mortífera», representativa del pensamiento de la identidad y la repetición. Para Berns, la soberanía solo puede ser pensada como *prius* del poder y de manera totalmente negativa, sustractiva. Para Foucault, la innovación de los biopoderes supondría un esfuerzo por superar ese carácer sustractivo del poder y estimular las fuerzas vitales: «podría decirse que el antiguo derecho de *hacer* morir o *dejar* vivir se sustituyó por un poder de *hacer* vivir o *rechazar* hacia la muerte» (Foucault 1976a, p. 718).

[236] El problema, condensado en la figura del Levaitán, es el de cómo «a partir de la multiplicidad construir uno, dotado de alma, que es la soberanía» (Foucault 2012a, pp. 23-24). No es desdeñable la

poder como «posesión» del soberano[237]–. La analítica foucaultiana del poder se interesa en cambio por la diversidad de los instrumentos de gobierno en su exterioridad y aptitud para generar efectos de sujeción, es decir, por los problemas particulares de su ejercicio.

Como se ha observado insistentemente, la propuesta metodológica de Foucault en esta etapa de su obra es la de «cortar la cabeza del rey»[238]: ofrecer una crítica de la filosofía política como pensamiento de la trascendencia. Lo que nos interesa evidenciar ahora es la consecuencia que esta propuesta tiene para el derecho, al menos según se ha interpretado desde la perspectiva de la tesis de la «expulsión».

La primera vinculación entre derecho y soberanía que Foucault traza es de tipo genético y se refiere a la función esencialmente legitimadora de aquel respecto de esta: desde la Edad Media el pensamiento jurídico ha orbitado y se ha desarrollado en torno al poder real, ya sea para fundar su legitimidad o los criterios de su limitación[239]. En este sentido el derecho trata de codificar una legitimidad que, en realidad, es siempre anterior a la ley. Entonces, como evidencia Hobbes, el derecho sirve para cubrir las relaciones efectivas de dominación inherentes a las relaciones de poder, desplegando un lenguaje que permite expresar racionalmente la voluntad de someterse a la voluntad de otro[240].

---

influencia que en esta presentación de la soberanía haya podido tener la obra al respecto de Jouvenel de 1955, que tematiza ya la tensión entre la vocación trascendente de agregación de la soberanía, y la tendencia inmanente a la disgregación de las voluntades y las prácticas. El problema soberano es entonces, esencialmente, una cuestión de generación simbólica de la unidad: «[s]e trata ahora de un concurso durable, de una 'composición' de voluntades que debe tener el carácter de un edificio. Siendo la voluntad humana inconstante, el edificio tendrá una tendencia inmanente a la disgregación. [...] El sostenimiento del edificio se convierte entonces en una obra cotidiana: la conservación es más difícil que la construcción». «Parece, pues, legítimo, definir la actividad política pura como *la actividad constructiva, que consolida y conserva agregados humanos*» (Jouvenel 2000, pp. 18-20).

[237] La plenitud de la soberanía es un atributo de su carácter absoluto, en el sentido de no condicionado por ningún poder superior. De nuevo, esta idea es explícita en Loyseau (1608, §II.8, pp. 25-26): la soberanía del Estado «consiste en un poder absoluto, es decir perfecto y entero en todo sentido, lo que los Canonistas llaman *plenitud de poder*. Y, en consecuencia, sin grado de superioridad» (cursivas en el original). La idea de plenitud es central también en la concepción de la soberanía ofrecida por Bodin. De hecho, para este la soberanía no es absoluta por ser ilimitada –ya que como poder humano está necesariamente sujeto a ciertos límites fácticos–, sino precisamente por su plenitud en el sentido de «perfección teórica». Idea que, como observa Berns (2005), significa exclusión de concurrencia de cualquier otro poder al menos en términos conceptuales.

[238] Neal (2004).

[239] Foucault (2012a, p. 21).

[240] *Ibidem*, p. 65.

Pero, en lo que aquí interesa, el derecho se lee en continuidad con la soberanía por el tipo de efectos que genera sobre la realidad: al menos el derecho punitivo comparte aquella negatividad que Foucault atribuye al poder soberano. Especialmente en *La voluntad de saber*[241] y en el Curso del año 1976-1976[242], la concepción jurídico-discursiva del poder es presentada esencialmente en tales términos negativos, sustractivos, escasamente productivos. De forma sintética: 1) el poder se expresa de forma binaria (lícito/ilícito), pronunciando una regla que pretende marcar una frontera rotunda, mediante una exclusión o una inclusión absolutas que se define exteriormente, verticalmente; 2) en esa concepción la relación entre poder y objeto gobernado es siempre negativa; el derecho punitivo habla el lenguaje de la prohibición y la sanción, de modo que aquello que se proscribe (la desviación) es producido paradójicamente por medio de su negación, solo a través de la amenaza con ser suprimido en caso de que se materialice positivamente; 3) el tipo de poder que articula el derecho punitivo es esencialmente vertical y discontinuo; aunque la amenaza de su aplicación esté siempre presente, la efectividad del código jurídico es ocasional, intermitente.

Como veremos, Foucault contrapone punto por punto los rasgos de las técnicas del biopoder (disciplinarias y biopolíticas), moduladas e inmanentes al campo gobernado (1), que producen positivamente (mediante saberes técnicos) aquello que se gobierna (2), y que articulan intervenciones continuas, incesantes, siempre en circulación (3). El modelo jurídico-discursivo del poder es para Foucault dependiente de la justicia estatizada cuyo origen se remonta a la Edad Media, y que los reformadores ilustrados no habrían hecho sino recodificar en términos ajustados al tipo de soberanía que anuncia el liberalismo. Por este motivo, la reforma penal ilustrada, con Beccaria como paradigma, «no vio cómo nacían a un lado y fuera de esa justicia estatizada procesos de control que acabarían siendo el verdadero contenido de la nueva práctica penal»[243].

La hipótesis sobre la «expulsión» foucaultiana del derecho se apoya sobre esa identificación entre soberanía y derecho (penal). A partir de esa identificación, el planteamiento original de Hunt y Wickham consiste básicamente en argumentar que en

[241] Foucault (1976a).

[242] Foucault (2012a).

[243] Foucault (1974, p. 1464).

la obra de Foucault existe una oposición reiterada entre derecho y disciplinas –o entre formas jurídicas y técnicas disciplinarias–.

El conjunto de argumentos que desgranan esa hipótesis general podría sintetizarse como sigue[244]. 1) Como expresión directa del poder soberano, Foucault presenta la ley (penal) como puro mandato de interdicción y, como tal, como un fenómeno esencialmente negativo. 2) Las formas y el pensamiento jurídicos se revelan cada vez más dependientes hacia formas externas de saber, preeminentemente técnicas; es decir, la genealogía foucaultiana expresa una creciente dependencia de la verdad legal hacia verdades extrajurídicas de tipo técnico. 3) Más aún, según esta tesis Foucault habría diagnosticado una progresiva autonomía de las técnicas disciplinarias –de los saberes extrajurídicos– respecto a la ley. 4) La articulación entre disciplinas y marcos legales se produce en términos de colonización: las formas jurídicas se ven crecientemente invadidas por las prácticas disciplinarias (observación, entrenamiento, inspección, examen…). 5) El derecho se revela entonces como paradoja de «la modernidad»: enfrentada al auge de las nuevas técnicas disciplinarias, exteriores a sí misma, la respuesta de la ley solo puede ser la de recodificarlas en los términos del derecho; sin embargo, según este diagnóstico Foucault fue reacio a reconocer cualquier efectividad significativa de ese intento de recodificación. 6) Foucault concluiría una especie de vaciamiento de la forma legal, abocada a actuar cada vez más como norma, pura codificación de una pauta normalizadora (en este caso disciplinaria) originariamente extraña a sí misma. 7) La capacidad productiva del derecho es entonces muy limitada, reduciéndose a funciones legitimadoras e incluso ideológicas, haciendo aceptable formas de dominación abiertamente extrajurídicas, que hablan el lenguaje de la norma (inmanente) y no de la ley (trascendente).

En definitiva, según la tesis de la expulsión, Foucault presentaría las disciplinas –y por extensión cualquier técnica «material» de gobierno– y las formas jurídicas como procesos duales pero opuestos, cuyo efecto general es la colonización de las segundas por las primeras, y una progresiva pérdida de significación del derecho en el gobierno

[244] Los argumentos centrales de su diagnóstico se encuentran condensados en Hunt y Wickham (1994, pp. 39-56).

efectivo de la desviación, frente a la preeminencia de saberes expertos sobre la conducta[245].

En todo caso, el planteamiento de Hunt y Wickham trata de fundamentar una crítica de la comprensión foucaultiana del derecho y una lectura alternativa retomando algunas sugerencias «aun a pesar» del propio Foucault. Según estos, la negatividad de la ley llevó al autor francés a analizar el derecho en términos extraños a su propia comprensión de las relaciones de poder. Su planteamiento revelaría una comprensión monolítica y estática del Estado y el derecho y, sobre todo, acabaría por atribuir al derecho una funcionalidad de carácter ideológico en sentido marxiano. Así, la única virtualidad concedida a la ley sería la de «enmascarar» una dominación extrajurídica y asegurar su legitimidad. Es decir, el derecho acabaría por presentarse como una suerte de epifenómeno de las «auténticas» estructuras de poder[246], un tipo de lectura que Foucault se afanó sin embargo en desechar como aproximación general al problema del poder.

La propuesta de los autores se dirige a corregir esa comprensión insuficiente del derecho por parte de Foucault y ofrecer algunas claves para inscribir la realidad de la ley dentro de la teoría foucaultiana de la gubernmentalidad: elaborar una «sociología del derecho como gobierno», que le reconozca un papel más determinante en las relaciones de conducción de la conducta a que alude la noción de gubermentalidad[247]. Este intento de elaborar una sociología del derecho se alinea con la mayoría de las aproximaciones foucaultianas posteriores[248]. Sin embargo, la propuesta inicial de Hunt y Wickham añade poco a la perspectiva de la gubermentalidad de Foucault, al esbozar apenas unas líneas programáticas para articular una analítica de las formas jurídicas[249].

---

[245] *Ibidem*, pp. 46-47.

[246] Hunt (1992, pp. 18-9); Hunt y Wickham (1994, pp. 57-58 y 60-61).

[247] Hunt y Wickham (1994, pp. 99-132).

[248] Entre otros, Rose y Valverde (1998), Tadros (1998), Valverde (2003a, 2003b y 2008), Golder y Fitzpatrick (2009 y 2010), Fitzpatrick (2013), O'Malley y Valverde (2014).

[249] Cabe señalar que su punto de partida difiere ya de las pretensiones teóricas de Foucault. La preocupación de Hunt y Wickham es la de sentar un concepto de derecho –que ensayan alterando la definición weberiana de ley– (Hunt y Wickham 1994, pp. 99-102). El nominalismo de Foucault trata precisamente de esquivar las definiciones conceptuales como objetivo teórico. Propone, más bien, partir del uso de un cierto término en determinadas prácticas discursivas como fruto de un determinado régimen de verdad. Su análisis no persigue perfilar conceptos, sino afilar herramientas analíticas con las que diseccionar prácticas. No obstante, la definición de derecho ofrecida por Hunt y Wickham quiere ser intencionadamente hueca, ya que su propósito es des-esencializar la noción de derecho, vinculándola a su

Pueden enunciarse tres déficits que conducen a que el ensayo de Hunt y Wickham de alumbrar una lectura del derecho desde Foucault resulte poco productivo, e incluso desorientador.

En primer lugar, la tesis de los autores se basa en una lectura muy parcial de la obra de Foucault: la disponible en lengua inglesa en el momento de redacción de su ensayo[250]. Su argumento desconoce, así, algunas elaboraciones de Foucault claves para una lectura atinada del fenómeno jurídico en el modelo analítico de la gubermentalidad[251].

En segundo término, la tesis de la expulsión apenas considera otra aproximación hacia el pensamiento de Foucault sobre el derecho. François Ewald había ofrecido

---

pura operatividad («la ley es lo que la ley hace»). A partir de ahí Hunt y Wickham plantean un conjunto de *principios* para el análisis de esa operatividad de la ley que suponen una relectura, en términos bastante genéricos, de algunos postulados foucaultianos en torno a la gubermentalidad: 1) toda instancia legal en tanto gobierno contiene elementos de intención y elementos de fracaso respecto a los primeros (del mismo modo que Foucault plantea el carácter ideal de las mentalidades de gobierno y su encarnación siempre imperfecta en los dispositivos «realmente existentes»); 2) la ley en tanto instrumento de gobierno implica poder, en la misma medida en que implica política y resistencia (conforme a la conocida formulación foucaultiana de que no existen relaciones de poder sin resistencia); 3) la ley en tanto instrumento de gobierno siempre implica conocimiento (siguiendo de forma bastante general el eje foucaultiano poder/saber); 4) la ley como instrumento de gobierno es siempre «social» y opera para cohesionar sociedades (considerando de modo poco preciso la noción de «lo social» como espacio de intervención gubernamental) (*ibidem*, pp. 102-116). A nuestro juicio, la propuesta de Hunt y Wickham deja intacta la cuestión que tratan de solventar: la articulación específica (genealógicamente trazable) entre el derecho y las técnicas materiales de gobierno. La insuficiencia de su aproximación queda patente al abordar una de las cuestiones clave al respecto, la articulación entre poder y saber en la operatividad del derecho. Para los autores, el conocimiento legal es empleado básicamente para seleccionar ciertas técnicas de gobierno frente a otras y para implementar esas técnicas seleccionadas en el intento de imponer modos de control o de gestión legalmente estipulados sobre los objetos considerados –objetos que tienen necesariamente una existencia previa a la ley, extrajurídica– (*ibidem*, p. 110). Siendo esta funcionalidad evidente en algunos casos, la tensión entre las técnicas de gobierno extrajurídicas y las formas estrictamente legales radica en la capacidad de estas últimas para definir por sí mismas objetos de gobierno. Curiosamente, Hunt y Wickham redundan en la crítica que se han afanado en esgrimir contra Foucault: la oposición entre la productividad sustantiva de las técnicas materiales de gobierno frente a la presunta improductividad –o a lo sumo productividad meramente formal– de la ley. A nuestro juicio, la problematización foucaultiana del derecho no consiste en preguntarse por la articulación entre la productividad/no productividad de las técnicas materiales de gobierno y las formas jurídicas respectivamente, sino entre modos diversos de producción de objetos de gobierno, cuya articulación puede antojarse controvertida. Es decir, el saber jurídico produce un tipo de discurso específico, capaz de generar efectos constitutivos sobre la realidad como cualquier otro binomio poder-saber, con los que precisamente fricciona de modos diversos.

[250] Sus argumentos sobre el derecho orbitan, básicamente, en torno a *Vigilar y castigar* (Foucault1975a) , al primer volumen de la *Historia de la sexualidad* (Foucault 1976a) y a las dos primeras lecciones del Curso de 1975/1976 (Foucault 2012a).

[251] El propio Hunt (2013, pp. 64-65) ha reconocido esta carencia, al menos en relación al Curso impartido por Foucault en Río de Janeiro en 1973 bajo el rótulo *La verdad y las formas jurídicas* (Foucault 1974). Otras de las aportaciones esenciales en esta materia no consideradas por los autores son, por ejemplo, los Cursos en el Collège de France de 1974/1975 (Foucault 1999) y 1977/1978 (Foucault 2004a), así como el recientemente publicado Curso en Lovaina de 1981 (Foucault 2012c).

durante la segunda mitad de los años 1980 una serie de reflexiones en torno a la relevancia del concepto de *norma* en Foucault, y las posibilidades de elaborar desde ella una filosofía del derecho coherente con su analítica del poder e, incluso, de sostener un «positivismo jurídico crítico»[252]. Hunt y Wickham accedieron tan solo a la versión inglesa de Ewald de 1990 que, a nuestro juicio, malinterpretan al leerlo desde su supuesta adscripción a la tesis de la expulsión[253]. El argumento de que la asunción de la creciente relevancia de la norma social lleve a Ewald a sostener un desplazamiento o minusvaloración de la ley, solo es atribuible, de nuevo, a una lectura sesgada de su tesis. De hecho, resulta incompatible con los criterios específicos que aquel propone para una filosofía del derecho capaz de considerar la centralidad de los dispositivos de gobierno, que van mucho más allá de un mero declive de lo jurídico.

El principal déficit del planteamiento de Hunt y Wickham estriba en su inclinación a leer la obra de Foucault en clave dialéctica, algo nada infrecuente en la recepción de dicha obra por autores afines al marxismo durante los años 1980. La tesis de la expulsión es una exposición en términos dialécticos de la relación entre derecho y técnicas de gobierno, ausente en Foucault por obvias razones epistemológicas. En esta interpretación, la expulsión –el vaciamiento o reducción a un papel ideológico– del derecho penal es la solución al antagonismo entre el desarrollo de las disciplinas y las formas jurídicas, una evolución comprendida en términos lineales.

La presunta funcionalidad ideológica que Foucault habría atribuido al derecho implica imputarle una comprensión que le es extraña a Foucault: la hipótesis de que el giro de este respecto al marxismo habría consistido en operar una mera sustitución de la idea de infraestructura, sustituyendo las relaciones de producción por las relaciones de poder. Solo así es posible sostener que Foucault habría comprendido la funcionalidad del derecho respecto a las disciplinas del mismo modo que el marxismo lo había hecho tradicionalmente con las relaciones económicas de producción, como mero epifenómeno. Hunt apela a la perspectiva de Poulantzas como vía para solucionar los déficits de Foucault en torno al derecho, para reconocer a este su verdadero papel

[252] Ewald (1985, 1986a, 1986b y 1990).

[253] Con relación al análisis de las técnicas aseguradoras (actuariales) como caso de «normativización» del derecho propuesto por Ewald, sostienen los autores que el gesto de este «es coherente con el postulado de Foucault que parece sugerir un 'desplazamiento' del derecho», sin añadir, a su juicio, «ningún elemento sustancial ni ninguna confirmación a la tesis sobre el avance de la 'norma'». (Hunt y Wickham 1994, pp. 66-67).

constitutivo en el terreno político-social [254] . Sin embargo, esa apelación, metodológicamente problemática[255], quiere resolver un problema que en Foucault halla respuesta por sus propios medios.

La tesis de la expulsión plantea que Foucault habría pretendido describir una «regularidad sin ley»[256], es decir, una normatividad al margen de toda juridicidad. Tales aproximaciones, incluso su propuesta de una «ley como gobierno», revelan los propios problemas de Hunt y Wickham en su lectura del autor francés.

b) Un positivismo jurídico «crítico»

La tesis de la expulsión denuncia una presunta laguna en el análisis foucaultiano del poder: la ausencia de una teorización sobre el derecho. Esta acusación, sin embargo, equivoca la pretensión de la filosofía de Foucault. Una sistematización que aspirara a esclarecer algo así como «el papel del derecho en las relaciones de poder» –o el papel de «las disciplinas», «del riesgo» o de «las relaciones de clase»– es del todo extraña al tipo de teoría que invitó a practicar. «Foucault no tenía *algo* que decir sobre el derecho. Tenía muchas cosas que decir al respecto»[257]. El derecho no puede contemplarse en

[254] Hunt (1992, pp. 30-31). Ciertamente, Poulantzas trató de articular una teoría propia sobre el poder estatal que corrigiera la postura dominante al respecto en las elaboraciones marxistas, aunque siempre manteniéndose dentro de su esquema epistemológico, en cuanto a la primacía de la lucha de clases como pauta de inteligibilidad de las relaciones de poder (Poulantzas 1979, pp. 47-48). La interpretación del derecho que deriva de ello puede consultarse en *ibidem* (pp. 100-108).

[255] La relación intelectual entre Foucault y Poulantzas es compleja. Cabe apuntar que el núcleo de críticas que el segundo esgrime contra el primero están contenidas en su *Estado, poder y socialismo* de 1978 (Poulantzas 1979) y se dirigen fundamentalmente a la teorización del poder que Foucault ofrece en *Vigilar y castigar* (Foucault 1975a) y *La voluntad de saber* (Foucault 1976a). Aunque, como observa Jessop (2004), las elaboraciones posteriores de Foucault en torno a la gubermentalidad atienden a las fallas denunciadas por Poulantzas, y que en los años sucesivos sus intereses teóricos parecen aproximarse –especialmente con el tránsito de Foucault desde el análisis de la anatomopolítica hacia las mentalidades de gobierno bajo el liberalismo–, es evidente que el marco epistemológico de ambos se mantuvo bien delimitado. Algunos de los alegatos de Poulantzas contra Foucault (y Deleuze) en 1978 podrían seguir siendo formulados sobre el conjunto de la obra foucaultiana. Así, por ejemplo: la subestimación en que, según Poulantzas, Foucault incurre respecto a las relaciones de clase, al diluir y dispersar el poder en innumerables microsituaciones (Poulantzas 1979, p. 47); el neofuncionalismo en el que Foucault incurriría al postular la centralidad de los dispositivos en su analítica del poder, en lugar de partir de las relaciones de producción (*ibidem*, pp. 75-76) –acusación que, como vimos, también Habermas formula por sus propias vías–; en fin, la autorreferencia a la que Foucault se vería abocado al sostener una concepción de la relación de poder que no tiene nunca otro fundamento que ella misma, consecuencia de nuevo del desalojo de la lucha de clases del centro del análisis (*ibidem*, pp. 179-180). La reconciliación pretendida por Hunt para colmar la presunta laguna jurídica detectada en Foucault se antoja difícil.

[256] Rose (1990, p. 174). No en vano, Gillian Rose enuncia su crítica desde una mirada dialéctica hacia postestructuralismo.

[257] Gordon (2013, p. 25).

clave foucaultiana al margen de su enraizamiento en dispositivos concretos. Las generalizaciones que el derecho atribuye a las formas jurídicas son contempladas aquí desde el extremo opuesto, a partir de su acoplamiento y su fricción en el seno de dispositivos concretos.

Que Foucault prestara escasa atención al derecho es, por lo demás, una conclusión poco ajustada a la realidad, aun cuando dicho tratamiento no haya sido sistemático[258].

Del conjunto de su obra puede deducirse una observación del derecho encarnado en prácticas. Apreció Ewald que Foucault identifica la «regla de juicio» como eje de la praxis del derecho: le interesa el modo en que la decisión jurídica se construye en términos de racionalidad. Dicha regla no es abstracta sino histórica y contextual. Es particular de un orden jurídico y está ligada a una «coyuntura epistemológica» determinada[259].

La mirada foucaultiana sobre el derecho enfoca las vías de conformación de la regla de juicio. Conceptos legales, principios dogmáticos, procedimientos rituales, la definen desde el derecho mismo. Su significado no es solo formal, represivo ni ideológico; lo jurídico, como forma de ejercicio de poder, tiene plena capacidad performativa: genera verdad y subjetivación[260]. Así lo observa Foucault, por ejemplo, en su genealogía de la praxis judicial de la confesión, incipiente apertura del mecanismo penal hacia el conocimiento del individuo como «sujeto criminal»[261].

---

[258] La publicación del curso 1971-1972 *Théories et Institutions Pénales* (Foucault 2015) revela que, de hecho, el ingrediente jurídico atrajo la atención de Foucault ya en los albores de su proyecto genealógico sobre las prácticas de poder. Aun cuando Foucault ofrece en aquel curso una comprensión del poder y de lo jurídico-penal que luego corregiría ampliamente, deslizó precisiones que han aclarado después su modo de abordar el derecho. Ewald y Harcourt (2015, pp. 272-277) han sostenido que quizá este sea el principal curso de Foucault sobre el derecho junto con *La vérité et les formes juridiques* (Foucault 1974) y *Mal faire, dire vrai* (Foucault 2012c). En todo caso es aquel en el que el análisis moviliza materiales casi exclusivamente jurídicos. No obstante, como advierten los autores, Foucault ofrece allí una lectura de la justicia penal en clave económica –como instancia que asegura la circulación de las riquezas– y política –como instancia armada y represiva, volcada sobre el problema de la revuelta política–, que después desplazará mediante una comprensión epistemológica y centrada en la criminalidad. Conviene aclarar que, con todo, en *Théories et Institutions Pénales* Foucault se aparta ya de la concepción marxista del derecho: «el fenómeno jurídico no se ve reducido a una escena donde batallas e intereses ya determinados vienen a justificarse. Lo jurídico y lo judicial son [...] el lugar eminente donde el poder se ejerce como tal» (Ewald y Harcourt 2015, p. 275).

[259] Ewald (1986b, p. 139).

[260] Foucault (1974, pp. 1409-1411).

[261] Foucault describe la confesión en el proceso inquisitivo como un régimen de verdad soberano, en el que el culpable no solo reconoce el delito, sino también la validez del castigo; es restauración del

Pero la regla de juicio no se compone solo de normatividad legal y dogmática. Integra formas de normación que proceden de otros campos epistémicos. Foucault se interesa por aquellas prácticas en las que el derecho exhibe promiscuidad gnoseológica, donde la regla de juicio trenza saberes técnicos heterogéneos; allí donde lo jurídico se disloca, sale de sí, y se recompone[262].

En esta lógica lo relevante no es la ley, sino la *norma*. Foucault trastoca la relación kelseniana entre ley y sistema de normas, al asumir lo heteróclito de estas y no dar por sentada aquella compatibilidad[263]. La norma es estándar común de medida definida sobre un objeto determinado (por ejemplo, la conducta desviada)[264]. Emerge de las rutinas sociales, cotidianas o expertas[265]. Describe una regularidad que se torna prescripción. Son las normas, en sus variantes epistémicas y técnicas, las que erigen la regla de juicio, y es así como el significante de la regla legal adquiere significado, definidio a través de la praxis[266].

Las prácticas disciplinarias, por ejemplo, se sustentan en saberes que definen un estándar de normalidad conductual y se proyectan sobre el sujeto con una pretensión de *normalización*. Esa praxis –tomemos el caso del régimen penitenciario– no procede de la ley, sino de una norma que vertebra la ejecución penal y concreta la regla jurídica. Las técnicas de normalización se desarrollan «a partir y por debajo, en los márgenes e incluso a contrapelo de la ley»[267]. La complejidad relacional ley-disciplina es uno de los temas de fondo de *Vigilar y castigar*[268]. Los dispositivos disciplianrios secretan una

---

pacto social. Pero, al tiempo, inaugura el problema de la relación del sujeto con su acto criminal (Foucault 2012c, pp. 199 y ss.). Es antecedente del «delincuente» que solo irrumpirá en sentido pleno en la escena penal decimonónica.

[262] Foucault (1977d, p. 378).

[263] Así lo reconoce con alusión expresa a la teoría kelseniana (Foucault 2004a, p. 58). Apuntó ya esta dislocación Serrano González (1992, p. 197).

[264] Ewald (1990, p. 159).

[265] Leese (2014, pp. 500-501).

[266] Legrand (2007, pp. 44-45).

[267] Foucault (2004a, p. 58). Normalizar en sentido disciplinario significa comparar, diferenciar, jerarquizar, homogeneizar, excluir (Foucault 1975a, p. 462).

[268] El estudio del castigo penal que Foucault ofrece allí subraya la diferencia entre la estabilidad de la ley y la variabilidad de aquello que, en concreto, se pena en la práctica (no el hecho delictivo, sino el sujeto que aflora tras él) (Foucault 1975a, pp. 277-278). Observa la inscripción del Derecho penal en una cierta estrategia de gobierno de la desviación, una nueva economía política del poder de castigar (*ibidem*, pp. 341-342).

«'penalidad de la norma', que es irreductible en sus principios y funcionamiento a la penalidad tradicional de la ley. [...] Aparece, a través de las disciplinas, el poder de la Norma»[269]. Legalidad frente a micropoderes es la relación *tensional* que Foucault identifica en el proyecto liberal de gobierno [270].

Esa complejidad es inherente al modo en que el derecho contemporáneo problematiza su objeto de regulación. No autoriza diagnosticar la «obsolescencia» de la ley frente a la norma, ni redudicr la cuestión a una dialéctica derecho-técnicas, como sugiere la tesis de la expulsión. Reclama un análisis que no escamotee la singularidad de las prácticas que subyace a la persistencia de los conceptos dogmáticos.

Diversas lecturas han valorado la aptitud del marco foucaultiano para ensayar ese estilo de análisis[271]. Posibilita una comprensión no esencialista del derecho, privado de pureza autorreferente, definido a través de su permanente apertura a otros registros gnoseológicos: el derecho es una suerte de mecanismo de captura epistémica capaz de interiorizar lo externo, mestizar su interior, generar espacios híbridos[272]. La relación entre la ley y la norma no es binaria ni dialéctica, sino agonística [273]. No hay expulsiones de escena, sino hibridaciones entre ley y norma[274], que hacen del derecho

[269] Foucault (*ibidem*, p. 462). La norma foucaultiana parte de la teorización de Canguilhem (2005, pp. 113 y ss.), aunque su sentido biológico –como adaptación al medio– es recompuesto ahora en la perspectiva de un *biopoder*, bajo el que la horma normal es imperativo político, y jurídico. Una característica del tal biopoder es esa «creciente importancia adquirida por el juego de la norma a expensas del sistema jurídico de la ley» (Foucault 1976a, p. 723)

[270] «Cuando tras la Revolución se creía haber implantado una sociedad de derechos, irrumpe la norma» (Foucault 1977d, p. 373).

[271] Tadros (1998) quiso corregir tempranamente la simplificación operada por Hunt y Wickham, subrayando la complejidad irreductible del derecho, amalgama de ley y norma.

[272] Fitzpatrick (2013, pp. 53-55). El Foucault el contenido del derecho no puede definirse de antemano; se comprende como un «conjunto móvil y activo de prácticas en el marco de la configuración de distintos dispositivos de saber y de poder», una mirada que se sitúa en «una zona fronteriza, dentro y fuera del derecho» en su sentido habitual (Serrano González 1987, p. 4).

[273] Golder y Fitzpatrick (2009, pp. 2-3, 26-29, 60-61).

[274] Aquí se sitúa la sociología jurídica de Valverde en torno a los «complejos legales» como espacios de hibridación legal-normativa (Rose y Valverde 1998; Valverde 2003a, pp. 10-11), reunión de saberes pragmáticos y no pragmáticos, coexistencia de formas de verdad en equilibrio siempre precario (Valverde 2003b; en el mismo sentido, *vid.* Amoore 2013, p. 46). La dogmática pretendería aportar un sustrato de homogeneidad epistémica que zozobra de forma inevitable (Valverde 2003a). En esta perspectiva, incluso la teorización de la normatividad ofrecida por Ewald resulta excesivamente «esencialista» y unívoca (Valverde, Levi y Moore 2005, p. 93). Este estilo de análisis sociojurídico apenas admite destilación de esquemas operativos. El análisis se mantiene apegado a los modos específicos en que el derecho problematiza la realidad en distintos espacios de gobierno.

una realidad «intertextual»[275]. La regla-significante ofrece una «vacuidad polivalente», es sustanciada de forma varaible por la regla de juicio técnicametne normada[276]. El de Foucault no es un realismo jurídico[277], sino más bien una atención al derecho como realidad «viva»[278].

La peligrosidad es terreno proclive para este estilo de análisis, hondamente constituido por poderes normativos. Foucault desgranó el papel de la psiquiatría en la conformación del sujeto peligroso y su amplia repercusión en el derecho penal decimonónico. Observa Foucault el ascenso del poder médico en el seno de la sociedad de normalizaicón, donde aquel pasa a desempeñar una «función social general» que alcanza a un derecho *biologizado*: se genera una suerte de complejo jurídico-médico[279]. La biopolítica que describe Foucault se apoya en la medicina, concebida en su dimensión política como higiene pública, como reacción a los «peligros inherentes al cuerpo social» –*cuerpo* que no es ya una metáfora jurídico-política, sino concepto propiamente biopolítico–[280].

La nueva norma médico-psiquiátrica abre cotos de decisión en la praxis judicial: determina la posibilidad de reconducir el acto a la razón del sujeto o, en cambio, a su

[275] Valverde (2005, pp. 5 y ss.) que, sobre estas premisas, construye una sugerente lectura «narrativa» del derecho inspirada en el dialogismo Bajtin: lo jurídico es una cuestión polifónica, de heteroglosia, de relación del acto discursivo con enunciaciones preexistentes que no son jurídicas de partida, pero que se juridifican a través del discurso.

[276] Goder y Fitzpatrick (2009, pp. 77 y ss.). El derecho despliega así una «funcionalidad de articulación», según ha descrito Vila Viñas (2014, pp. 96 y ss.).

[277] Aunque se trata de un término que aglutina posturas diversas, el realismo propne en general una mirada empirista sobre el derecho para elaborar una «teoría predictiva» de la decisión judicial: «identificar los factores causalmente suficientes para que un juez opte por una decisión en detrimento de otras decisiones posibles» (Núñez Vaquero 2012, p. 729). En una perspectiva foucaultiana, lo relevante es que la labor del juez está sujeta a la regla de juicio, al juego de normatividades.

[278] Como en el «vitalismo» de Ehrilch (2005), pionero de la sociología jurídica, Foucault habilita una comprensión del derecho como «disciplina práctica»; y, como aquel, introduce lo fáctico-normativo como problema para el positivismo jurídico: sugiería Ehrlich volver la mirada «hacia los auténticos hechos: las regularidades sociales que se encuentran en la base de las normas jurídicas» (Muñoz Baena Simón 2005, p. 35); un sustrato jurídico-social que se actualiza en forma de proposición jurídica (Gómez García 2005, p. 18). Esas regularidades normativas que sostienen la vitalidad del derecho son, sin embargo, muy distintas en ambos casos. La normatividad que interesa a Foucault es de tipo técnico –la que deriva de ciertos *enclousures* expertos (Rose y Miller 1992, pp. 285-286)– y no tanto la propia de los grupos sociales informales. Además, Foucault permite una lectura de las proposiciones legales y la dogmática mucho más performativa, no como simples «palabras» sin sustantividad, sino como prácticas discursivas que se entrelazan con las técnicas en dispositivos de intervención.

[279] Foucault (1976b, p. 76).

[280] Foucault (1978a, p. 450).

sinrazón[281]. Pero en realidad trastoca el aparato dogmático penal en su conjunto. Las primeras articulaciones jurídico-psiquiátricas son rudimentarias, bajo un saber *psi* todavía balbuceante[282]. Su afinamiento clínico, multiplicador de patologías vinculadas a los instintos y afectividades, tendrá efectos sísmicos en los rudimentos gnoseológicos penales sobre la conducta: la norma médica posibilitará el análisis causal de toda acción humana, mucho más allá de los signos evidentes de la locura como sinrazón. Se inaugura el «laberinto infinito» del problema, a la par jurídico y psiquiátrico, del delito y del delincuente: los vericuetos del libre actuar, el terreno matizado de las anomalías y la irregularidad, las sutilezas de la razonabilidad de la acción[283]. Solo entones la dogmática podrá formular una concepción sistemática de la culpabilidad con lugar propio en la teoría del delito. Ahí se engarza la teoría psicológica de la culpabilidad de von Listz como relación mental entre acto y autor –en sus especies dolosa e imprudente–, y la consiguiente noción de imputabilidad como «estado psíquico del autor que le garantiza la posibilidad de conducirse socialmente»[284]. El giro dogmático es trasunto del nuevo interés por la *razón* del delito, del que es corolario la atención al crimen *sin razón*[285].

Lo relevante, para Foucault, es el modo en que la medicina psiquiátrica provoca la irrupción del sujeto delictual en lo jurídico. El castigo no solo atiende al hecho, sino al individuo *que se es*, culpable y/o peligroso[286]. Se produce una duplicación del delito a través de la emergencia del delincuente. El peritaje psiquiátrico «deslegaliza la infracción», en el sentido de que permite punir *algo distinto* que la conducta tipificada

[281] *Ibidem*, p. 453-4.

[282] Foucault (1978b, pp. 446-447). Dos casos documentados en los años treinta y cincuenta del siglo XIX, en Francia y España respectivamente, ilustran ese saber psiquiátrico incipiente –articulado sobre el vago diagnóstico de «monomanía»– y su incorporación todavía precaria al juicio penal. Los casos del parricida Pierre Riviere (Foucault 2001b) y del homicida múltiple Manuel Blanco Romasanta (Carreiras Souto 2010) guardan una soprendente similitud. En ambos, el proceso versó sustancialmetne sobre la «razón» de los crímenes, descartando la condición de alienados de los sujetos, condenados a muerte. La irrupción del saber psiquiátrico experto se produce solo a posteriori, a través de informes ajenos al proceso, que motivan, no obstante, sendos indultos reales que conmutan las penas. La norma médica incide, curiosamente, por vía «soberana». Advierte Foucault que la perspectiva unívoca de la monomanía será superada a lo largo del siglo con todo un catálogo de nuevas patologías (Foucault 2012c, pp. 219-220).

[283] Foucault (2012c, p. 220; 1999, p. 151).

[284] Couso Salas (2006, pp. 76-78).

[285] Foucault (1999, pp. 105-106).

[286] Foucault (2012c, p. 225).

en la ley[287], afirmando un saber técnico a priori incompatible con la razón del derecho, a la que «sitia desde el exterior»[288]. Genera un desfase entre Código y saber empírico que, sin embargo, acaba alumbrando un nuevo campo de saber, propiamente ni jurídico ni médico, sino hibridado[289].

En él aflora la peligrosidad del sujeto y, desde esta categoría, la impugnación de los postulados del derecho penal de la escuela clásica, a partir de posiciones pragmáticas[290]. Así es, con toda evidencia, en el caso de la antropología criminal positivista, que propone abandonar la noción jurídica de responsabilidad en favor de un régimen de seguridad ante el peligro, fundado en un nudo empirismo normativo[291]. Tomaba Ferri como modelo los avances en las ciencias médicas para un derecho criminal que debería ser, precisamente, una reacción a la patología «y una clínica social»[292]. La «ineficacia de las penas para reprimir los delitos» requeriría un «remedio científico y legislativo» superador del «derecho penal doctrinario», apoyado en evidencias empíricas, en una normatividad biológica que el derecho ha de incorporar[293]. Garofalo leía la estadística criminal como reunión de «todas las cantidades esparcidas de dolor social», escarnio del «sistema penal de los juristas», para concluir un «sistema racional de penalidad», es decir, empírico-positivo[294].

Todas las impugnaciones del derecho penal clásico desde los imperativos de la peligrosidad son programas de una responsabilidad sin falta; orbitan, por lo tanto, la

[287] Foucault (1999, pp. 16-18).

[288] Foucault (1978a, p. 458).

[289] Foucault (1999, pp. 38 y 107).

[290] Von Listz daba cuenta de esa tendencia «realista» o pragmática del derecho penal en su «Programa de Marburgo» en 1882. «El general descontento con los logros prácticos de la legislación penal, dominada por la *communis opinio*, y el creciente pánico por la impotencia de la justicia punitiva de inspiración doctrinal, hicieron crecer en círculos cada vez más amplios el escepticismo acerca de las doctrinas que hacía decenios que se enseñaban en todas las Universidades alemanas» (Von Listz 1994, p. 59).

[291] Foucault observa en la antropología criminal un desplazamiento radical desde el crimen hacia el criminal, desde al acto hacia el peligro, del castigo modulado por razón de la culpabilidad a un principio de proteccíon absoluta de la sociedad (2012c, p. 222).

[292] Ferri (1908, p. 15).

[293] Esta normatividad tiene en Ferri triple fundamento: el delincuente no es un hombre normal, sino variedad de la especie humana condicionada por sus anomalías orgánicas y psíquicas, hereditarias y adquiridas; la estadística criminal demuestra que las tasas del delito no guardan relación con la aplicación de las penas tipificadas en el Código; la psicología positiva demuestra que el libre albedrío «es una pura ilusión subjetiva» (*ibidem*, p. 46).

[294] Garofalo (1890?, pp. 14, 106 y 260 y ss.).

noción de riesgo[295]. Pero la propuesta de un derecho penal guiado expresamente por la normatividad del riesgo es innovación doctrinal de la «defensa social». Es un caso de singular interés, pues no postuló una demolición dogmática al estilo positivista italiano, sino un reacomodo teleológico que implicaba la definición de una nueva «regla de juicio»[296].

La defensa social se postua como una especie de principio general del derecho que abre lo jurídico a la realidad del riesgo. Aunque incorpora la noción positivista de «estado peligroso», palpa una normatividad que no es biológico-corporal sino *biosocial* y sociojurídica. Traslada al aparato penal el impacto legal, moral y político causado por el riesgo como principio de distribución de responsabilidad en la sociedad industrial de la segunda mitad del siglo XIX; aquel que había alumbrado un nuevo sentido de justicia en los sistemas liberales bajo el principio de aseguramiento colectivo del riesgo, convertido en técnica de política pública[297].

Prins propone el principio de defensa social para erigir una acción punitiva a la altura de aquellas transformaciones. Como cualquier accidente bajo la sociedad industrial, «[e]l ritmo del crimen acompaña al ritmo de la actividad honesta»[298]. El derecho industrial de Bismarck había mostrado que el mecanismo de reparación de los daños por accidentes de trabajo no podía depender de indagaciones sobre responsabilidades culposas[299]. Similar actitud pragmática sería exigible al tratamiento del delito, faceta más de rol de «protección social» del Estado, que ha de funcionar bajo

[295] Foucault (1978a, p. 462).

[296] Dirá Foucault que con la doctrina de la defensa social «se trató de hacer funcionar simultáneamente un sistema de derecho y un sistema de verdad [empírica]» (Foucault 2012c, p. 248).

[297] El seguro, entendido como técnica institucionalizada del riesgo (Ewald 1991, p. 205) se convirtió en vector de reforma social. Bajo las primeras lesgislaciones sociales y seguros sociales obligatorios, fue posible matizar el sistema de responsabilidad individual, imponiendo obligaciones de cobertura que no atendían a imputaciones de responsabilidad culposa, sino a la mera realidad estadística de ciertos daños entendidos ahora como accidentes, y gestionados como riesgos sociales (Ewald 1986a, p. 19). La lógica del riesgo y el aseguramiento permitió al Estado un tratamiento de la desigualdad, no ya moral, sino propiamente político-social; convertir la asistencia en una verdadera ciencia política (Susín Betrán 2000, p. 123). Quien dice riesgo, en cualquier terreno, dice necesariamente protección, prevención y reparación (Tulkens 1988). En su traducción penal, la defensa social es inocuizadora, pero también intervencionsista en lo social (Prins 1910, pp. 148 y ss.). Esta orientación es palpable también en la recepción española de la doctrina por Quintiliano Saldaña –«[s]olo un delito justifica una pena; muchos delitos imponen una reforma social»– (Saldaña 1916, p. 70).

[298] Prins (1910, p. 12).

[299] *Ibidem*, p. 56.

el imperativo de eficacia[300]. La responsabilidad subjetiva debería declinar en favor del sustento objetivo que ofrece el principio de defensa social, acorde a la complejidad y dinamismo de la sociedad industrial[301]: el derecho penal habría de gestionar riesgos, no conductas culposas[302].

El tipo de normatividad que la defensa social induce en el derecho redobla su vocación de eficacia. Bajo el principio radicalizado de protección social, la dicotomía positivista entre normalidad y anormalidad es indiferente, así como la discusión sobre el libre albedrío[303]. El delito es a todas luces un fenómeno normal –en su sentido estadístico– y el debate sobre el estado peligroso del individuo se traslada a la sociedad: a la necesidad de protección colectiva que dicta la pauta del riesgo. El estado del individuo se reinterpreta en clave social, agregada, poblacional[304].

Esta normatividad colectiva aleja la propuesta defensista de protagonismo del juicio clínico en el tratamiento de la desviación. Prins aboga, expresamente, por liberar al derecho punitivo del veredicto médico y restituir a los juristas en su «misión tradicional de guardianes de la seguridad pública». Proclama la capacidad del operador jurídico para evaluar el riesgo en atención a las necesidades sociales de protección, en una suerte de defensa de la probabilidad cualitativa, jurídicamente articulada[305]. Desde el punto de vista de la regla de juicio, la defensa social se apoya en un pragmatismo

---

[300] El Estado «[n]os protege considerando sobre todo las condiciones concretas de la vida real y de las circunstancias objetivas del problema causado; y empleando, según la naturaleza de tales circunstancias, medios más o menos eficacies [...]» (*ibidem*, pp. 54-55). Saldaña defiende en esa clave el rol del «Estado industrial como superior unidad biológica» (Saldaña 1916, p. 72).

[301] «[E]n una sociedad tan complicada como la nuestra, es cada vez más difícil [...] probar con precisión dónde está la falta, quién ha incurrido en ella y cuáles son sus grados» (Prins 1910, p. 56). Considera que la jurisprudencia clásica asume «fórmulas simplificadoras y generales» que «no concuerdan con la fluidez, variedad y complejidad de la realidad viva, siempre en devenir» (*ibidem*, p. 13). Saldaña parte de una comprensión de la vida como realidad «fluida o gaseosa», comparando a la sociedad con el comportamiento de una columna de humo, más que con cualquier realidad sólida (Saldaña 1916, pp. 31-34). Se trata de lecturas pseudosociológicas que enmarcan una lectura particular de las formas jurídicas, que habrían de ser flexibilizadas en función de aquellas pautas sociales.

[302] La responsabilidad por dolo o culpa sería «un callejón sin salida» (*ibidem*, p. 16).

[303] Dice Ewald (1988) que la defensa social tiene una base agnóstica, de la que deduce su *eficientismo*.

[304] Prins (1910, pp. 21-39, 73-74); Saldaña (1916, pp. 21-24).

[305] Para Prins ello no avoca a la arbitrariedad. De hecho, las posibilidades de error serían similares a las del juicio psiquiátrico (Prins 1910, pp. 115-118).

jurídico-punitivo, donde la decisión (preventiva frente al riesgo) toma como guía instrumetal el principio de protección, siempre modulado en atención al contexto[306].

Como principio programático, la defensa social tuvo reflejo en las legislaciones sobre la peligrosidad, si bien de forma parcial o recompuesta, según atenderemos[307]. Provocó, en todo caso, adaptaciones normativas y dogmáticas, transformaciones epistémicas en el derecho.

Peritaje psiquiátrico y defensa social son dos prácticas de la peligrosidad sobre las que Foucault proyectó su estilo genealógico, y donde trasluce la aptitud de su mirada de lo jurídico como multiplicidad normativa. El positivismo (jurídico) «crítico» que Ewald deduce consiste en un análisis de las formas jurídicas que hurga en las fisuras de su andamiaje epistemológico. Toma los constructos jurídicos como resultados inestables y móviles, bajo una aparente continuidad en sus conceptos y principios. Propone una «topología» sobre el derecho: identifica discontinuidades y localiza aperturas por las que emergen normatividades diversas. Atiende a la forma concreta en que se sustancian los juicios de los operadores jurídicos, en su contenido de racionalidad.

Es un método pertinente para el interés de este trabajo, enfocado en las técnicas de valoración de la peligrosidad en entornos jurídico-punitivos. Su carácter abierto permite encajar en el análisis sucesivas expresiones normativas que acontezcan. Podremos afrontar, así, el fenómeno jurídico de tecnologías que han devenido normativas para la gestión de la conducta, donde la «arquitectura» de aquellas adquiere capacidad reguladora. Como proponemos en el capítulo siguiente, el análisis foucaultiano sintoniza con esa dimensión regulativa de las tecnologías, que viene a sumarse a la historia normativa de la peligrosidad.

[306] La inclinación hacia el pragamtismo jurídico es explícita en el caso de Saldaña, prologuista de Duguit en España, donde discute puntualmente las conexiones entre el principio pragmático y el de defensa social (Saldaña 1924, pp. 41-44). *Vid.*, así mismo, Saldaña (1923), donde desarrolla su perspectiva de un «derecho penal pragmático».

[307] *Vid.*, *infra*, §7.1.a).

SEGUNDA PARTE

LA ORIENTACIÓN AL RIESGO EN LA CONFIGURACIÓN DEL DERECHO PUNITIVO

CAPÍTULO 4

LA CONSTRUCCIÓN DE LA SEGURIDAD MEDIANTE EL RIESGO

El concepto «riesgo» pertenece al campo semántico de la seguridad. Como sugiere Bauman, «las palabras tienen significados, pero algunas palabras producen además una 'sensación'»[1]; el riesgo posee la capacidad de transmitir, quizá con mayor nitidez que ningún otro término, una percepción de inseguridad en situaciones y contextos diversos. Fluye como contrapunto de la seguridad, no como antagonista: la dota de contenido, la hace pensable, inteligible en términos racionales. La seguridad es en realidad un concepto vacío, mero correlato del riesgo: «una variable planteada en función del riesgo», no por oposición, sino «como la sombra en función de la luz»[2].

Como recurso forense, y en su conformación histórica, el concepto de riesgo trasciende lo meramente inseguro. Es también, y esto es lo relevante en términos de poder o gobierno, una forma de afrontar situaciones de inseguridad, al anticipar reflexivamente consecuencias de ciertos eventos con carga de incertidumbre[3]. De esta vocación estratégica deriva su dimensión instrumental de réplica racional-formal. El riesgo medra en contextos de inseguridad, bien que de una inseguridad particular, *proactiva*, orientada hacia acontecimientos futuros en términos anticipatorios. Constituye una estrategia instrumental ante el peligro, capaz de gestionar la dimensión temporal de eventos que tan sólo puede aspirar a un logro inacabado de la seguridad, a una reducción de la incertidumbre[4]. De ahí que todo riesgo genere lógicas recursivas: la

[1] Bauman (2003, p. 7).

[2] Martínez García (2012, pp. 327-328).

[3] Aunque los orígenes del vocablo *riesgo* son un tanto confusos, es probable que proceda del castellano *risco* («peñasco escarpado»), antiguamente *riesco*, por el peligro que corre el que transita por estos lugares o el navegante que se acerca a un escollo. De ahí su significado como «peligro que se corre». El uso del concepto se generaliza ya en la mayor parte de Europa a lo largo del siglo XVI (Corominas, J. y J.A. Pascual, *Diccionario crítico etimológico castellano e hispánico*, vol. V, Barcelona: Gredos, 1997). Sin embargo, el riesgo alcanzará un nuevo protagonismo y un sentido «científico» a partir del siglo XVII, vinculado al desarrollo de los cálculos de probabilidad. No obstante, el *Nuevo Diccionario Histórico del Español* documenta usos del vocablo desde el siglo XIV.

El *Diccionario panhispánico del español jurídico* lo define, en sus dos primeras acepciones de uso general, de forma coincidente con el DRAE: «contingencia o proximidad de un daño» y «contingencia que puede ser objeto de un contrato de seguro». Añade dos más de uso específico, propias del derecho administrativo –como factor de peligro para la salud, remitiendo a la normativa sobre seguridad alimentaria–, y del derecho ambiental –como función de la probabilidad de un suceso y de la cuantía del daño, en especial, en materia de responsabilidad ambiental–.

[4] En palabras de Hagerstrand (1988), la racionalidad del riesgo, aparejada al cálculo de probabilidad a partir del siglo XVII, constituye una auténtica «colonización del futuro» subsiguiente a la

seguridad tan solo desplaza o redistribuye el peligro, que solo puede someterse gestionando el riesgo[5].

Este capítulo examina el modo en que el riesgo construye técnicamente la seguridad, habilitando decisiones racionales sobre eventos hipotéticos. Englobamos como riesgo al conjunto de variantes técnicas, que comparten tres rasgos: carga de incertidumbre, base probabilística y aptitud anticipatoria. Las distintas técnicas son versiones de esos ingredientes y modulan las funciones desplegadas por el riesgo.

Dado que asumimos la tecnicidad del riesgo, precisaremos de algunas consideraciones sobre el sentido de términos como técnica y tecnología. El primer epígrafe («El riesgo en una perspectiva técnica de la seguridad») sostiene la capacidad *poiética* de técnicas y tecnologías y explora su dimensión normativa. Una perspectiva que trasciende la mera instrumentalidad de la técnica, y que permite formular nociones –técnicas de gobierno y tecnologías normativas– fundamentales para comprender su imbricación jurídica.

El segundo epígrafe («La tecnicidad anticipatoria del riesgo») sistematiza las técnicas que alberga el concepto de riesgo, su funcionalidad y sus contextos de aplicación. Nos llevará a considerar las variantes metodológicas de la probabilidad, las actitudes anticipatorias que subyacen a los usos del riesgo –prevención, precaución, preparación–, y el sentido funcional que adquiere según enfoques y contextos. Ello permite caracterizar el riesgo actuarial y sus aplicaciones punitivas como «justicia actuarial». Atenderemos también a las tecnologías algorítmicas con fines predictivos, que alumbran una nueva versión de «riesgo algorítmico». Las técnicas informáticas de *machine learning* (ML) han alterado el sentido de probabilidad e inferencia con sus

---

que tiempo antes se había efectuado con el territorio geográfico. El concepto moderno de riesgo madura en el contexto del contrato de seguro marítimo, vinculado al desarrollo del capitalismo mercantil, como cálculo que permite relacionar *periculum* y beneficio, dos virtualidades indisociables y racionalmente estimables (Bernstein 1996, pp. 88-96, Doron 2016, pp. 18-20). El desarrollo del riesgo en su sentido actual se produce en conexión con el avance del pensamiento matemático sobre la probabilidad desde aquella fecha. Como señala Bauman (2003, p. 14), ahora «el futuro es visto como un producto más de una sociedad de productores». Podríamos decir que el riesgo se asienta sobre la brecha entre presente y futuro como distinción entre realidad y posibilidad (como futuro probable), trazando una especie de vínculo entre ambos.

[5] Martínez García (2012, p. 328). Tal recursividad implica que el tratamiento de un evento como riesgo desata una cadena indefinida que, a cada paso, reconsidera los posibles daños: «una cadena que vuelve constantemente al mismo tipo de unidad: un posible daño seguido de un posible remedio, seguido de otro posible daño» (Busby 2016, p. 73).

nuevas formas de procesar a los sujetos, mediante un modo de predicción de conductas que han dilatado los límites de la justicia punitiva actuarial.

Tratar los componentes técnicos del riesgo es por tanto precondición para evaluar correctamente sus implicaciones jurídicas. El ultimo epígrafe del capítulo («Norma jurídica y tecnologías anticipatorias») propone responder a ello mediante un análisis de la interacción entre formas jurídicas y técnicas del riesgo, reparando en las contaminaciones epistémicas entre técnicas jurídicas y actuariales. Todo ello, como es lógico, al servicio del objeto de esta investigación doctoral: precisar las afecciones jurídicas del riesgo punitivo actuarial y algorítmico.

4.1 El riesgo en una perspectiva técnica de la seguridad

Dean enfoca el riesgo, en sentido amplio, como aquellas racionalidades de cálculo, cuantitativo o cualitativo, que somete a magnitud la incalculabilidad del azar[6]. Donde hay un problema *securitario* –un hecho que se representa como amenaza más o menos consistente para un determinado bien o interés– se reclama una decisión. Precisamente, el riesgo emerge ante la necesidad de decidir cuando no existen certezas[7]. La decisión es un esfuerzo por superar la incertidumbre[8]. Lo que interesa ahora no es la especificidad «moderna» de esa forma de construir seguridad, como ha preocupado a Giddens[9], sino discernir de qué tipo de decisión hablamos.

No aludimos aquí al decisionismo schmittiano, que Agamben ha retomado como paradigma explicativo de las prácticas de poder. Ese tipo de decisión soberana describe un espacio anómico que produce incluso la suspensión del orden legal[10]. El riesgo ofrece una perspectiva virada de la decisión como sustrato de lo securitario. En su perspectiva, la seguridad reclama una decisión, aun al adoptase en el marco de la soberanía estatal, se ejerce apelando a normatividades fundadas en concretas formas de saber[11]. El riesgo, como técnica de poder, opera en el plano de las prácticas de gobierno, de gestión atinada de objetos que exigen ser atendidos en su especificidad. En definitiva, el par seguridad-riesgo no ha de ser considerado desde el funcionamiento soberano del poder y la excepcionalidad, sino desde la perspectiva de las técnicas de gobierno, de gestión experta de determinados problemas *securitarios*. El riesgo desvela así un problema técnico, de saber aplicado.

---

[6] Dean (1999a, pp. 176 y ss.).

[7] May (2012, p. 307).

[8] Esteve Pardo (2009, p. 12).

[9] Giddens (1994, pp. 42 y ss.).

[10] Agamben retoma la teoría de la decisión excepcional de Schmitt como punto de unión entre el modelo jurídico-institucional y el modelo biopolítico de poder, al producir una indiferenciación entre derecho y hecho: a través de la decisión excepcional la «vida desnuda» de los individuos (*bios*) se confunde con su consideración como sujetos políticos y jurídicos (*zoe*). Así, en el fundamento del orden político está presente la posibilidad de su reverso a través de la decisión sobre el estado de excepción (Agamben 2003 y 2004).

[11] Amoore (2013).

Al fenómeno del riesgo y sus implicaciones sociales y jurídicas subyace un complejo de relaciones entre poder y saber. La cuestión se centra entonces, con Foucault, en las distensiones entre modalidades de saberes expertos, tras la hipótesis de que «los efectos de verdad de una ciencia son al mismo tiempo efectos de poder»[12]. Se trata de analizar la técnica de poder en su esfuerzo por reinventarse, por buscar constantemente nuevos medios[13].

La relación entre riesgo y saber no es extraña a otros acercamientos a aquel concepto. Como sabemos, Beck avanza sobre la relación entre saberes expertos y no expertos, argumentando la deslegitimación de los primeros por los segundos ante la irrupción de «nuevos riesgos» que desafían las capacidades de control científico-técnico. En general, la literatura sobre el riesgo ha enfatizado el papel del saber estadístico y los cálculos de probabilidad como contenido prototípico del modo de objetivación que propone. Luhmann concreta la decisión bajo criterios de gestión de riesgos como una labor de elección entre múltiples opciones con resultados inciertos, lo que exige indagar, primero, «en referencia a las consecuencias de diversas decisiones, las diferentes funciones de beneficio y las distribuciones de probabilidad y, en segundo lugar, caracterizar la decisión como arriesgada en virtud de la variabilidad de resultados»[14]. En una genealogía general de ese modo de razonamiento, cabe subrayar el auge de los estudios sobre probabilidad durante el siglo XVII impulsados, entre otros, por Pascal, Fermat y Leibniz[15], y su aplicación creciente a diversos ámbitos de gobierno a partir del siglo XVIII[16]. De hecho, el paradigma matemático encontró proyecciones radicales sobre la organización social en épocas tempranas del liberalismo clásico[17]. En todo caso, el rastro de una teoría de la decisión política sobre bases

[12] Foucault (1976b, p. 78).

[13] Foucault (1978b, p. 532).

[14] Luhmann (1992, p. 57).

[15] Daston (1995).

[16] Hacking (1991 y 1995), Desrosières (2004).

[17] Es significativo, por ejemplo, el intento de Condorcet en su política deductiva, de fundar una política y una ciencia jurídica estrictamente racionales, especialmente en su ensayo de aplicación del cálculo de probabilidades a la práctica judicial y la democracia participativa (Hacking 1991, p. 132). *Vid*. Condorcet (1785).

realistas o pragmáticas ante la incertidumbre puede retrotraerse a momentos anteriores a la formulación matemática de la probabilidad[18].

Ciertamente, la acumulación de saber habilitado por la estadística y la probabilidad está en la base de la generalización del riesgo como instrumento de gobierno, delatando el proceso de *gubernamentalización* del Estado descrito por Foucault.

Interesa ahora recalcar algunas consecuencias teóricas derivadas de la consideración del riesgo como técnica de gobierno en el sentido apuntado, es decir, como recurso en el problema *técnico* de la seguridad. Una primera advertencia es que carece de sentido hablar de «gobernar riesgos», como si fuesen un objeto de gobierno con sustantividad propia que preexiste a la acción de «gobernarlos». Al contrario, solo tiene sentido hablar de «gobernar a través del riesgo», en la medida en que es el propio riesgo –la forma de saber aplicado que vehicula– el que permite objetivar una pretensión de gobernarlo en términos de probabilidad. Convendría distinguir el uso coloquial del término riesgo, que lo hace equivalente a las de amenaza o peligro, de su sentido más preciso como forma de racionalidad o de representar los eventos –según el cual no tiene sentido hablar de «representaciones del riesgo», sino del propio riesgo como «forma de representación»–[19].

En segundo lugar, la expresión *técnica de gobierno* pone en primer plano la relevancia del componente técnico y su preeminencia como configurador de la vida social. No en vano, si hablamos del riesgo como concepto, y no como idea, es para

[18] Esta cuestión ha sido discutida en torno al tratamiento por Maquiavelo del problema de la «fortuna» en *El Príncipe* (Maquiavelo 1992). Se trata de un concepto heredado de la época clásica, empleado en las doctrinas escolásticas medievales –en el esfuerzo por distinguirlo de la providencia divina–, que será resituada por el pensamiento cristiano renacentista como una entidad intermedia entre esa providencia y la voluntad humana. Dirá Maquiavelo que «la suerte gobierna la mitad de nuestras acciones, pero que aun así nos deja gobernar aproximadamente la otra mitad» (Maquiavelo 1992, XXV, p. 155). Para Giddens, de este modo el autor italiano habría dibujado ya un escenario político abierto a la creación humana, donde «el riesgo y el cálculo se abren paso del brazo de la fortuna». En Maquiavelo estaría ya presente «la esencia del discernimiento político [que] es pensar cómo marcharán las cosas si se sigue determinado proceder y compararlas con otras alternativas», es decir, un «arte de la conjetura» (Giddens 1995, 143). Por motivos similares Touraine lee el proyecto de Maquiavelo como netamente «moderno»: su voluntad es la de «juzgar las acciones e instituciones políticas sin recurrir a un juicio moral, es decir, religioso», sino puramente estratégico (Touraine 1993, 32). No obstante, Daston observa, incurriendo en menores anacronismos, que el imaginario desplegado por Maquiavelo con relación a la previsión y el planeamiento racional, tiene más que ver con la audacia y el ímpetu que con el estricto cálculo (Daston 1995, p. 152). En tal sentido, Daston ofrece una valiosa perspectiva de las prácticas del riesgo antes de la generalización de la teoría de la probabilidad (*ibidem*, pp. 116-125).

[19] Peretti-Watel (1999, p. 13).

subrayar esa tecnicidad que lo caracteriza y que explica sus usos como instrumento de gobierno[20].

Este «decisionismo técnico» que sustenta el riesgo corrobora la advertencia de Dillon sobre el impulso de cálculo como sustrato de la seguridad, por encima incluso de sus connotaciones axiológicas. El «aseguramiento de la seguridad» desplazará o incluso destruirá cualquier referente axiológico cuando estos «entren en conflicto con la *mathesis* fundamental del imperativo de seguridad»: la calculabilidad[21]. La seguridad, así, no es tanto un problema de valoración como de evaluación; una evaluación, además, de futuribles.

Ese componente decisorio nos hace toparnos también con las exigencias aseguradoras que se reclaman al derecho, y sus límites. Esteve Pardo ha expuesto la paradoja epistémica que en este sentido atraviesa lo jurídico, y que aporta una perspectiva certera para comprender los problemas de relación entre la razón jurídica objetiva y las técnicas de gestión de riesgos[22]. Por un lado, la decisión es un imperativo especialmente acuciante para el derecho, al que no se permite acomodarse en la incertidumbre. Los operadores jurídicos se enfrentan a plazos decisorios mucho más apremiantes que los de la indagación científica, o incluso que los de la innovación técnica. En aquellos casos en los que el derecho ha de buscar sustento en saberes científico-técnicos extrajurídicos, los estados de incertidumbre científica no son coartada para la postergación de la decisión jurídica. En el extremo, el derecho habrá de decidir asumiendo la falta de andamiaje gnoseológico, expresándose en forma de precaución. Pero, por otro lado, al derecho se le exigen niveles de certeza en la decisión. La decisión jurídica se torna en una especie de purga de las ambivalencias inherentes al desarrollo científico y técnico, situando al derecho en una encrucijada. Además, el derecho no se acomoda bien al lenguaje de la probabilidad, característico de

[20] Véase, sobre este sentido de *concepto*, la entrada [783] (Ideas y Conceptos: Filosofía / Técnicas, Ciencias y Tecnologías) del *Diccionario filosófico* dirigido por Pelayo García Sierra, disponible en http://www.filosofia.org/filomat/df783.htm. Los conceptos se conforman siempre «en el curso de la praxis», en especial en el terreno de las técnicas y las tecnologías. Ciertamente, podría plantearse una indagación sobre riesgo en cuanto idea (filosófica), como parece postular Ewald al sostener que, más que un concepto, el riesgo ha de tomarse como una «categoría del entendimiento» en sentido kantiano (Ewald 1991, p. 199). Sin embargo, nuestro uso se mantiene apegado al plano técnico y tecnológico propio de su empleo en tanto concepto, que es en el que se evidencia su operatividad jurídica.

[21] Dillon (1996, p. 21).

[22] Esteve Pardo (1999, pp. 26 y ss.).

la ciencia, que supone aceptar cierta carga de incertidumbre. El operador jurídico, en cambio, procede transformando la probabilidad científico-técnica en opción binaria. Esa traducción epistémica que obra la decisión jurídica es determinante en los problemas vinculados a la justicia actuarial en el terreno punitivo, como expondremos después.

4.1.1 Técnica y tecnologías de gobierno

Los usos del riesgo como técnica de gobierno fuerzan una comprensión del problema *securitario* en términos eminentemente técnicos. Esa puesta en primer plano de la dimensión técnica requiere, sin embargo, algunas aclaraciones, ya que el tópico de la técnica puede inducir a consideraciones erróneas por varios motivos. Por un lado, su relevancia puede verse subestimada tras el argumento de la presunta neutralidad de las técnicas, respecto a las cuales lo determinante sería tan solo sus modos de uso, con lo que el problema técnico se vería limitado a una discusión sobre la aceptabilidad de su empleo. Por otro, la cuestión técnica tiende a veces a ser hiperbolizada, a causa de un determinismo técnico que lo concibe como una suerte de infraestructura de las transformaciones sociales, lo que supone despejar del escenario otros ingredientes concurrentes. Por último, existe el problema de realizar una identificación apresurada entre técnica y herramienta, como si ambos términos fuesen equivalentes, incurriendo en un reduccionismo impropio.

Frente a estos problemas de enfoque, nuestra comprensión de la técnica, y del riesgo como técnica, busca reconocer su carácter productivo (*poiético*), así como su imbricación en las formas de organización social, como variable entrelazada en la propia configuración de los entornos y las prácticas sociales[23].

a) Instrumentalidad y productividad

Como advirtiera ya Weber, la técnica remite a los medios empleados en el contexto de una acción, y no al sentido o fin de esta. Precisamente una cuestión técnica implica siempre «la existencia de dudas sobre los *medios* más racionales a emplear» en

[23] Mumford (1982, p. 17).

una acción social[24]. En un sentido similar, mediado el siglo XX, Ellul localizaba el «fenómeno técnico» allí donde se dé una búsqueda de eficacia en el método a emplear para obtener un resultado[25] y, en un sentido próximo, Ortega y Gasset había definido la técnica como «el esfuerzo por ahorrar esfuerzo»[26]. Todas estas observaciones coinciden en la innegable dimensión instrumental de la técnica como «útil». Sin embargo, y esta fue la principal aportación de Heidegger al pensamiento sobre la técnica, su consideración instrumental, siendo obvia, no revela totalmente su sentido y efectos[27]. La última indagación heideggeriana sobre la técnica pretendió revelar su esencia creadora[28]. Además de un instrumento que atiende a un fin pragmático, es un modo de «hacer salir de lo oculto»[29]; es producción de conocimiento, matriz de procesos de objetivación y subjetivación. A este carácter *poiético* de la técnica, más allá de su mera aptitud de fabricación objetual[30], Foucault anudará su comprensión radicalmente productiva de las formas de poder y, en especial, su análisis del sujeto como resultado constituido por específicas técnicas de gobierno[31].

---

[24] Weber (2014, p. 190; énfasis añadido). Este interrogante tiene sentido, obviamente, cuando consideramos lo que Weber denomina «técnicas racionales». Si la técnica de una acción significa «el conjunto de los medios aplicados en ella, *en contraposición* al sentido o fin por el que (en concreto) se orienta», la «*técnica racional de una acción* significa una aplicación de medios que conscientemente y con arreglo a plan está orientada por la experiencia y la reflexión, y en su óptimo de racionalidad por el pensamiento científico».

[25] Ellul (2003, pp. 24-25).

[26] Ortega y Gasset (1997, p. 42).

[27] Dirá Heidegger que tal concepto «instrumental y antropológico» de la técnica, «es meramente correcto, pero no lo verdadero» (Heidegger 1994, pp. 10-11).

[28] El tratamiento de la técnica no es uniforme a lo largo de la obra de Heidegger. En *Ser y tiempo* ofrece una teoría de la instrumentalidad de tipo fenomenológico (Heidegger 1996), mientras el tránsito hacia una crítica de la mera comprensión instrumental de la técnica se evidencia ya en «La época de la imagen del mundo» (Heidegger 1995a) y en «¿Y para qué poetas?» (Heidegger 1995b), culminando en *La pregunta por la técnica* (Heidegger 1994) en la reflexión sobre la «esencia» de la técnica, en especial de lo que denomina la «técnica moderna».

[29] Heidegger (1994, p. 15). En el plano ontológico en que Heidegger sitúa a la técnica, habla de esta como un «ocasionar», un «hacer venir a la presencia», un «traer-ahí-delante», que supone llevar algo «del estado de ocultamiento al estado de desocultamiento».

[30] «Lo decisivo de la τέχυη pues, no está en absoluto en el hacer y el manejar, ni está en la utilización de medios, sino en el hacer salir de lo oculto» (Heidegger 1994, p. 16).

[31] Foucault (1982); Rose (2000, pp. 46-47). Sobre la raigambre heideggeriana del análisis del poder por Foucault, véase Dreyfus (1990). Este enfatiza el paralelismo de la noción foucaultiana de poder con la teorización del ser elaborada por Heidegger. Para el autor alemán, la noción de ser «no es ni una sustancia ni un proceso», sino que remite al «contexto en que los seres humanos y las cosas se manifiestan y pueden encontrarse entre sí», poniendo el énfasis, precisamente, en dicho contexto en el que los objetos y las acciones adquieren un significado, ya que el contexto mismo concreta los objetos y acciones que pueden emerger en el mismo (*ibidem*, p. 88). El célebre «claro en el bosque» al que alude

Ello nos permite identificar tres líneas de comprensión de la técnica y otras tantas formas de considerar su significado social y jurídico[32]. Por un lado, la ya citada perspectiva instrumental que la concibe exclusivamente como herramienta orientada a un fin, ligada a la noción clásica (ilustrada) de relación entre sujeto y objeto. Ahí la técnica tiende a identificarse con herramientas concebidas como mera prolongación del sujeto. Una segunda perspectiva concibe la técnica, muy al contrario, como un dominio de desarrollo autónomo, independiente, esto es, como un sistema autorreferente. En su versión estricta esta perspectiva se acomoda bien al funcionalismo sistémico y a la idea de *autopoiesis* en el sentido propuesto por Luhmann; pero también a comprensiones que, aun dentro de ella, sostienen versiones menos herméticas del sistema técnico[33]. Por último, la tercera postura concibe las técnicas como constructos sociales con un ingrediente de instrumentalidad notable, pero sin que ello agote su significado social. Lo relevante, en esta clave, es que las técnicas son socialmente inventadas al tiempo que, con su despliegue, nos reinventan como sujetos y como sociedad: al construirnos articulan nuestras formas de relación. Estas diferentes formas de concebir las técnicas tienen hondas repercusiones al afrontar sus implicaciones sociales y jurídicas.

Nótese empero que la técnica, como forma práctica de saber, se desenvuelve siempre en el plano de lo pragmático, y menos en el de lo puramente epistémico[34]. Pero la crítica a la perspectiva instrumentalista insiste en el modo en que, en su despliegue, alumbra formas de existencia inéditas antes de la propia acción técnica. Así, como advierte Stiegler, la reducción de la técnica a la cuestión de los «medios» simplifica en exceso el problema, en la medida en que, en esos términos, como sucede con

---

Heidegger es la manera en que el ser humano concibe el ser, acotando ese contexto que resulta constitutivo para objetos y acciones. El proyecto de Foucault es mucho más concreto, pero, paralelamente, para él el poder tampoco es una entidad ni una sustancia, ni una institución concreta: es un juego de saberes y de prácticas que abre su propio «claro» de posibilidades, con sus consiguientes efectos de objetivación y de subjetivación. El poder es praxis y, en su despliegue, construye su propio contexto, su mismo haz de objetos, sujetos y relaciones.

[32] Hildebrandt (2015, pp. 159-160).

[33] Como propone, por ejemplo, Stiegler (2002).

[34] Dean (1996, pp. 58-59). Advierte Heidegger, ya en *Ser y tiempo*, que la técnica se refiere a «lo a la mano» y no a «lo a la vista», que es propio del conocimiento estrictamente teorético (Heidegger 1996, p. 83). Esa dimensión práctica de la técnica incorpora tanto el procedimiento de creación como su resultado. Como advierte Montoro Ballesteros (2006, pp. 1107-1109), tal saber pragmático es tanto un «saber hacer» subjetivo (relativo a ciertas destrezas o capacidades), como un conjunto de reglas objetivas para asegurar un cierto resultado, y la obra o resultado de ese saber hacer (un constructo, que aboca entonces a un resultado tecnológico). Stiegler (2002, pp. 145-147) ofrece así mismo una noción de técnica como idea que designa «los saber-hacer».

Habermas, para resolverlo bastaría con un debate sobre sus usos[35]. Heidegger, en cambio, inscribe la tecnicidad en la historia del ser, imposibilitando una lectura de la técnica que pretenda simplemente su dominio por el sujeto en términos de balance entre fines y medios[36]. La historicidad del ser es inescindible de su vocación hacia la tecnicidad o, como ha dicho Sloterdijk, para el ser humano «estar-en-el-mundo» se revela como un esfuerzo de adaptación técnica[37].

Esta postura es la que inspira a Winner en su influyente teoría social de la tecnología. La construcción y puesta en uso de las tecnologías implica «alteraciones significativas en los patrones de actividad y las instituciones humanas»: la «creación de nuevos mundos»[38]. Lo relevante es entender que esa consecuencia no es un efecto secundario o colateral de las tecnologías, sino su condición misma. Toda construcción técnica que involucra seres humanos reclama una adaptación de la conducta humana, de los roles y de las relaciones sociales. Para Winner, la efectividad de una tecnología depende de eso tanto como de sus propias especificaciones. Parecen aquí evidentes las resonancias de Mumford, al exponer la aplicación de las técnicas por los seres humanos como uno de sus ingredientes ineludibles, como engranajes de una maquinaria siempre sociotécnica[39]. La tecnología alumbra así determinadas «formas de vida» y, por tanto, también de vida jurídica.

Winner advierte también sobre la necesidad de corregir el determinismo que destilan las teorías sobre el «sistema técnico» como cerrado sobre sí mismo. Estas conducen a conclusiones «demasiado arrolladoras» sobre el imperativo de lo técnico, poco sutiles con el modo en que las tecnologías se hibridan y son condicionadas como

---

[35] Stiegler (2002, pp. 27-32). La insuficiencia que aprecia en el planteamiento de Habermas es similar a la «ingenuidad» que Foucault achacó a este, en relación con las posibilidades de que las formas de saber escapen a los efectos de poder por vías comunicativas «no tecnificadas», exteriores por lo tanto a las relaciones de poder (Foucault 1984d, pp. 1545-1546), según discutimos *supra*, en §3.3.

[36] De hecho, el pensamiento de Heidegger sobre la técnica se inserta en su proyecto de reconstrucción de la metafísica, «recuperando» la (a su juicio olvidada) pregunta por el ser. Este proyecto, y su conexión con la cuestión técnica, es patente ya en *Ser y tiempo* (Heidegger 1996). No obstante, en el tránsito hasta *La pregunta por la técnica* el interrogante sobre el fenómeno técnico se torna más crítico y ambivalente, ya que acaba por concebirse al tiempo como inherente a la historia del ser y como una amenaza a las posibilidades de experiencia vital del mundo por el ser humano, ya que arriesga bloquear otras formas de *poiesis*. Sobre esta evolución véase Linares (2003).

[37] Sloterdijk (2003, p. 52).

[38] Winner (2008, pp. 44-45).

[39] Mumford (2010).

están por otras formas de normatividad[40]. Winner comprende la inscripción social de las tecnologías como un condicionamiento que describe en términos de «sonambulismo»: somos, a nivel individual pero también institucional, solo parcialmente conscientes del modo en que las tecnologías reconstruyen nuestras condiciones de existencia. Sin embargo, no cabe hablar de causalidad lineal, determinista, entre infraestructura técnica y formas de vida social, sino de formas de afección o de impacto que, si bien no pueden ser esquivadas o suprimidas, interactúan: la tecnología genera un impacto constitutivo sobre la sociedad, al tiempo que es condicionada por el cambio social e institucional.

Pero, en lo que aquí nos interesa más, ese carácter *poiético* y ontológico, que desborda la instrumentalidad, subraya además la faceta ordenadora y aseguradora de la técnica: la seguridad se construye técnicamente porque la técnica es en sí misma una respuesta protectora, preservadora. A esta idea se anclan las interpretaciones de la *tekné* como respuesta a la inquietud por la trascendencia, tal y como propuso la particular mirada antropológica de Mumford[41]. Heidegger comprende la tecnicidad de la historia del ser como respuesta a la desprotección inherente a la existencia humana[42], idea que Simondon proyecta como impulso hacia el maquinismo y el automatismo: «[l]a máquina es aquello por medio de lo cual el hombre se opone a la muerte del universo; hace más lenta, como la vida, la degradación de la energía, y se convierte en estabilizadora del mundo»[43]; por ello «el automatismo corresponde a una necesidad del

[40] Winner (2008, pp. 37 y ss.).

[41] Evitando expresamente una reducción instrumentalista de la cuestión técnica, así como la equiparación entre técnica y herramienta, Mumford entiende la tecnicidad como respuesta a las «aspiraciones y demandas supra orgánicas del ser humano», más que como «necesidad de posesión de alimentos y control de la naturaleza» (Mumford 2010, p. 18). Por otro lado, Dillon (1996) ha conectado la solución técnica con el pensamiento metafísico moderno, que interpreta a su vez como una respuesta a un anhelo básicamente securitario. Para Dillon la metafísica buscaría «establecer un fundamento de lo que es cognoscible con seguridad», más allá de las contingencias del mundo sensible. Tal proyecto habría declinado en un deseo de certeza, de previsibilidad, que acaba por confundirse con la verdad calculable, y con ello en la afirmación (metafísica) de la posibilidad de reducir toda la realidad al cálculo (*ibidem*, pp. 20-22). Así, de nuevo, en términos claramente heideggerianos, la ontología recaería en la cuestión de la tecnicidad.

[42] Heidegger (1995b, p. 252). «La naturaleza arriesga a los seres vivos y 'sin proteger a ninguno en particular'. Del mismo modo, nosotros, los hombres, en cuanto arriesgados, no le somos 'más queridos' al riesgo que nos arriesga» (*ibidem*, p. 258). En realidad, el ser humano «no sólo no está especialmente asegurado por la totalidad de lo ente, sino que carece de toda protección» (*ibidem*, p. 264).

[43] Simondon (2013a, p. 38).

individuo en condición de inseguridad»[44]. Se trata de un aspecto que Sloterdijk, incluso, ha erigido en fundamento de su explicación de la cultura como conjunto de *antropotécnicas*, como creación de entornos artificiales de vida que permiten al ser humano compensar sus déficits biológicos, protegiéndose sistemáticamente contra los peligros. Para Sloterdijk la sociedad es ante todo un proyecto *uterotécnico* y por lo tanto inmunológico frente a los riesgos[45].

En estas condiciones, analizar las técnicas como un mero problema de selección de usos implica desconocer el carácter conformador de la técnica sobre la existencia social misma. Incurre en el prejuicio de asumir la capacidad del sujeto de controlar la tecnicidad como algo exterior a la propia condición de sujeto, como si el sujeto y sus modos de existencia fueran una precondición de los desarrollos técnicos. Así, por ejemplo, Simondon nos exige corregir la mirada sobre el impacto social del maquinismo superando la dicotomía sujeto-objeto. No se trata de que la condición humana se vea trastocada por la proliferación industrial de las máquinas; si la máquina toma el lugar del ser humano es, en realidad, porque este cumplía hasta ese momento una función *maquínica*[46]. No se trata de un desplazamiento de «lo humano» por «lo técnico», sino de interferencias entre dos formas de individualidad técnica, el individuo humano portador de herramientas y el individuo maquinal, también acarreador de objetos técnicos o conformado por los estos.

Pero, además, siguiendo esta línea de análisis, ha de insistirse en que el carácter técnico de la organización social no supone solamente la proliferación de herramientas y objetos técnicos. Como ya dijimos, herramientas y objetos técnicos representan una expresión de la tecnicidad; no la agotan. La propia agencia humana ha de entenderse

[44] Simondon (2017, p. 81). En su filosofía del objeto técnico, Simondon anuda ese halo protector al carácter mágico que, como una especie de «sacralidad de tipo inferior», se atribuye al menos a ciertas tecnologías automáticas, especialmente a aquellos objetos técnicos cerrados que resultan en general ininteligibles para el usuario. Esta especie de fetichismo asegurador del objeto técnico cerrado es interesante para considerar la proliferación de los objetos algorítmicos y sus implicaciones jurídicas.

[45] Sloterdijk (2003, p. 65; 2012, pp. 24-26). Las esferas de Sloterdijk designan la creación de espacios interiores «climatizados» (técnicamente acondicionados), por lo que la teoría de las esferas supone una «*teoría general de los receptáculos autógenos*» que van sustituyendo de manera progresivamente ampliada la esfera biológica fetal (Sloterdijk 2003, p. 64). Esta indagación supone, pues, una filosofía de los espacios sociales y sus andamiajes técnicos. Las dinámicas protectoras de tales espacios esféricos son explicadas por Sloterdijk haciendo un uso particular de las prácticas inmunitarias de los sistemas, concebidas por Luhmann, y donde el riesgo ocupa un papel angular, como sabemos.

[46] Simondon (2013a, p. 37).

como «una interacción técnicamente enmarcada y ejecutada»[47]. Hay una técnica, decía Weber, para cada actividad humana, desde la oración hasta la erótica, pasando por todas las formas de arte[48]. Retomando a Sloterdijk, la tecnicidad es el modo en que la sociabilidad puede ser asegurada, habilitando la «producción artificial de comportamiento humano» socialmente compatible[49].

b) La tecnicidad de las prácticas de gobierno

Las técnicas, como respuesta inmanente al problema antropológico del orden social, implican un tipo de racionalidad de carácter esencialmente anticipatorio. Stiegler, de nuevo con claro gesto heideggeriano, ha indagado en esa vocación de la técnica como pretensión de dominio del tiempo, como un esfuerzo por expandir el alcance de la acción humana más allá de sus límites inmediatos. La querencia técnica es la extensión racionalizada de «nuestro horizonte más allá de lo que está inmediatamente a nuestro alcance», desarrollando las capacidades de *anticipar* o, más bien, mediante la razón desarrollada *como* capacidad de anticipación[50]. La vocación anticipatoria de las técnicas supone que estas despliegan una particular temporalidad. Pero no existe en realidad *una* temporalidad de *la* técnica, sino distintas temporalidades –constricciones temporales– aparejadas a las distintas formas de tecnicidad. No en vano, la interacción entre las formas jurídicas y otros modos de tecnicidad puede leerse como relaciones entre temporalidades diferentes, es decir, ritmos distintos de anticipación. La apertura jurídica a otras técnicas, y a otros objetos técnicos, significa el anhelo de integración de capacidades anticipatorias ajenas, cuya compatibilización con la temporalidad del

[47] Kalthoff (2005, p. 71).

[48] Weber (2014, p. 190). Por su parte, Simondon atribuye un sentido plenamente antropológico a la tecnicidad, considerándola una modalidad fundamental de relación del ser humano con el mundo (Simondon 2013a, p. 31), junto con otros modos de mediación como la religión, la filosofía o el saber científico (Chateau 2017, p. 28).

[49] Sloterdijk (1999). En ello consiste la polémica inversión del humanismo practicada por el autor alemán, sintonizando explícitamente con Foucault: en la medida en que el humanismo es un proyecto de «rescate» de la barbarie emprendido por ciertos hombres sobre otros mediante su entrenamiento sistemático, se revela como un problema básicamente antropotécnico (Castro Gómez 2012, p. 68). Este es en realidad el postulado del que Foucault parte en su indagación sobre las disciplinas (Foucault 1975a), si bien Sloterdijk lo entronca en una lectura antropológica, leyendo el origen mismo de la sociabilidad como búsqueda de las técnicas aptas para la «crianza» de seres humanos socialmente compatibles, de manera que la reproducción del orden social quede garantizada.

[50] Stiegler (2002, p. 184). Un anhelo anticipatorio que se relaciona con la autoconciencia de la finitud humana, con lo que la técnica es siempre, en estos términos, una tanatología (*ibidem*, p. 271).

derecho –de las operaciones dogmáticas– ha de ser considerada. Así, la distancia entre una valoración holística o intuitiva de la peligrosidad por parte de un operador jurídico, y su cuantificación a través de un cálculo algorítmico del riesgo por medios automatizados, puede leerse como un problema de sincronía entre dos ritmos muy distintos de una misma decisión anticipatoria. Lo cual arroja al mismo tiempo consideraciones distintas sobre la exactitud, la fiabilidad y, en definitiva, el tipo de justicia que expresa la decisión.

Por otro lado, como ha apreciado Valverde a través de la noción de *cronotopo*, las articulaciones temporales están siempre entrelazadas con configuraciones espaciales[51], con lo que la temporalidad inherente a las técnicas habrá de observarse con relación a las ordenaciones espaciales que su despliegue implica [52] . Este entrelazamiento es muy evidente en las técnicas de gobierno de carácter disciplinario –desarrolladas en espacios delimitados como la prisión, la escuela, el cuartel, el hospital, o una determinada zonificación urbana–, pero también es patente en los dispositivos de seguridad como las prácticas del riesgo[53].

A partir de estas advertencias puede comprenderse cómo las técnicas despliegan su aptitud en entramados de prácticas de gobierno. Heidegger advirtió cómo todo elemento técnico existe en una determinada interconexión simbólica, cómo se ubica en un «plexo de referencias o red de remisiones pragmáticas con las cuales está vinculado en un contexto de uso específico»[54]. Es así cómo las técnicas aparecen imbricadas en las formas de organización social y constituyen un modo esencial en que el poder se

[51] Valverde (2015).

[52] Valverde toma el neologismo de *cronotopo* de la teoría literaria de Bajtin, que propuso con él una lectura de los géneros literarios desde el punto de vista de las articulaciones espaciotemporales que generan sus distintas narrativas. Valverde recupera la noción para proponer un estilo de sociología del derecho que no considere de forma separada los ingredientes temporales y espaciales de las construcciones jurídicas, sino que las considere de manera entrelazada.

[53] Precisamente, Foucault presenta su análisis de los dispositivos de seguridad confrontando distintos modos de procesamiento del espacio urbano con miras al tratamiento del peligro (Foucault 2004a, pp. 10-2 y 59-68). Parte para ello de las técnicas de gobierno empleadas en los siglos XVIII y XIX ante tres amenazas sanitarias en el espacio urbano, que exhiben un progresivo anhelo preventivo: las medidas de pura exclusión ante la lepra; las de disciplinamiento del espacio mediante su zonificación frente a la peste; y las prácticas de inoculación basadas en el cálculo de riesgos de contagio de la viruela. Ofrece con ello una matriz que integra técnicas preventivas (dimensión temporal) y ordenaciones espaciales (dimensión espacial).

[54] Linares (2003, p. 21).

manifiesta y mecaniza, economizando su propio despliegue[55]. Como sintetizó Latour, insistiendo en el carácter ordenador de las técnicas, «la tecnología es la sociedad hecha duradera»[56].

Hemos avanzado que esta inmersión técnica de las relaciones de poder es el argumento que articula las nociones foucaultianas de *gobierno* y de *gubernamentalidad*. Foucault es responsable de incorporar las nociones de «tecnología de poder» y de «tecnología de gobierno» en la historia de las ciencias sociales y humanas[57]. En efecto, si Foucault concibe la acción de gobernar como la «conducción de la conducta» –de unos sujetos por otros, o del sujeto sobre sí mismo[58]–, ese tipo de acción se desarrolla por medio de prácticas que permiten «el formateo calculado de las capacidades humanas y la estructuración del campo de posibles acciones»[59]. Si bien el concepto de *gubernamentalidad* es empleado por Foucault de manera no unívoca, evoluciona a partir de una idea básica de la acción de gobernar como «conducción de la

[55] Se trata por lo demás de un fenómeno que no puede considerarse específicamente «moderno», como revela el estudio de Mumford sobre la «megamáquina» como dispositivo compuesto por piezas humanas existente ya en la antigüedad, articuladas mediante relaciones de sujeción y disciplinamiento (Mumford 2010, pp. 311 y ss.). Mumford presenta ese dispositivo como una máquina arquetípica e invisible compuesta de elementos humanos, constituyendo el «primer modelo funcional de todas las demás complicadas máquinas que vinieron después, aunque el énfasis del maquinismo fue trasladándose lentamente desde los agentes humanos a las partes mecánicas, mucho más fiables». La megamáquina se manifestó tanto como máquina laboral (permitiendo trabajos concretos al servicio de grandes empresas colectivas) y como máquina militar (habilitando acciones de destrucción y de coacción colectiva). No se trata, advierte Mumford, de una simple metáfora, sino de considerar estas estructuras en términos mecánicos en sentido estricto: «no es un juego de palabras gratuito. [Como máquina] supone una combinación de partes resistentes, cada una de ellas especializada en una función y operando bajo el control humano, para emplear energía y realizar trabajos» (Mumford 2010, pp. 311-315). El poder burocrático, tal y como fue descrito de forma pionera por Weber, puede entenderse como una manifestación actualizada de esa misma empresa técnica colectiva.

[56] Latour (1990).

[57] Dean (1996). No en vano, como advirtió Gordon todavía en vida de Foucault, la noción de «tecnología de poder» resulta áspera para la tradición de las ciencias humanas, ya que golpea directamente a la convicción humanista de que «la tecnología es intrínsecamente ajena a la esfera humana», violando con ello todo un conjunto de tabús gnoseológicos. Con ello Foucault postula que las ciencias humanas solo pueden comprenderse en relación «con todo un conjunto de técnicas y prácticas para el disciplinamiento, la vigilancia, la administración y la conformación de poblaciones de individuos humanos. Tales formas de saber y tales aparatos de poder se encuentran entrelazados en una interdependencia que constituye a ambos» (Gordon 1980, pp. 238-239).

[58] Los «conjuntos prácticos» que trata de analizar Foucault se refieren en realidad a tres grandes ámbitos: las relaciones de dominio sobre las cosas, las relaciones de acción sobre los sujetos, y las relaciones del sujeto consigo mismo. Advierte el autor que no deben considerarse dominios extraños los unos respecto de los otros, pero sí constituyen tres ejes a considerar en su especificidad propia y en su interacción (Foucault 1984a, p. 1395).

[59] Dean (1996, p. 47).

conducta», como condicionamiento del comportamiento de sujetos considerados en sí mismos libres[60].

El liberalismo es presentado, así, como un problema esencialmente tecnológico en torno a la relación entre gobernantes y gobernados[61], un problema práctico sobre el modo de encauzar o afectar la conducta, de «configurar la vida» de otros y de uno mismo[62]. Gobernar es un problema de razón práctica. La tecnología no es un simple medio para realizar ciertos valores y fines humanos, sino que es el sustrato de la acción misma de gobernar[63]: permite la traducción de formas de saber en el ejercicio práctico del poder. El neologismo *gubernamentalidad* designa el modo de pensamiento sobre lo político desde este punto de vista pragmático, es decir, supone el «conjunto formado por las instituciones, procedimientos, análisis y reflexiones, los cálculos y las tácticas»[64] que sostienen tal enfoque técnico sobre las conductas, sea a través de la incidencia directa en los cuerpos o a través de la generación de marcos condicionantes de su acción.

En todo caso, la propuesta de Foucault comparte una línea de pensamiento precedente sobre la aplicación de la técnica no solo *por* el ser humano, sino además *sobre* el ser humano mismo. La mirada ambivalente de Heidegger sobre la técnica, pese

---

[60] La expresión es utilizada en un sentido laxo, para referirse al modo en que el ejercicio del poder público trasciende el marco epistémico de la soberanía, buscando su validación en realidades ajenas al propio soberano –por ejemplo, el mercado–. Pero también, en un sentido más circunscrito, para aludir al conjunto de prácticas de poder que a partir del siglo XVIII toman como objeto de gobierno a las poblaciones a partir de sus dinámicas intrínsecas, abordando una problemática de actuación distinta que la referida a los individuos. *Cfr.* Foucault (2004a, pp. 107-113). La noción foucaultiana de gobierno quiere marcar la distancia con la más difundida de «dominación». La idea de gobierno insiste en la libertad inherente de aquello que trata de gobernarse: la conducta de los sujetos. En cambio, la dominación presenta un escenario de poder más rígido, «donde el margen de maniobra de los sujetos del poder se encuentra por tanto mucho más restringido que en los juegos estratégicos entre libertades» (de Marinis Cúneo 1999, pp. 83-84). Aunque en los regímenes liberales existan situaciones de dominación, lo que los caracteriza es la articulación de prácticas de gobierno, la conformación de específicas formas de gubernamentalidad.

[61] Chignola (2018, p. 98).

[62] O'Malley (2005, p. xi). De este modo, la noción de gobierno guarda una estrecha relación con las de biopoder y biopolítica. Más bien, Foucault acaba prefiriendo el uso del campo semántico del gobierno y la gubernamentalidad, desplazando la insistencia en el poder sobre la vida, por cuestiones puramente metodológicas, no de perspectiva. Por otro lado, lo que Foucault denomina «tecnologías del yo» suponen el trabajo de moldeamiento que el sujeto ejerce sobre sí mismo, y es un aspecto al que el autor prestó creciente relevancia en el transcurso de su trabajo (Foucault 1988; 2008a, pp. 41-43). En realidad, como advirtiera ya Mumford (2010, pp. 19-21), el sentido clásico de la *tekné* se vincula con la capacidad del ser humano de «hacerse a sí mismo», con la aptitud humana de autotransformación.

[63] Dean (1996, p. 57).

[64] Miller y Rose (1990, p. 2).

a considerarla inescindible de la historicidad del ser, detectó en ella ciertos peligros. Identificó, en concreto, la amenaza de que las potencialidades del ser se vieran eclipsadas por la pura vocación pragmática que conlleva la tecnicidad, así como en la reducción de la realidad entera, incluido el ser humano, a la condición de mero «recurso»[65]. Simondon las denominará «técnicas de manipulación humana»[66]. Estas técnicas, advierte, consideran al hombre como «materia técnica», descomponiendo su unidad individual, «por medio de caracteres figurales, pluralizándolo y estudiándolo como ciudadano, como trabajador, como miembro de una comunidad familiar»; lo descomponen para manejar sus particularidades conductuales específicas[67].

La noción de tecnología de gobierno propuesta por Foucault reelaborará estos fenómenos, subrayando el problema técnico a que se enfrenta el liberalismo en el tratamiento de las conductas. El liberalismo discute la aplicación de técnicas puramente «extractivas» sobre el ser humano, lo que implicaría una regulación total de cuerpo y existencia[68]. En cuanto régimen de gobierno, el liberalismo asume que lo que pretende

---

[65] Esta inquietud cobra énfasis cuando Heidegger aborda postreramente la especificidad de la técnica moderna: esta emplaza al ser humano –le provoca– a un tipo de desocultamiento, inédito hasta entonces, que supone la extracción, la acumulación y la distribución de energía (Heidegger 1994, p. 18). Tal «estructura de emplazamiento» (*Ge-stell*) que porta la técnica moderna, versión heideggeriana del imperativo técnico, diagnostica en definitiva la reducción de todo ente a la instrumentalidad, relegando otras posibilidades de desocultamiento (Linares 2003, p. 35), es decir, de conocimiento y de creación, hasta devenir un mero «funcionario de la técnica» (Heidegger 1995b, p. 264). Pero, además, el propio ser humano «se encuentra expuesto, él mismo y sus cosas, al peligro creciente de convertirse en un mero material, en una mera función de la objetivación» (*ibidem*). Es decir, en este diagnóstico el ser humano, y más en concreto sus capacidades y energías, emergen como puro recurso, como objeto de «reserva permanente» bajo la orientación tecnológica (Dean 1996, pp. 60 y ss.). En todo caso, téngase en cuenta que, ya antes de la crítica de Heidegger, Ellul habló de «técnicas del hombre» para alumbrar las consecuencias de las aplicaciones técnicas sobre el ser humano, como un tercer tipo junto a los otros dos grandes sectores de la acción de la técnica «moderna»: la técnica económica y la técnica de la organización (Ellul 2003, pp. 27 y 321-430). La técnica del hombre tendría netamente una función de control social: «se disponen los medios técnicos de cualquier clase a fin de hacer tolerable para el hombre lo que no lo es; no ciertamente modificando alguna cosa, sino actuando sobre él» (*ibidem*, p. 323).

[66] Simondon (2013a, pp. 231 y ss.)

[67] Ramiro Rico impugnó este proyecto de subyugación: «el objeto propio de la actividad técnica es la materia extrahumana». La proyección de las técnicas sobre el ser humano, en términos semejables a la materia física (es decir, convertir la política en un plagio de la técnica) implica deshumanización. Es hacer del ser humano «mero trozo de materia semoviente de la que brota una cierta cantidad de energía mecánica» (Ramiro Rico 1980, p. 167).

[68] Dean (1996, p. 61). Para Ellul, el escándalo del nazismo consistió precisamente en haber aplicado impúdicamente las técnicas sobre los «hombres de a pie», sin disimular sus efectos aflictivos, erigiendo abiertamente técnicas de intervención sobre los cuerpos vivos (Ellul 2003, p. 390). Es decir, se revela un poder técnico que interviene empíricamente sobre los individuos en tanto cuerpos –sobre la «nuda vida», diría Agamben (2003)–, prescindiendo de cualquier envoltorio jurídico del sujeto que exija respetar su integridad. Esa tarea es, por cierto, la que Simondon atribuye al pensamiento social y político como limitación de las técnicas del hombre (Simondon 2013a, p. 232).

gobernarse se autogobierna en cierta medida, por lo que siempre ha de tenerse en cuenta «el orden auto-regulante de las cosas»[69]. Así, tanto las técnicas de tipo individual-disciplinario como las de carácter poblacional (biopolítico), contienen una vocación de cálculo y previsión buscando determinados efectos sobre las conductas[70], son necesariamente anticipatorias en tanto técnicas aplicadas sobre la vida humana.

Con esta mirada sobre la realidad del poder, Foucault nos invita a considerar aquellos «mecanismos aparentemente modestos y mundanos», pero que sin embargo hacen posible la acción de gobernar[71]. Es cierto que la noción foucaultiana de tecnología resulta quizá excesivamente laxa o indeterminada, pero es productiva a partir de su expresión en concretos *dispositivos* de gobierno. Como vimos, este es el concepto a través del que Foucault articula las relaciones de poder. Un dispositivo de gobierno no es sino el modo en que una forma de saber logra instrumentalizarse técnicamente, con el fin de gobernar un objeto determinado. En tanto amalgama de saberes y prácticas orientadas a un objeto de gobierno, el análisis de dispositivos resulta especialmente apto para observar las interacciones entre técnicas jurídicas, técnicas no jurídicas y objetos técnicos en específicas áreas de acción[72].

El análisis de la gubernamentalidad se apoya, en definitiva, en el diagnóstico de la difusión técnica por el espacio social, como advirtieron ya ciertas perspectivas teóricas durante el siglo XX. Así, en plena eclosión del *welfare state* y del fordismo industrial, Ellul diagnosticó cómo el crecimiento de las estructuras administrativas y la difusión de los enfoques gerenciales implicaba una creciente aplicación de la técnica a la vida social[73]. La propuesta teórica de Foucault no se circunscribe al poder público, y de hecho trata de relativizar el papel del Estado en el entramado de prácticas de poder[74]. Pero, si consideramos la actividad pública de gobierno, resulta plausible que el marco de la gubernamentalidad propone una aproximación al ejercicio del poder en términos

[69] O'Malley (2008, p. 55).

[70] De Marinis Cúneo (1999, p. 90).

[71] Miller y Rose (1990, p. 8).

[72] Un planteamiento que guarda ciertas similitudes con la noción de «conjuntos técnicos» como nivel de análisis propuesto por Simondon (2017, pp. 87-87).

[73] Ellul (2003, p. 15).

[74] En esta clave el Estado es «solo» el correlato de una forma de gobierno (Foucault 2004b, p. 7).

netamente administrativos[75]. La proliferación de técnicas en el ejercicio del poder público implica el crecimiento de estructuras administrativas tecnificadas adecuadas[76]. Como sintetiza Nieto, hablando desde la teoría de la Administración, la dominación tiende a disolverse en la técnica[77].

Gobernar significa, pues, adoptar decisiones prácticas técnicamente articuladas. Esta es también la premisa de los estudios sobre la «regulación» o el «gobierno regulador», que enfatiza la dimensión regulativa del derecho: su empleo con el fin de gestionar riesgos o influir en los comportamientos para la consecución de determinados fines predefinidos[78]. En esa dimensión funcional, el derecho se integra en «sistemas de control» basados en la configuración de estándares, en la gestión de información, y en rutinas de ejecución orientadas a la regulación de las conductas[79]. En todas estas lecturas el derecho se comprende en un plano esencialmente técnico, donde las regulaciones jurídicas se ven trenzadas con otras formas de tecnicidad orientadas a la regulación conductual. Conviene destacar que, como instrumentos de gobierno o regulación, las técnicas no son una herramienta o un apoyo para la realización práctica

[75] Sandro Chignola ha apuntado también recientemente esta interpretación, hablando del liberalismo como «la época en la cual los dispositivos de poder se desplazan en dirección de la administrativización» (Chignola 2018, p. 95).

[76] Ellul consideró ya la conversión del Estado en un «enorme organismo técnico» a consecuencia de su penetración por técnicas que comenzaban a desbordar los campos tradicionales de acción técnica pública. Levantó con ello acta de la proliferación de técnicas estatales de tipo industrial y comercial, aseguradoras y de banca, de organización (mecanismos de coordinación y de control), psicológicas (servicios de propaganda, de orientación profesional y psicotecnia), artísticas (en las que incluía las vinculadas a la radio, televisión y cine, pero también el urbanismo y el turismo «oficializado»), científicas, de planificación, biológicas (que refería al ámbito sanitario, pero también a la «asistencia social»), y sociológicas (relativas a la gestión de las multitudes y la opinión pública) (Ellul 2003, pp. 256-257). Diez años antes, Friedrich Jünger había abordado también la importancia de los aspectos organizativos dentro del «vocabulario del progreso técnico» (Jünger 2016, §4, p. 35).

[77] Nieto (2002, p. 732). No obstante, la perspectiva de Nieto incurre en un cierto exceso determinista, al insistir en la independencia conquistada por el factor técnico. Para el autor, de ser un elemento de la cultura, la técnica habría logrado romper ese marco cultural, adquiriendo la capacidad para fijar sus propios fines y, en último extremo, para marcar «la ruta a la civilización en que se inserta». Aun cuando resulta incuestionable que las técnicas han devenido esenciales en cualquier estructura organizativa, deben tenerse en cuenta las influencias de factores no técnicos –por ejemplo, de tipo axiológico– que tienden a problematizar el despliegue de lo estrictamente técnico. Como señalamos antes, ya desde *Técnica y civilización*, Mumford se esforzó en moderar la inclinación hacia el determinismo técnico, proponiendo una lectura compleja de los desarrollos técnicos de manera entrelazada con otros ingredientes culturales. Véase al respecto la introducción a la edición de Harbinger, de 1963, a aquella obra de 1934 (Mumford 1982, p. 17). Hemos apuntado también cómo Winner (2008) ha propuesto corregir los excesos del determinismo tecnológico invitando a leer relaciones de doble causalidad.

[78] Black (2001).

[79] Yeung (2018a, p. 558).

del derecho, sino que devienen reguladoras, expresando una normatividad propia. Para aludir a este fenómeno propondremos las nociones de «técnicas y tecnologías normativas», en las que se inscriben los usos del riesgo en las prácticas de gobierno.

De hecho, el riesgo se sitúa en el centro de estas líneas de análisis, como decisión en situaciones de incertidumbre, en la contingencia de una amenaza. Resulta explicable que el riesgo haya evolucionado como dispositivo en ámbitos dispares de gobierno, en la medida en que condensa el ingrediente anticipatorio de cualquier tecnicidad[80]. De hecho, la dimensión gubernamental del riesgo expresa la relativa independencia de las tecnologías con relación a los campos de acción en que es aplicada[81]. Se trata de aquella aptitud de las técnicas para fluir y materializarse en contextos de gobierno diversos, que Foucault apreciara ya en las disciplinas. Así, una determinada técnica posee una racionalidad en sí misma, pero ello no garantiza sin embargo efectos coherentes en distintos *programas* de acción. Por ejemplo, si atendemos a las implicaciones jurídicas del riesgo, es evidente que su forma de racionalidad se ve modulada de maneras distintas en función de los diferentes órdenes del derecho, con sus nociones de la culpabilidad y modos de atribución de la responsabilidad[82]. E, incluso en un contexto circunscrito, como el punitivo penal, puede

[80] De hecho, existe una curiosa conexión etimológica entre los vocablos *gobernar* y *riesgo*. Decíamos antes que parece probable que riesgo proceda de *risco* («peñasco escarpado»), antiguamente *riesco*, por el peligro que suponía este tipo de escollo para los navegantes. *Gobierno* –nos recuerdan François Ewald, Alessandro Fontana y Frédéric Gros, glosando a Foucault–es también una metáfora de navegación: *kubernetes* es la voz griega que designa la conducción y la dirección de una nave, que en latín es traducido como *gubernator* (Foucault 2001a, p. 256, nota 7). De hecho, en su presentación de la gubernamentalidad Foucault insiste en las equiparaciones entre el arte de la navegación y el gobierno político en la literatura griega clásica (*cfr.* Foucault 2004a, pp. 126 y ss.).

[81] Gordon (1980, pp. 252-253).

[82] Así, aunque desde un punto de vista jurídico el riesgo siempre funciona atribuyendo responsabilidades por hechos cometidos o potenciales, es evidente que esa atribución opera de manera distinta en el derecho punitivo, respecto a conductas antijurídicas de carácter público, y en el derecho privado, donde su operatividad más evidente se produce en el contexto de la responsabilidad extracontractual, desde el punto de vista resarcitorio (art. 1902 CC, en conexión con los arts. 1105 y 1106). La consideración del riesgo en este terreno ha estado en función de criterios esencialmente jurisprudenciales. Al margen de ciertos pronunciamientos judiciales que parecieron acoger de algún modo este criterio, para la jurisprudencia civil la mera creación de un riesgo no es una razón suficiente para imputar a un sujeto la responsabilidad por un daño causado. Sin embargo, esa responsabilidad sí ha venido afirmándose cuando el daño «derive de una actividad peligrosa que implique un riesgo considerablemente anormal» (Cavanillas Múgica 2012, p. 446). Muchos de estos supuestos, vinculados a los llamados «riesgos de desarrollo», exigen valorar si en el momento de creación del riesgo el estado del conocimiento científico y técnico permitía apreciar la existencia de dicho riesgo.

emplearse en el seno de estrategias también diversas, como han subrayado algunos estudios aplicados sobre la justicia actuarial[83].

Ello no debe llevarnos, repitámoslo, a reducir el análisis del riesgo a la condición de mera solución técnica de un problema. Toda medida técnica transforma el contexto y define el problema mismo. Hablando de prácticas punitivas, supone además una recodificación de la noción misma de sujeto, ya que el sujeto punitivo es en definitiva el producto de las técnicas de procesamiento de la conducta proyectadas sobre los individuos. En el caso del riesgo, apunta O'Malley, su forma característica de racionalidad altera siempre el *focus* y el *locus* del modo de gobernar[84]. Con relación al enfoque de los asuntos a gobernar, abordar algo como riesgo supone «identificar una condición futura como más o menos probable» y desplegar frente a ella estrategias de prevención, que pueden ser de minimización de daños o de distribución de costes o pérdidas. Lo relevante es que en esas decisiones siempre existen implicaciones de tipo político, ético y teorético. Y con relación al *locus* –dónde se ubican las responsabilidades de la acción de gobernar–, la perspectiva del riesgo es siempre autorreferente: asume la posibilidad de una seguridad tan solo relativa que, en realidad, hace aflorar nuevos riesgos, que reclaman a su vez nuevas técnicas de prevención y distribución. Las técnicas del riesgo excitan siempre una mayor perfección técnica preventiva, y las consiguientes estructuras de gobierno aptas para ello.

4.1.2 Objetos técnicos y tecnologías normativas

Según lo expuesto, el riesgo ha de entenderse como una técnica que, como tal, proyecta determinadas formas de saber sobre la realidad con el fin de hacerla disponible en ciertos sentidos. Pero la evolución de la gestión de riesgos revela, además, una progresiva tecnicidad basada en el procesamiento automatizado de datos, en especial de tipo algorítmico. Es decir, los problemas de valoración y prevención de riesgos, en diversas áreas de gobierno, se han confiado crecientemente a las capacidades aumentadas de computación basadas en específicos sistemas de *software*. Estos

[83] Hannah-Moffat (2005), O'Malley (2010). Estos estudios apuntan precisamente algunas críticas frente a las lecturas excesivamente unilineales de la «justicia actuarial» en torno a los usos punitivos del riesgo.

[84] O'Malley (2005, p. xii).

mecanismos ofrecen posibilidades de procesamiento de información y, por lo tanto, de análisis de factores de riesgo, muy superiores a los que están al alcance de cualquier operador humano. El resultado es que la toma de decisiones se está viendo confiada a cálculos total o parcialmente automatizados, donde la intervención del operador humano se ve desplazada o constreñida. Estas rutinas de cálculo y decisión, ampliamente difundidas en el sector privado, se están incorporando a la toma de decisiones públicas, también en materia securitaria. De hecho, los dos espacios de actuación policial que subrayamos en este trabajo (§7.1.3) revelan la incorporación de técnicas algorítmicas para la gestión de riesgos, proyectadas sobre el sujeto para la toma de decisiones ante sus eventuales conductas.

Los problemas jurídicos involucrados en el uso de técnicas algorítmicas serán abordados después. Nos ocupará ahora aclarar el tipo de tecnicidad involucrada en la implementación de esta clase de recursos, en conexión con las reflexiones generales que acabamos de ofrecer. Lo cual implica, en primer lugar, distinguir entre las nociones de *técnica* y de *tecnología*, que hasta ahora hemos utilizado de manera amplia. De hecho, en la literatura sobre la gubernamentalidad ambos conceptos parecen usarse como equivalentes en las expresiones *técnicas* o *tecnologías* de gobierno[85]. Sin embargo, discriminar entre ambas nociones resulta útil para comprender las formas en que la tecnicidad se manifiesta según su materialización.

Siguiendo a Hildebrandt, hablamos de tecnologías para aludir a los *instrumentos* técnicos dotados de un componente material, mientras las técnicas identifican los *métodos* (inmateriales) usados para alcanzar un determinado fin. De este modo, «las técnicas a menudo implicarán tecnologías, mientras las tecnologías asumen técnicas consolidadas para manejarlas»[86]. Por ejemplo, si acudimos a nociones habituales en la literatura sobre la gubernamentalidad, las disciplinas –como saber aplicado para la normalización de la conducta del individuo– supone una panoplia de técnicas conductuales (hablamos así de técnicas disciplinarias, como el examen o la

[85] Dean rechaza expresamente oponer técnica y tecnología, con el fin de evitar el cliché de oponer tradición y modernidad (tras la idea de que la tecnología suele comprenderse como la manifestación «moderna» de la tecnicidad (Dean 1996, p. 59). Winner parece incurrir en esa oposición al proponer una idea de tecnología como «todo artificio moderno» (Winner 2008, p. 59).

[86] Hildebrandt (2015, p. 160).

confesión [87]). Sin embargo, las técnicas disciplinarias pueden materializarse en tecnologías concretas dentro de las cuales dichas técnicas circulan (por ejemplo, un edificio de arquitectura panóptica). Ahora bien, la materialidad de las tecnologías, su corporeidad, puede variar sustancialmente. Un algoritmo, por ejemplo, expresión de una técnica de matemática aplicada, puede materializarse de formas diversas, no necesariamente objetuales: así, puede ser plasmado mediante su escritura impresa, siendo ejecutado a través de la intelección directa de un agente humano, quizá con el apoyo de ciertos instrumentos de cálculo. Sin embargo, el algoritmo puede ser encapsulado en un objeto técnico mediante su traducción a código informático (en cualquiera de los lenguajes disponibles), siendo ejecutado entonces de forma automatizada por un *hardware* complejo, traducido a impulsos binarios que arrojarán de vuelta el resultado de la computación.

En esas dos implementaciones es perceptible la diferencia entre una técnica, como método, y una tecnología, como materialización «objetual» de la técnica en cuestión. Tal distinción es relevante para abordar la incorporación de los algoritmos a la realidad jurídica, que puede producirse como técnica matemática juridificada, o como una auténtica tecnología, lo que implica la inclusión de un objeto técnico en la funcionalidad del derecho. En el primer sentido (meramente técnico), un algoritmo sencillo puede aparecer incorporado a un texto jurídico como elemento reglado de una norma, para cuantificar un determinado concepto normativo [88] . Este tipo de incorporación no es infrecuente en la legislación positiva, por ejemplo, de carácter ambiental[89] o urbanístico[90], y supone la incrustación de expresiones de matemática

[87] Sendas exposiciones del examen y la confesión como prácticas disciplinarias, es decir, como técnicas conductuales, pueden encontrarse en Foucault (2005a, pp. 189-198; 2012c). En el primer caso, el examen es presentado como ritual de poder característico de las prácticas médicas y educativas contemporáneas; en el segundo, la confesión se analiza como forma de veridicción (ficción de la razón) que, una vez secularizada, impregna las prácticas jurídicas estatales.

[88] Por «algoritmo» se entiende un «conjunto de instrucciones finito y organizado, que trata de proporcionar una solución estable a un problema, y que debe satisfacer ciertas condiciones», como: su aptitud para ser expresado en un cierto lenguaje, su alimentación mediante ciertos datos de entrada, su ejecución paso a paso y la predeterminación de cada uno de esos pasos por la realización del anterior y la especificación clara de la salida a obtener (Chabert *et al.* 1999, p. 455). Adviértase que en esta definición no solo pueden subsumirse instrucciones de carácter matemático, a las que suele circunscribirse el uso corriente del concepto, sino cualquier otro tipo de operaciones que puedan cumplir las exigencias descritas. Así, por ejemplo, un procedimiento administrativo podría considerase un algoritmo de carácter jurídico.

[89] Cabe citar en este sentido el apartado 9.1. b).iii) del Anejo I del RDLeg 1/2016, de 16 de diciembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de prevención y control integrados de la

aplicada en el texto jurídico. Ello induce un incremento de la complejidad técnica del derecho, pero no su realización tecnológica, al menos en tanto esos cálculos no sean embebidos en objetos técnicos *separados* del texto normativo y de su aplicador humano.

---

contaminación, que contiene los criterios para concretar el valor umbral de las actividades desarrolladas en instalaciones para la producción exclusiva de materias primas animales y vegetales en industrias agroalimentarias. Dicho valor determinará la aplicación de la norma a tales tipos de actividades, cuando la capacidad de producción de productos acabados en toneladas por día sea superior a:

— 75 si A es igual o superior a 10, o

— [300 – (22,5 x A)] en cualquier otro caso,

donde «A» es la porción de materia animal (en porcentaje de peso) de la capacidad de producción de productos acabados. [...]

Las normas de protección ambiental contra el ruido proporcionan también ejemplos de este tipo de incorporación de algoritmos simples. Así, el art. 7.2 de la Ordenanza de protección del medio ambiente contra la emisión de ruidos y vibraciones en la Ciudad de Logroño, estipula que, «En la elevación de los niveles sonoros ambientales, se empleará el índice de ruido día-tarde-noche L_{den}, expresado en decibelios y determinado mediante la expresión siguiente:

$$L_{den} = 10 \lg \frac{1}{24}\left(11 * 10^{\frac{Ld}{10}} + 3 * 10^{\frac{Le+5}{10}} + 10 * 10^{\frac{Ln+10}{10}}\right)$$

Donde:

— L_d es el nivel sonoro medio a largo plazo ponderado A_1 definido en la norma ISO 1996-2 de 1987, determinado a lo largo de todos los periodos de día de un año.

— L_e es el nivel sonoro medio a largo plazo ponderado A_1 definido en la norma ISO 1996-2 de 1987, determinado a lo largo de todos los periodos de tarde de un año.

— L_n es el nivel sonoro medio a largo plazo ponderado A_1 definido en la norma ISO 1996-2 de 1987, determinado a lo largo de todos los periodos de noche de un año.

— Al día le corresponden 11 horas, a la tarde 3 horas y a la noche 10 horas.

— Los valores horarios de comienzo y fin de los distintos periodos temporales de evaluación son: periodo día de 8.00 a 19.00; periodo tarde de 19.00 a 22.00 y peeriodo noche de 22.00 a 8.00, hora local.

— Un año corresponde al año considerado para la emisión del sonido y a un año medio por lo que se refiere a las circunstancias meteorológicas.

Para la evaluación de los niveles de ruido en determinados periodos temporales y para promedios a largo plazo se seguirán las normas de referencia ISO 1996-1:2003 e ISO 1996-2:1987 o normas que las sustituyan.

[90] Así, el art. 21 del RD 1492/2011, de 24 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de valoraciones de la Ley del Suelo, determina la edificabilidad media del ámbito espacial homogéneo mediante la aplicación de la expresión:

$$\text{EM} = \frac{\Sigma \frac{Ei \cdot Si \cdot VRSi}{VRSr}}{SA - SD}$$

La valoración de la edificabilidad como ejemplo en este sentido ha sido tomada de la intervención de Juli Ponce Solé, «Los retos de la implantación de la inteligencia artificial en la Administración Pública: perspectiva jurídica», en la Jornada del Curso de especialización en derecho administrativo e inteligencia artificial de la Universidad de Castilla-La Mancha, celebrada el 16 de octubre de 2020.

El tránsito hacia esta segunda modalidad, por ejemplo, a través de la codificación del algoritmo en un *software* informático diseñado al efecto, tiene implicaciones jurídicas relevantes. En primer lugar, porque significa la emergencia de una forma de agencia distinta de la estrictamente humana. La aplicación de la norma se traslada en parte a un agente (tecnológico) distinto del actor humano, quien hasta ahora era el responsable único de aplicar las operaciones pertinentes, jurídicas o matemáticas. De hecho, esta emergencia obliga considerar la disociación de las ideas de «agencia» y de «voluntad», nociones unidas tradicionalmente bajo el paraguas del sujeto como agente humano decisor[91]. En segundo lugar, la implementación tecnológica de las operaciones algorítmicas permite un incremento drástico de su complejidad vinculada a nuevas potencias de computación. Esta capacidad de cálculo «aumentada»[92] está asociada a menudo a técnicas de matemática aplicada que resultan procesables maquínicamente, pero que son ininteligibles para el observador humano. Lo cual, en definitiva, proyecta potencialmente el problema de la opacidad sobre el sistema de fuentes del derecho. En tercer lugar, la codificación tecnológica de un algoritmo, incluso sencillo, supone una labor de traducción a un cierto lenguaje interpretable por el objeto técnico. Esta traducción desliza el interrogante sobre la fidelidad de la sintaxis resultante respecto a la expresión algorítmica inicial. Y, por último, en cuarto lugar, la realización tecnológica de una norma supone de suyo un encapsulamiento objetual que puede suponer una barrera de acceso a la expresión de la norma misma. Puede abocar, en términos jurídicos, a un problema de publicidad. En definitiva, la incorporación jurídica de técnicas ajenas y la realización tecnológica de la norma jurídica son cuestiones relacionadas, pero con implicaciones diversas.

Nótese que, en esta mirada, la noción de tecnología no depende de la «modernidad» o «cientificidad» de la aplicación, sino del modo en que la técnica se proyecta sobre la realidad[93]. Pese a que esta opción diverge de la propia etimología del

[91] Hildebrandt (2015, pp. 22 y ss.).

[92] Sadin (2017).

[93] Nos apartamos por lo tanto del criterio ofrecido por el *Diccionario filosófico* dirigido por Pelayo García Sierra, según el cual los dos términos se distinguen según su posición respecto a las ciencias en el marco de la teoría del cierre categorial. Conforme a esta acepción, las técnicas se sitúan en un momento anterior a la constitución de una ciencia, mientras «las tecnologías suponen una ciencia en marcha, y abren el camino a nuevos desarrollos» (véase, la entrada [177] Técnica/Tecnología, disponible en http://www.filosofia.org/filomat/df177.htm).

término, insistir en la materialidad de las tecnologías permite detener la mirada en el «objeto técnico» como expresión crucial de la realidad tecnológica. Como advirtiera Winner, es en su expresión materializada en objetos técnicos como la técnica revela con más intensidad su carácter político, hasta el punto de considerar que, en realidad, debemos asumir que «nuestros instrumentos son instituciones en desarrollo»[94].

El motivo de esta «institucionalidad» fue explicado por Simondon, a quien debemos una filosofía del objeto técnico ya desde mediados del siglo pasado. Los objetos técnicos implican una inmersión estable de la técnica en el universo social, suponen la existencia de las técnicas como «objetos separados» de sus productores y de sus operadores. Ese hecho determina que los objetos técnicos generen una «plusvalía funcional», es decir, que produzcan efectos que desbordan los problemas concretos a los que pretendían dar respuesta[95]. La expresión objetual de las técnicas supone que entre tales objetos y los operadores humanos se entablen «relaciones de acoplamiento»[96], que deben entenderse con todas sus consecuencias como auténticas formas de relación social. Tal es la tesis radical de Simondon en torno al objeto técnico, que es entendido con un verdadero «individuo» u «organismo» con sus propios rastros genealógicos, sus lógicas internas y sus efectos normativos.

Siguiendo ese rastro, Stiegler ha indagado en el objeto técnico como soporte de memoria externalizada, como prótesis que retiene la experiencia humana en el tiempo[97]. No en vano, había dicho Simondon de la máquina que esta es siempre «un gesto humano depositado, fijado, convertido en estereotipa y en poder de recomenzar»[98]. Estas perspectivas permiten aprehender implicaciones actuales de los sistemas de decisión algorítmica, mucho más allá de su estricta dimensión técnica.

---

[94] Winner (2008, pp. 55 y 101).

[95] Simondon (2013b, pp. 195-196). Para Simondon la tecnología parece también implicar siempre una dimensión corpórea de las técnicas que no implica cientificidad ni modernidad. «La tecnología ya está presente en la invención de una 'máquina simple'».

[96] Simondon (2013a, pp. 137 y ss.).

[97] Stiegler (2002). En concreto, añade esta particularidad del objeto técnico a los dos tipos de memoria propios de la vida orgánica: una genética, que se transmite entre generaciones, y otra epigenética, que desaparece tras la muerte del individuo que la soportaba. La técnica objetualizada implica un tercer tipo de memoria «capaz de solidificar la experiencia individual y de programar, sobre bases no genéticas, la experiencia futura» (Sei 2004, p. 345).

[98] Simondon (2013a, p. 155).

Esta concepción del objeto técnico como depositario de un gesto humano separado, y soporte de memoria humana externalizada, alumbra el carácter normativo de la tecnología. La estereotipia técnica y el tipo de relación que instituye es fuente de normatividad: la incorporación de un objeto técnico en el universo social dicta una cierta disposición de su entorno e interacciona con otras formas de normación social. La expresión del derecho como norma jurídica positiva es también indisociable de cierto soporte físico que implica algún tipo de operación técnica: el texto legal difundido como copias idénticas gracias a la imprenta jugó un papel determinante al respecto, del mismo modo que hoy lo juega su reproducción digital[99]. Pero la perspectiva normativa de la tecnología advierte de que también los objetos técnicos operan regulaciones en forma de condicionamientos de la conducta, que revelan en sí mismos una normatividad propia. Toda tecnología es, en cierta medida, normativa. Amén de su tecnicidad inherente, o en realidad inmediatamente aparejada a ella, «involucra también un aspecto normativo, un aspecto de integración a la cultura, un aspecto bastante cercano en suma al de la estética, y quizá al de la moral»[100]. La introducción de un objeto técnico dicta ciertas condiciones en la configuración de su medio y de los operadores humanos que han de acoplar a ellos su actividad[101].

Pero, aún más allá de esa dimensión normativa de lo tecnológico como emanación de su tecnicidad cosificada, ciertos objetos técnicos han devenido elementos *directa* o *intencionalmente* reguladores. La capacidad reguladora del objeto técnico trae causa de su inserción peculiar en un espacio social: son objetos en sí mismos normativos, artefactos ideados para desplegar funciones de gobierno sobre las conductas. Es lo que Lessig, en sus observaciones en torno a la normatividad del ciberespacio, llamó regulación mediante la «arquitectura» o mediante «el diseño» del

[99] Hildebrandt (2008b, pp. 185 y ss.; 2015, pp. 174 y ss.).

[100] Simondon (2017, p. 385).

[101] Basta pensar, al respecto, el análisis que Marx ofrece sobre el impacto del maquinismo en la producción de mercancías respecto a las formas de producción manufacturera, tanto desde el punto de vista de sus repercusiones en el valor de cambio –por su influencia drástica en el tiempo de trabajo invertido en cada mercancía (Marx 1976, Tomo I, pp. 61 y ss.)–, como en las dinámicas del conflicto entre trabajo y capital: «La lucha entre el capitalista y el obrero asalariado se inicia con la propia relación capitalista, y se prolonga durante el período de la manufactura. Sin embargo, a partir de la introducción de la maquinaria es cuando el obrero combate incluso el medio de trabajo, el modo de existencia material del capital» (Marx 1976, Tomo II, p. 153). El motivo es que el objeto maquinal aplicado a la producción impone una nueva configuración del espacio, del tiempo, de los ritmos de trabajo, y de la extracción de plusvalía.

objeto técnico mismo. Identificó con ello el devenir regulador del «código», esto es, el uso regulativo de la configuración técnica del objeto[102]. Como advierte el propio autor, no hablamos aquí de la tecnología como soporte que facilita la aplicación del derecho en su sentido clásico, sino de la tecnología en sí misma como instancia reguladora consciente[103], que entra por lo tanto en relación directa –e inevitablemente tensionada– con el ordenamiento jurídico. Puede hablarse en este sentido de una *normatividad tecnológica* que comparte el espacio social con la normatividad legal[104], o de *tecnologías normativas*[105].

Estas propuestas conceptuales apuntan algunos rasgos relevantes para comprender la operatividad del «código como ley». Por un lado, las tecnologías normativas pueden variar en su carácter prescriptivo, siendo a veces propiamente regulativas –«enunciando» la conducta apropiada en un determinado contexto–, y otras sin embargo directamente constitutivas –imponiendo la conducta exigida al destinatario–[106]. Mientras en el primer caso la funcionalidad normativa de la tecnología puede asemejarse a la jurídica (prescribiendo un «deber ser»), en el segundo interviene imponiendo una determinada configuración fáctica (operando directamente sobre el «ser»). Se trata este de un aspecto relevante de las tecnologías normativas constitutivas: no solo prescriben una conducta, sino que la imponen en el plano fáctico, reduciendo de forma extrema la posibilidad de desviación respecto a la norma[107].

Por otro lado, desde el punto de vista de su relación concreta con el derecho, podemos observar que las tecnologías normativas pueden ocupar una posición exterior o interior a la regulación jurídica. Trazar esta distinción es relevante al menos para el

[102] Lessig (2009).

[103] *Ibidem*, pp. 133 y ss.

[104] Hildebrandt (2008b, pp. 176 y ss.).

[105] Koops (2007, p. 2).

[106] Hildebrandt utiliza el ejemplo de un vehículo automático para trazar esa distinción: si, detectado cansancio en el conductor, el vehículo le advierte de la conveniencia de detenerse, estaría expresando una normatividad de tipo regulativo; en cambio, si en esa misma situación el vehículo se detiene de forma automática y forzosa, hablaríamos de una normatividad constitutiva.

[107] Pensemos, por ejemplo, en un sistema de registro electrónico público, que impida la presentación de una solicitud si el documento no reúne determinadas exigencias formales o si no se adjunta cierta documentación adicional. Lo que en un registro clásico «en papel» sería una solicitud registrada pero defectuosa, susceptible por lo tanto de subsanación (art. 68 LPAC), se convierte ahora en una verdadera imposibilidad fáctica de registro de la solicitud. La normatividad que emana de la tecnicidad del objeto (la configuración de su código fuente) entra en conflicto en este caso con el trámite de subsanación previsto por la norma sobre procedimiento.

derecho público, ya que cada una de esas posiciones desliza sus propios retos para la imbricación entre lo jurídico y lo tecnológico. Las tecnologías ocupan una posición exterior cuando son *objeto* de regulación por el derecho. Este fenómeno cuenta con una larga trayectoria en el derecho público y no atañe solo a las tecnologías normativas, sino en realidad a cualquier objeto técnico. Se trata de la cuestión de la regulación *de* la tecnología, que se produce a través de una variedad de productos jurídicos procedentes en ocasiones de regulaciones públicas imperativas, pero, más a menudo, de diversas formas de autoadministración y autorregulación por parte de sujetos privados operadores en los diversos sectores tecnológicos[108]. El producto jurídico característico de este campo regulativo es la norma técnica, especie de regla de conducta de contenido técnico procedente de una normación autorregulada. Sin ostentar el carácter de norma jurídica, la norma técnica acaba adquiriendo significado jurídico-normativo por algún tipo de remisión legal[109].

En cambio, los objetos técnicos ocupan una posición interior al propio ordenamiento jurídico cuando devienen elementos integrantes de ciertas regulaciones públicas. Se trata ahora de la regulación *a través de* los objetos técnicos que, en este caso, exhiben necesariamente el carácter de tecnologías normativas. Este fenómeno no nos enfrenta ya con la coyuntura de cómo regular la complejidad tecnológica, sino de cómo articular el encaje de la tecnología dentro del sistema mismo de fuentes del derecho.

En realidad, todavía hemos de trazar una distinción adicional dentro de esta realización objetual del fenómeno jurídico. Existen, por un lado, los casos en que los objetos técnicos son concebidos como apoyo o suplemento para la aplicación del derecho, insertados en el plano jurídico mayormente como elementos para la ejecución

[108] Más allá de las normas jurídicas imperativas ortodoxas, la regulación de las tecnologías está atravesada por la participación de sujetos privados expertos en las distintas áreas de actuación, portadores del saber técnico del que la Administración carece a menudo, dando lugar así al fenómeno de la autorregulación. La atribución de relevancia jurídica a la actividad normativa de esos operadores privados puede producirse de distintas formas. Con Tarrés Vives (2003, 169 y ss.) podemos hablar de «autoadministración» para aludir a las regulaciones públicas que toman en consideración elementos autorreguladores privados; de «autorregulación regulada» para designar los supuestos en los que el poder público fija el marco en el que se ha de desenvolverse la autorregulación, pero sin que se produzca ningún traslado de funciones públicas; y de «autorregulación privada» (o autorregulación en sentido estricto) para identificar los supuestos en los que dicha actuación normativa técnica se produce al margen de cualquier marco jurídico específico.

[109] Tarrés Vives (2003, pp. 232 y ss.).

de las normas jurídicas ortodoxas, aunque en esa aplicación acaben moldeando en parte el propio sentido de tales normas. Este tipo de usos no suponen una novedad en tanto fenómeno, sino más bien en cuanto a sus desarrollos tecnológicos sucesivos. Pensemos, por ejemplo, en un registro administrativo (antes en papel, hoy digital), como tecnología indispensable para la realización práctica del procedimiento administrativo[110]; o en la incorporación de la cámara Gesell en la praxis judicial, tecnología que da respuesta a ciertas previsiones de la legislación procesal penal dirigidas a la protección de la víctima al ofrecer testimonio[111]. La normatividad propia de estas tecnologías (los condicionantes derivados de su configuración técnica) influyen en la aplicación de la norma jurídica, pero no determinan directamente la decisión jurídica, o al menos no lo hacen en su sentido sustantivo[112].

Pero, por otro lado, y este es el fenómeno tecnológico que nos interesa, existen objetos técnicos que se insertan como decisores jurídicos. Aquí su normatividad no influye solo en aspectos colaterales de la aplicación del derecho, sino que su arquitectura determina el sentido mismo de la decisión jurídica en un plano sustantivo[113]. Aquí *el código es la ley* en un sentido fuerte y literal.

---

[110] En general, la llamada «Administración electrónica» es un evidente campo de proliferación de objetos técnicos para la aplicación de la norma jurídica. El incremento de complejidad técnica de los registros y archivos administrativos, en su devenir digital, ha implicado una creciente atención regulativa y una paralela complejidad jurídica. La realidad de los registros y archivos electrónicos como tecnologías procedimentales administrativas ha supuesto la inserción de múltiples conceptos técnicos digitales en las normas reguladoras de los procedimientos administrativos (véanse, entre otros muchos, los arts. 9 a 12, 16 y 17 LPAC, o sus precedentes en los arts. 14 a 20, 24 y 25 de la derogada LAE).

[111] El art. 448 LECrim contempla, en su párrafo tercero, que la declaración de los testigos menores de edad y de personas con capacidad judicialmente modificada pueda «llevarse a cabo evitando la confrontación visual de los mismos con el inculpado, utilizando para ello cualquier medio técnico que haga posible la práctica de esta prueba». Paralelamente, el art. 707 de la misma norma admite el uso de «cualquier medio técnico» y de «tecnologías de la comunicación» para evitar los perjuicios que pueden derivar del contacto visual con la persona inculpada para testigos menores de edad o con discapacidad necesitados de especial protección. Regulaciones que proceden de las previsiones de la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito.

[112] No obstante, las restricciones formales impuestas por la configuración de un objeto técnico de este tipo pueden ser de gran trascendencia. Así, las condiciones técnicas de un registro electrónico pueden determinar la aceptabilidad o no de un documento presentado por un particular desde un punto de vista formal (según el soporte tecnológico del documento, o la funcionalidad de los medios de identificación electrónica del interesado). No obstante, el objeto técnico no enuncia en este caso ningún juicio sobre su contenido ni sobre su significado procesal, que se mantiene en el operador humano aplicador de la norma jurídica convencional. Del mismo modo, las condiciones técnicas de una cámara Gesell pueden influir en el desarrollo de una declaración testifical y su reproducibilidad posterior, pero no influyen en sí mismas en la valoración de la prueba en un sentido jurídico-procesal ni en el fallo judicial.

[113] Por ejemplo, en la actuación jurídico-administrativa esta posibilidad está admitida expresamente en el art. 41 LRJSP («actuación administrativa automatizada»).

En el caso de las tecnologías normativas interiores al derecho no desaparecen los problemas de la regulación de la tecnología como realidad exterior. Sin embargo, estos problemas se ven resignificados y desbordan muchas de las soluciones jurídicas disponibles para la relación entre el derecho y la tecnología, muy especialmente en el supuesto de las tecnologías normativas de decisión jurídica. Así, por ejemplo, la opacidad de ciertos algoritmos de ML es un problema para la regulación jurídica de los algoritmos de uso privado –por ejemplo, como mecanismo de recomendación comercial en una red social digital–. Un problema que, sin embargo, puede abordarse al menos en parte a través de algún tipo de normación técnica autorregulativa o de regulación imperativa «tecnificada». Sin embargo, esa opacidad se convierte en un problema de transparencia, publicidad, motivación o incluso de proceso debido, cuando el algoritmo es utilizado como soporte de decisiones jurídico-públicas –en realidad, en estos casos la propia consideración jurídica del algoritmo es un problema de partida–.

Este es, en definitiva, la clase de brete que suscitan las tecnologías actuariales en el derecho punitivo. Las respuestas jurídicas ante este fenómeno están todavía en ciernes y exhiben una pluralidad que transita desde las habilitaciones legales con una determinación (más o menos intensa) de las exigencias técnicas de la tecnología normativa, pasando por meras habilitaciones legales sin predeterminación de criterios técnicos, hasta utilizaciones de facto de tecnologías sin existencia de habilitaciones normativas expresas[114].

[114] La mayor parte de las habilitaciones legales existentes apenas predeterminan las condiciones de las tecnologías a emplear dentro del ámbito jurídico público, al menos en las empleadas para la toma de decisiones. Por ejemplo, el ya mencionado art. 41 LRJSP («Actuación administrativa automatizada») habilita el uso de tecnologías decisionales para el dictado de actos administrativos –potencialmente tanto de trámite como definitivos–, limitándose a enunciar en su apartado segundo algunas exigencias muy genéricas: la predeterminación de los órganos competentes para la definición de las especificaciones, programación, mantenimiento, supervisión, control de calidad y auditoría del sistema de información y de su código fuente, así como órgano competente a efectos de impugnación. Así pues, más que determinaciones técnicas se impone la obligación de una atribución expresa de responsabilidades sobre el objeto técnico. La LPAC y la LRJSP sí son más ricas en detalles técnicos respecto a las tecnologías de aplicación legal (sistemas de identificación y firma, y condiciones de los registros y archivos electrónicos), cuestiones que además han de ser completadas con normativa específica, esta sí detallada en condicionamientos tecnológicos: la regulación de la firma electrónica (Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica), el Esquema de Interoperabilidad en el ámbito de la Administración Pública (Real Decreto 4/2010, de 8 de enero), y el Esquema Nacional de Seguridad en el ámbito de la Administración Electrónica (Real Decreto 3/2010, de 8 de enero), entre otros instrumentos. Otros ejemplos de la débil predeterminación jurídica de las tecnologías normativas de decisión jurídica son los objetos técnicos actuariales abordados en §7.1.3.

Las variantes de las tecnologías normativas señaladas, que revelan sus particularidades jurídicas, pueden esquematizarse del siguiente modo:

CUADRO 1. Clasificación de las tecnologías normativas

(Concepto: uso consciente del diseño tecnológico para el condicionamiento directo de las conductas)

<table>
<tr><th colspan="2">Efectos normativos*</th><th>Posición respecto al derecho</th><th>Funcionalidad</th><th>Respuestas jurídicas</th></tr>
<tr><td rowspan="3">Regulativos</td><td rowspan="3">Constitutivos</td><td>Exterior
(la tecnología como objeto de regulación jurídica)</td><td>La que se le atribuya en el ámbito en el que se inserte
(Ej.: algoritmo de un sistema de recomendación comercial)</td><td>Regulaciones imperativas (hard law)
Regulaciones no imperativas (soft law)
Normas técnicas (autoadministración o autorregulación)</td></tr>
<tr><td rowspan="2">Interior
(la tecnología como fuente de regulación jurídica)</td><td>De aplicación jurídica
(Ej.: registro administrativo electrónico; cámara Gesell)</td><td rowspan="2">Regulación de estándares técnicos
Mera habilitación legal
Utilización de facto</td></tr>
<tr><td>De decisión jurídica
(Ej.: decisión administrativa automatizada)</td></tr>
</table>

* La distinción entre tecnologías regulativas y constitutivas responde al criterio de Hildebrandt (2008b)

Como apuntábamos, estudiar las implicaciones de las tecnologías normativas requiere atender al objeto técnico en su singularidad. En este sentido, el modo en que Simondon desgrana la especificidad de los objetos técnicos puede comprenderse como un programa para la consideración de su naturaleza normativa. No es casual que su obra haya cobrado nuevo protagonismo al albur de los estudios sobre la regulación algorítmica: la consideración filosófica, social y jurídica de los algoritmos ha resucitado el interés por el objeto técnico como cuestión de análisis en sí misma[115]. Se está produciendo de este modo una traslación del análisis del objeto técnico a la realidad digital. Si bien Simondon se dedicó al estudio del objeto técnico analógico y,

[115] Hill (2016, p. 37).

esencialmente, a la máquina como objeto «corpóreo»[116], la consideración de los *objetos digitales*[117] u *objetos algorítmicos*, toma como marco de referencia ineludible el trabajo previo de aquel. No obstante, conviene advertir a su vez que las tecnologías normativas no son un fenómeno exclusivo de los entornos digitales, sino que operan también ampliamente en el mundo analógico, o en interrelaciones entre ambas realidades[118].

Nuestro interés en Simondon reside en la comprensión normativa del objeto técnico que habilita. Dos aspectos centrales de su análisis resultan de interés para considerar los sistemas de decisión algorítmica como modalidad de objeto técnico normativo. Sin duda, la principal aportación de Simondon es la de concebir al objeto técnico en su singularidad como un ser «concretizado»: esto es, como una entidad fruto de un devenir propio en su forma y funcionalidad, a través de dinámicas de resonancia interna entre sus elementos. El objeto deviene «individuo técnico» a través del afinamiento funcional de sus componentes[119], de manera que no es ya una mera reunión

[116] Para Simondon el «logos» de la tecnología es el encadenamiento de operaciones (físicas) entre las distintas herramientas que componen el objeto técnico, actuando unas sobre otras (Simondon 2017, p. 131). Ese encadenamiento es en realidad característico de la máquina, que no en vano se define en su segunda acepción por el DRAE como un «conjunto de aparatos para recibir cierta forma de energía y transformarla en otra más adecuada, o para producir un efecto determinado». Ahora bien, como aclara el propio autor, si bien «la máquina es un objeto técnico», «no es el único objeto técnico; es solamente uno de los ejemplos más claros que se puede dar» (*ibidem*, p. 361).

[117] Hui (2012 y 2016).

[118] Yeung propone una clasificación de las formas de regulación a través de la arquitectura en función del objeto (o incluso el sujeto) donde el diseño está incorporado (Yeung 2008, pp. 81-85). Tales formas pueden existir en el mundo analógico o digital, *offline* u *online*. Distingue así entre: diseño de lugares y espacios, como en la denominada prevención «situacional» de la desviación, donde la configuración del espacio urbano pretende minimizar la comisión de conductas indeseadas; diseño de productos y procesos, con lo que alude a cualquier caso en que el diseño de un bien de consumo se configura de tal modo que exija o incentive ciertos comportamientos y no otros; e incluso diseño de organismos biológicos (como en los casos de manipulación genética). Suma a estos tres tipos lo que denomina «tecnologías de filtrado», que solo se adapta parcialmente a las categorías mencionadas, y a las que prestaremos atención *infra*.

[119] La concretización es la forma de individuación propia de los objetos técnicos. En general, la teoría de la individuación de Simondon describe el ser en su devenir, que implica la concreción de las potencialidades que preexisten a la realidad individual, así como la posibilidad posterior de que el individuo se desfase consigo mismo, dando lugar a nuevas individuaciones. Cualquier individuo no se define por la forma que presenta su materia, sino por el proceso a través del cual dicha materia ha adquirido cierta forma en un determinado medio (Simondon 2015). Como advierte Hui (2016, pp. 54-55), la idea de individuación alude a la resolución de las tensiones internas que conducen a un cierto equilibrio, a través de una determinada reestructuración de las relaciones entre los elementos que componen un organismo. No es sinónimo, por lo tanto, de individualización. El objeto técnico, resultante de un proceso de concretización, «adquiere una autonomía que le permite regular su sistema de causas y efectos y operar una relación exitosa con el mundo natural» (Rodríguez 2013, p. 12). Por eso, el objeto técnico solo puede comprenderse en el devenir que es su progresiva concretización, el afinamiento funcional de sus distintos elementos: «el objeto técnico es aquello que no es anterior a su devenir, sino que está presente en cada etapa de ese devenir; el objeto técnico uno es unidad de devenir» (Simondon

de estos, sino un mecanismo que opera en su interior una «causalidad recurrente» [120] que trata de responder a la necesidad interna que dicta su funcionamiento, frente a las condiciones del medio en que se inserta[121].

Esa resonancia interna o autocondicionamiento del objeto y esa relación necesaria con su medio asociado, son los rasgos esenciales del objeto técnico en tanto entidad singularizada, en la mirada de Simondon. El objeto técnico es una especie de cristalización de operaciones técnicas que acaban produciendo una realidad individual, con una existencia propia distinta de su productor y de su operador[122]. En definitiva, el objeto técnico concretizado es un «ser» con una lógica interna y atravesado por un devenir propio que lo singulariza. Por eso, aunque sea siempre un artefacto (fruto de una acción productiva), el objeto técnico concretizado puede entenderse desde su propia autocorrelación, con independencia de su mera instrumentalidad [123]. Todo

---

2013a, p. 42). Advierte Iliadis (2015) que, a través del estudio de la concretización de los objetos técnicos, se desvela una suerte de «ingeniería ontológica». Para Simondon la concretización es el modo de individuación propio de los objetos técnicos, que significa su tecnicidad inherente.

[120] Simondon (2013a, p. 81). Las condiciones para poder hablar de objeto técnico es que pueda identificarse un «subconjunto concretizado y relativamente separable» (Simondon 2017, p. 316).

[121] Simondon (2013a, p. 48). Para Simondon el progreso técnico se produce a través de la relación dialéctica entre la autocorrelación (la relación del objeto técnico consigo mismo) y su mediación (la adaptación del objeto a las condiciones del medio) (Simondon 2005, pp. 96 y ss.). La autocorrelación hace el objeto viable en su funcionamiento interno, mientras la mediación lo hace funcional en un determinado contexto, permitiéndole responder adecuadamente a la información que recibe o al manejo de un operador (*ibidem*, p. 229). Podemos concluir por lo tanto que autocorrelación y mediación son las dos dimensiones de la autonormación del objeto técnico, de su tecnicidad inherente.

[122] El objeto técnico es siempre fruto de una operación técnica humana (toda tecnología deriva de una o varias técnicas), aunque no toda operación técnica da lugar a un objeto técnico (Simondon 2017, p. 35). Por ejemplo, en nuestra perspectiva el derecho supone operaciones técnicas que, de ordinario, no son en sí tecnológicas.

[123] Obviamente, Simondon reconoce la amplia variedad de objetos técnicos existentes y su diferente grado de tecnicidad. De hecho, la taxonomía que ofrece está en función del grado de independencia respecto al operador humano que los distintos objetos llegan a adquirir. Cabe distinguir entonces tres categorías de objetos técnicos: útiles e instrumentos, utensilios o aparatos y máquinas –clasificación a la que debe sumarse la técnica pre-instrumental, no materializada en objetos, basada en la pura coordinación, constricción y sincronización de las acciones humanas– (Simondon 2005, pp. 87 y ss.). El primer estadio de tecnicidad objetual, constituido por útiles e instrumentos, se caracteriza por una elevada dependencia funcional con el operador. Los útiles son mediadores entre un operador que lo porta y conoce su uso, y el medio, y actúa como «efector», como potenciador de la acción (como un martillo); los instrumentos, en cambio, ejercen su labor de mediación como recetores, prolongando los órganos de los sentidos (como unas lentes). Simondon subraya que, pese a su escasa independencia funcional, útiles e instrumentos poseen ya lógicas de autocorrelación en su interior, entre las distintas partes que lo conforman, y por lo tanto revelan un devenir concretizante. Por su parte, los utensilios o aparatos no son ni efectores ni receptores, y son capaces de funcionar «solos», sin estar conectados al organismo humano: exhiben ya un grado de autosuficiencia en su obtención de energía y de posibilidad de automatización (por ejemplo, una lámpara). Por último, las máquinas (que pueden integrar efectores, receptores y utensilios) se caracterizan por operar transformaciones de energía o de información desde ciertas entradas

individuo técnico posee una tecnicidad propia, inherente, que implica su primera y fundamental normatividad. La madurez de un objeto técnico se mide en función de su *tecnicidad*, que es el grado de concretización del objeto[124], el nivel de afinamiento funcional de sus elementos. El proceso de concretización puede entenderse como una ganancia de complejidad funcional del objeto. Por este motivo, la idea de una «justicia algorítmica» (de una decisión jurídica armada tecnológicamente, a través de algún tipo de computación automatizada), nos enfrenta con la tecnicidad que despliega el sistema algorítmico, su forma de obtención y transformación de los datos, y sus criterios para la obtención de los resultados de salida. La juridicidad de la decisión está entonces en función de la concretización del objeto algorítmico.

Por ejemplo, la noción pseudojurídica de peligrosidad se ve recompuesta al ser procesada maquinalmente, adquiere una significación virada respecto a su sentido clásico, sustentada en valoraciones holísticas, intuitivas o clínicas. El concepto de peligrosidad es un producto de las técnicas empleadas para evaluarla y gestionarla, y no un a priori que pueda después ser verificado. La incorporación de objetos técnicos (de tecnologías normativas) para tales cálculos está en función del proceso de concretización de los objetos técnicos implicados, y de su tecnicidad progresivamente perfilada. Es decir, el uso de cálculos algorítmicos para la valoración de la peligrosidad en una determinada área de gobierno, reconstruye la noción misma de peligrosidad que opera en ese espacio, en función de los factores que contempla en su cálculo y el modo de saber que proyecta. El objeto técnico revela entonces de forma clara su carácter normativo: está técnicamente normado y a la vez enuncia una norma a través de su funcionamiento y los acoplamientos que este impone.

El segundo aspecto que queremos rescatar de Simondon es la doble existencia normativa que reconoce al objeto técnico. Simondon traza una distinción entre la «objetividad» y la «objetualidad» del ser técnico[125]. La primera noción enlaza con la

---

a determinadas salidas y utilizando una alimentación de energía. La máquina goza de automatización en ambos sentidos, tanto en la captación de información durante su funcionamiento como en el modo en que absorbe energía. Dado que el «programa» de funcionamiento está volcado en la arquitectura misma de la máquina, y esta es capaz en gran medida de autorregularse, «la tarea del operador deviene una tarea de control y de vigilancia» (*ibidem*, p. 98). En lo que aquí nos interesa, la computadora informática se aviene lógicamente a la categoría de máquina, si bien la particularidad es la amplia flexibilidad que presenta su «programa» de funcionamiento.

[124] Hui (2016, pp. 54-55).

[125] Chateau (2005 y 2017).

realidad propiamente técnica del objeto que ya hemos esbozado: la objetividad se refiere a la tecnicidad inherente del objeto técnico. La segunda, en cambio, apunta a su inmersión social en tanto objeto: se trata de su vertiente objetual, donde la tecnicidad se ve modulada por otras formas de normación social. En el modo en que el objeto técnico existe y evoluciona podemos hablar entones de causas intrínsecas, referidas a las necesidades internas propiamente técnicas, y a causas extrínsecas, que para Simondon son sobre todo económicas[126], pero entre las que han de considerarse también, sin duda, las de carácter ético, político y jurídico.

Las inquietudes jurídicas suscitadas por la «regulación algorítmica», es decir, el reto del tratamiento jurídico de la capacidad normativa de las técnicas algorítmicas, pueden analizarse desde este doble esquema normativo, que dibuja una tensión dialéctica entre tecnicidad y existencia social de cualquier objeto técnico. Siguiendo el caso de la valoración algorítmica de la peligrosidad, la objetualidad del sistema de decisión automatizado que se emplee nos enfrenta a su encaje con un esquema jurídico preexistente sobre la aplicación del *ius puniendi*. Concretización, entendida como el grado de tecnicidad objetiva de los artefactos, e inmersión social vinculada a su condición objetual, son las dos coordenadas desde las que puede abordarse el fenómeno de las tecnologías normativas.

[126] Chateau (2017, pp. 15-16).

4.2 La tecnicidad anticipatoria del riesgo

Una vez enfocado el riesgo como un concepto técnico, e inscrito en el paisaje de las técnicas de gobierno, es necesario indagar en los tipos de tecnicidad que aquel sostiene. Se trata de esclarecer las variantes operativas que suponen la objetivación de un fenómeno como riesgo y, en especial, qué implica calificar como tal la conducta desviada de un sujeto como tal riesgo.

4.2.1 Riesgo y probabilidad

El riesgo no es una «técnica» singular, sino un constructo integrador de una diversidad de técnicas, cuya reunión exige ciertas precisiones.

El riesgo es esencialmente heterogéneo, incluso dentro de un ámbito de aplicación delimitado, como el punitivo[127]. Además, distintas prácticas del riesgo tienden a adaptarse e hibridarse en los diversos ámbitos de gobierno. Todo ello resulta clave para comprender la proliferación de la gestión de riesgos en el terreno punitivo.

El polimorfismo del riesgo obliga a una definición de mínimos, identificando solo algunos de sus rasgos básicos o comunes. Con independencia de la técnica aplicada, objetivar la realidad como riesgo tiene tres implicaciones: supone un intento de probabilizar la incertidumbre; aplica cierto cálculo racional; y propone una estimación del evento considerado que, sin embargo, mantiene un margen de incertidumbre.

Como esfuerzo de anticipación, toda técnica del riesgo denota distinguir lo *posible* de lo *probable* que trata de ser recorrida de algún modo[128]. La *posibilidad* se enuncia de un estado de incertidumbre desde el que se vislumbran escenarios hipotéticos y virtuales[129]. La lógica del riesgo trata de probabilizar esos escenarios, es

[127] Valverde, Levi y Moore (2005, p. 86), Hannah-Moffat (2019, p. 457).

[128] Renn (1992, pp. 53 y ss.).

[129] Tales escenarios son hipotéticos en la medida en que se contemplan anticipadamente a partir de ciertos datos presentes, que sirven como hipótesis de la anticipación; y son virtuales porque se conciben como situaciones productoras de ciertos efectos, pero estos no son todavía efectivos o reales sino solo potenciales.

decir, jerarquizarlos en función de su verosimilitud; o bien de reconocer la imposibilidad de salvar la distancia entre posibilidad y probabilidad, permaneciendo en la pura incertidumbre.

El protagonismo de la probabilidad es patente en la conocida definición de riesgo propuesta por Kaplan y Garrick, donde este es función de una tríada de factores: un determinado escenario, la probabilidad de dicho escenario, y las consecuencias derivadas del mismo. Factores que remiten a tres preguntas elementales propias de cualquier análisis de riesgo: qué puede suceder; cuál es la probabilidad de que suceda; y cuáles son las consecuencias de que ello suceda[130].

A su vez, la idea de probabilidad es heterogénea. Si bien probabilizar suele asociarse a los rasgos de objetividad y cuantificación, no los presupone, o, más bien, no significan lo mismo en distintas perspectivas de la probabilidad[131]. Por un lado, el cálculo de probabilidades puede ser de tipo cuantitativo o cualitativo.

En su influyente genealogía sobre el pensamiento probabilístico, Hacking revela esta dualidad que ha atravesado su conformación. Existe un modo de probabilidad estadístico, preocupado por «las leyes estocásticas de los procesos aleatorios» y que, por lo tanto, es necesariamente numérica. Pero hay también una probabilidad «epistemológica», «dedicada a estimar grados razonables de creencia en proposiciones bastante carentes de un trasfondo estadístico». Esta probabilidad epistemológica trata sobre la «credibilidad de las proposiciones a la luz del juicio o la evidencia», de modo que «la probabilidad referida a una hipótesis por alguna evidencia es una relación lógica entre dos proposiciones», considerando el *grado* en el que una proposición está

---

[130] Kaplan y Garrick (1981, pp. 12-13). Si atendemos a los cinco significados del riesgo identificados por Möller (2012, p. 58), dos de ellos tienen un carácter «coloquial» –riesgo entendido como *suceso indeseado* que puede o no acontecer, y como la *cusa* de un suceso indeseado que puede o no acontecer–, y otras tres reflejan un sentido más bien técnico: riesgo como la *probabilidad* de un suceso indeseado que puede o no ocurrir; como el hecho de que una decisión es aceptada bajo condiciones de *probabilidades conocidas*; y como el *valor de expectativa* de sucesos indeseados que pueden o no acontecer. Nótese que estos tres últimos significados tienen una base probabilística.

[131] Más que una consideración del riesgo como la simple probabilidad de un suceso indeseado, la concepción más dominante en el análisis de riesgos lo comprende como el producto resultante de la probabilidad de un suceso y cierta medida de su indeseabilidad (lo que se denomina *valor de expectativa*). Esta última noción de riesgo es la considerada habitual por la International Organization for Standarization (ISO), en su Guía sobre vocabulario para la gestión de riesgos (ISO/Guide 73:2009. Risk Management – Vocabulary. Nota 4 a la entrada 1.1. Disponible en: https://www.iso.org/obp/ui/#iso:std:iso:guide:73:ed-1:v1:en). Por otro lado, la comprensión cuantitativa del riesgo se aprecia con especial claridad en el terreno de la gestión financiera. En este sentido, *vid.* Alexander y Sheedy (2004).

implicada lógicamente en otra [132]. Esta segunda forma de probabilidad es la característica del razonamiento jurídico, enfrentado en la aplicación del derecho a realizar valoraciones de creencia frente a determinadas pruebas e indicios, a determinar probabilidades de verosimilitud.

Por otro lado, incluso cuando se mantenga dentro de una comprensión de base estadística, la probabilidad puede sostenerse en un cálculo objetivo, o bien incorporar elementos subjetivos del observador, incluso con apoyo en formas de probabilidad cuantitativa: es decir, puede partir de valoraciones subjetivas sobre la probabilidad del evento o sobre el grado de verosimilitud de los datos disponibles.

En definitiva, si el riesgo ha de comprenderse como un modo de objetivar la realidad, de construir la percepción del evento, es porque la idea de probabilidad es una construcción epistémica. Con Gutiérrez Cabria, ha de asumirse que la probabilidad «no está, por su misma naturaleza, relacionada con algo observado o experimentado, algo que esté fuera de la mente», por lo que, a lo sumo, podemos hablar de «interpretaciones» probabilísticas [133]. Esta precisión es fundamental para enfocar la irrupción de las técnicas de la probabilidad en la operatividad jurídica y, en general, para gestionar las relaciones entre la técnicas jurídicas y probabilísticas. Nos conduce, en concreto, a descartar cualquier presunta «neutralidad» de las aplicaciones probabilísticas (incluidas sus expresiones algorítmicas), frente a una no menos presente falta de objetividad de las rutinas jurídicas. Un cálculo de probabilidad supone siempre una opinión epistemológica y la aceptación de determinados *a prioris*, en función del marco interpretativo escogido. En una tecnología normativa, la elección de una cierta interpretación probabilística es en sí misma una decisión normativa que, a nuestro juicio, se exige explícita y accesible.

Esa diversidad de interpretaciones y asunciones es patente si atendemos a la distinción básica entre los enfoques de la probabilidad de tipo «frecuentista» y de tipo «bayesiano», que radica en buena parte en la distinta pretensión de objetividad en que se sostienen [134]. En clave frecuentista, la probabilidad se concibe en términos de

[132] Hacking (1995, pp. 25-27).

[133] Gutiérrez Cabria (1985, pp. 186 y 196).

[134] La oposición entre la perspectiva frecuentista y bayesiana es básica en teoría de la probabilidad. No obstante, existen variantes más allá de esa dicotomía general. Leiss y Hrduey (2005, p. 5) apuntan la necesidad de considerar un análisis de probabilidad «clásico», previo históricamente, basado en los juegos

experimentación, basándose en la reiteración de un evento observado, cuya probabilidad puede determinarse a partir de la distribución estadística de sus resultados[135]. La mirada frecuentista aspira a una objetividad estadística estricta, donde la probabilidad se define como frecuencia del evento a partir de datos observados de repetición[136]. El sentido bayesiano, en cambio, contempla la probabilidad de forma más relativa, en función del conocimiento confiable previo del que se disponga. La noción de «creencia previa» o de «a prioris» características del enfoque bayesiano incorporan al cálculo elementos subjetivos propios del observador[137]. Tal subjetividad no quiere decir estimación meramente intuitiva, sino remisión a saberes que trascienden la estadística. Supone incorporar saberes expertos deducidos de la observación, que calibran la «creencia previa» sobre la probabilidad del evento calculado; o, lo que es lo mismo, el grado de verosimilitud inicial del evento según la perspectiva de observación. La probabilidad, en sentido bayesiano, es una combinación de evidencias constatables y conocimiento previo, y no una mera proyección de distribuciones estadísticas.

La perspectiva bayesiana trata de resolver conjeturas de probabilidad condicional, es decir, supuestos en que la probabilidad de un evento está condicionada por la probabilidad de otro suceso[138]. Por ejemplo, el interrogante por la peligrosidad de

---

de probabilidad y la aplicación de las leyes matemáticas de las permutaciones y combinaciones. Posteriormente se habrían desarrollado las escuelas «frecuentista» y «subjetiva», incluyendo esta última la perspectiva bayesiana. Por otro lado, por ejemplo, Gutiérrez Cabria (1985, pp. 187-8) ofrece una taxonomía de los sentidos de la probabilidad en función del origen y grado de evidencia que posee el sujeto.

[135] Advierten Kaplan y Garrick que, precisamente, «la estadística es el estudio de la información y tipo de frecuencia». La probabilidad en cambio es, en general, «la ciencia del manejo de la falta de datos» (Kaplan y Garrick 1981, p. 18).

[136] Efron (2005), Van Coile (2016, p. 29). Formalmente esto significa que la probabilidad de un evento es interpretada como la frecuencia teórica de dicho evento, observada en un número suficientemente amplio de repeticiones de un experimento. Cuando esa experimentación no es viable en el presente, la frecuencia se estima a partir de los datos históricos disponibles.

[137] Silver (2014, pp. 294 y ss.), Pearl y Mackenzie (2018, pp. 47 y ss.).

[138] La probabilidad condicional se define como la probabilidad de que suceda un evento A, dado el conocimiento de la probabilidad de que suceda un evento B –expresado matemáticamente como P(A|B)– (Van Coile 2016, p. 32). La probabilidad bayesiana recibe su nombre del teorema sobre probabilidad condicional enunciado por el matemático inglés Thomas Bayes, publicado por primera vez en 1763. Según apuntan Pearl y Mackenzie (2018, pp. 57-58), el trabajo de Bayes tiene origen en una publicación de Hume, en la que este negaba que el testimonio visual fuera prueba suficiente para afirmar la existencia de un milagro –es decir, la percepción visual resultaría insuficiente para demoler un consenso con fuerza de ley natural–. La aseveración de Hume habría llevado a Bayes a interrogarse por el grado de evidencia necesario para estimar que algo considerado altamente improbable ha llegado a suceder, es decir, para

un sujeto, en la lógica de la justicia actuarial, puede expresarse como un problema de probabilidad condicional: considerada una población (*A*), y un subgrupo poblacional dentro de ella (*B*), se plantean como probabilidades condicionadas la comisión de una infracción (*f*) tratándose de individuos pertenecientes a dicho subgrupo poblacional (*B*). Un planteamiento en estos términos requiere un grado de conocimiento de la probabilidad de que la infracción (*f*) sea cometida por miembros del subgrupo de población (*B*), es decir, una estimación previa de la probabilidad de (*f*) condicionada a la probabilidad de (*B*). A partir de ahí se afirma la capacidad de calcular la probabilidad inversa, es decir, la probabilidad de (*B*) condicionada a la probabilidad de (*f*) o, en otros términos, la probabilidad de que un individuo del subgrupo de población (*B*) cometa una infracción del tipo (*f*)[139]. Obviamente, este planteamiento básico puede devenir mucho más complejo si se incrementan las características del individuo a considerar, lo que supone multiplicar las adscripciones a distintos subgrupos de población.

Desde una mirada frecuentista, en cambio, el pronóstico sobre la probabilidad de que un individuo de ese subgrupo de población cometa la infracción considerada, derivaría estrictamente de los datos estadísticos previos sobre la comisión de dicha

---

recorrer la distancia que separa la imposibilidad de la improbabilidad, e incluso la probabilidad de la certeza.

El teorema al que llegó Bayes admite que, conocida la probabilidad de un caso (*B*) condicionado a que suceda otro (A_i) –es decir, $P(B|A_i)$–, pueda estimarse la probabilidad inversa, esto es, la probabilidad del caso A_i condicionada a que suceda el caso *B*. La célebre formulación del teorema, en su expresión básica, es la siguiente:

$$P(A_i|B) = \frac{P(B|A_i)P(A_i)}{P(B)}$$

En esta fórmula, A_i es un caso concreto de una serie de sucesos $\{A_1, A_2,\ldots,A_i,\ldots,A_n\}$ y *B* es un suceso ajeno al conjunto anterior. Las probabilidades de los casos que integran la serie *A* es lo que se denominan «a prioris». Lo que se conoce de partida es la probabilidad de que suceda *B* condicionada a la probabilidad de que suceda A_i, es decir, uno de los casos de la serie de a prioris. Estas probabilidades que se conocen de antemano no solo derivan de análisis estadísticos, sino que se comprenden como «creencias previas» que aúnan distribuciones estadísticas y saberes diversos aplicables al ámbito considerado. La fórmula permite calcular la probabilidad de que se produzca el caso A_i, condicionada a que se produzca el suceso *B*, e implica el resultado de una fracción en la que: el numerador es el producto de la probabilidad condicionada ya conocida de antemano $P(B|A_i)$ por la probabilidad independiente del caso A_i; mientras el denominador es la probabilidad independiente del suceso *B*.

[139] Con esos datos, la aplicación el teorema sería la siguiente:

$$P(B|f) = \frac{P(f|B)P(B)}{P(f)}$$

Es decir, la probabilidad de que un sujeto perteneciente a *B* cometa *f* es el resultado del cociente entre: como numerador, el producto de la probabilidad condicional ya estimada previamente $P(f|B)$, por la probabilidad independiente de pertenecer al subgrupo *B* dentro de la población considerada (*A*); como denominador, la probabilidad total de que se cometa la infracción *f* dentro de dicha población de referencia *A*.

modalidad infractora. Analizando exclusivamente la distribución estadística de la autoría de dicha infracción en el pasado, podría inferirse la probabilidad de que un sujeto con determinadas características cometa esa infracción *ad futurum*. Si en el enfoque bayesiano las informaciones sobre las que se basa el pronóstico son ciertas «creencias previas», combinación de evidencias y saber experto, en el frecuentista ese conocimiento de base está formado por tablas de frecuencias estadísticas. En clave bayesiana la lógica frecuentista no desaparece necesariamente, pero es concebida como una fuente de información, entre otras, para determinar el conocimiento previo disponible[140].

Además de la información que sirve de base para el cálculo de probabilidad, y su distinta relación con la capacidad de probabilizar la incertidumbre, ambas aproximaciones difieren sobre el modo en que consideran las relaciones de causalidad, asunto de indudable trascendencia jurídica. La perspectiva frecuentista clásica, unida al nacimiento de la estadística, renuncia expresamente a las preguntas causales sobre las relaciones entre variables –la pregunta sobre el por qué de las influencias entre los datos observados cae fuera de su campo operatorio, centrado en las puras frecuencias de variación–[141]. Aunque, para Pearl y Mackenzie, las inferencias bayesianas tampoco resuelven satisfactoriamente las preguntas causales, su expresión en forma de «redes bayesianas» sí implica de partida una modelización de las influencias entre los distintos nodos de la red (en términos de probabilidades condicionales)[142]. Por ello, aun con sus limitaciones para enunciar explicaciones en términos de causalidad estricta, la probabilidad bayesiana asume una cierta interpretación del campo de la realidad analizado, más allá de la simple afirmación de correlaciones entre datos[143]. Si la toma de decisiones fundadas en probabilidades plantea interrogantes para la motivación jurídica en sentido ortodoxo, la omisión de toda pretensión de explicación causal sobre

[140] Van Coile (2016, pp. 35-36).

[141] Así, «la estadística clásica solo resume los datos, de modo que no proporciona ni siquiera un lenguaje para plantear la pregunta» sobre la causalidad (Pearl y Mackenzie 2018, p. 10).

[142] Pearl y Mackenzie (2018, pp. 67 y ss.).

[143] En realidad, el objetivo inmediato de una red bayesiana es ofrecer una interpretación del ámbito observado en términos de probabilidades condicionales entre los datos, organizados en nodos unidos por vectores unidireccionales. La posibilidad de realizar pronósticos, en forma de inferencias, es una consecuencia de esa modelización, y no a la inversa. Además de la mirada retrospectiva –y crítica– que Pearl ha ofrecido sobre su propio trabajo de reformulación de la probabilidad bayesiana (Pearl y Mackenzie 2018), una exposición de los fundamentos de las redes bayesianas puede encontrarse en Sucar (2015, pp. 101 y ss.) y en Castillo, Gutiérrez y Hadi (1997, pp. 481 y ss.).

las relaciones observadas en los datos agudiza esos problemas, ya que supone aceptar que el sentido de una decisión jurídica se base en un pronóstico sustentado en correlaciones estadísticas (en la «mera» observación de que una variable se modifica simultáneamente que otra).

La justicia punitiva actuarial se ha sostenido habitualmente en enfoques frecuentistas, extrayendo conclusiones a partir de tablas estadísticas de criminalidad en función de determinados factores, si bien en algunos casos las inferencias estadísticas se ven moduladas por la aplicación de saberes de tipo criminológico o psicológico[144].

La sofisticación de los cálculos del riesgo, vinculados al desarrollo de técnicas de inteligencia artificial (IA) de base algorítmica, ha comenzado a deslizar este tipo de prácticas hacia técnicas que, lejos de corregir los déficits causales de la probabilidad clásica, los ha intensificado. Si bien la actualización de la probabilidad bayesiana, en los términos propuestos por Pearl en la década de 1980 mediante las «redes bayesianas»[145], suscitó interés en los desarrollos incipientes de la IA, la evolución acelerada de los sistemas de ML en la última década se ha sostenido en el desarrollo del modelo de «redes neuronales». Este tipo de técnicas, mucho más abstractas en cuanto a su expresión matemática, presentan una enorme eficiencia en el tratamiento de grandes masas de datos y sus consiguientes interrelaciones, para lo cual las redes bayesianas se muestran poco operativas. El coste de esa eficiencia es, sin embargo, un alejamiento drástico del modelo matemático respecto de las magnitudes analizadas; una exclusión de toda pretensión causal; y la pérdida de inteligibilidad del sistema para el observador humano.

La probabilidad, en definitiva, no puede leerse como una verdad monolítica, objetiva y neutra; es una construcción epistémica que propone interpretaciones diversas de la realidad en términos anticipatorios o de pronóstico.

---

[144] Lógica frecuentista es fundamental en el origen mismo los instrumentos punitivos actuariales, aplicados en primer lugar en el contexto penitenciario para tomar decisiones sobre la concesión o denegación de permisos de salida. Dichos instrumentos se han basado en la elaboración de «tablas de predicción» elaboradas a partir de observaciones estadísticas. Para el caso estadounidense, cuyas primeras aplicaciones se constatan ya en la década de 1920, véase Harcourt (2007a, pp. 47 y ss., 111 y ss.). Para el caso español véase la descripción ofrecida por Castro Liñares (2019, pp. 125 y ss.) de las tablas de valoración de riesgos (TVR) y de concurrencias particulares (M-CCP), vigentes formalmente desde 1992 y todavía en uso.

[145] Pearl (1988).

El segundo rasgo común a las variantes del riesgo es su anticipación en términos racionales, es decir, su pretensión de cierta racionalidad en el cálculo de los fenómenos considerados. El Consejo de Europa, al abordar los aspectos éticos de la decisión judicial anticipatoria por medios de IA, ha recalcado la diferencia entre «predecir» y «pronosticar», que radica precisamente en la aspiración de racionalidad que sostiene el gesto de anticipación. La predicción anuncia por adelantado lo que sucederá respecto a ciertos eventos futuros «por inspiración sobrenatural, clarividencia o premonición»; el pronóstico, en cambio, resulta de la observación de un conjunto de datos para *prever* una determinada situación futura[146]. La distinción se refiere a los vocablos ingleses *prediction* y *forecast*, que presentan matices quizá no tan evidentes en el más polisémico verbo castellano «predecir»[147]. En todo caso, la observación resulta atinada para advertir el tipo de predicción (o pronóstico) racional a que aspira el riesgo.

El riesgo pretende distanciarse de formas de anticipación con una base racional débil, superar aquellos modos de decisión probabilística que cabe calificar de «heurísticas»[148], y que se identifican con un «sentido común de probabilidad»[149]. Estas nociones no son necesariamente coincidentes con el concepto «epistemológico» de la probabilidad –como probabilidad no fundada estadísticamente– al que ha aludido Hacking, y que apuntamos antes. Se trata ahora de estrategias que simplifican drásticamente las operaciones de juicio anticipatorio, reduciendo la complejidad de la evaluación de probabilidades mediante el uso de criterios subjetivos y datos de validez limitada. El carácter técnico de las operaciones de evaluación y gestión de riesgos pretende superar los problemas de esa percepción altamente subjetivista, no formalizada en absoluto, de probabilidad, mediante criterios razonados de estimación o

[146] Consejo de Europa (2018c, p. 30).

[147] Según el DRAE, la acción de predecir supone anunciar algo que va a suceder tanto «por revelación, conocimiento fundado, intuición o conjetura» (https://dle.rae.es/predecir), por lo que no prejuzga la base gnoseológica de tal anuncio. Pronosticar, por su parte, es aquella predicción realizada «a partir de indicios» (https://dle.rae.es/pronosticar), lo que parece sugerir una inferencia con cierta carga de racionalidad.

[148] Tversky y Kahneman (1974). El uso que los autores hacen del término corresponde a la cuarta acepción acogida por el DRAE: en este sentido, y en el marco de «algunas ciencias», por heurístico/ca se entiende la «manera de buscar la solución de un problema mediante métodos no rigurosos, como por tanteo, reglas empíricas, etc.». *Cfr.* https://dle.rae.es/heurístico

[149] González Cabria (1985, p. 187). Para el autor ese «sentido común» se manifiesta en juicios acerca de situaciones de interés en ambientes de incertidumbre, habitualmente de carácter cualitativo, y que pueden enunciarse «por cualquier persona del común de las gentes».

cálculo[150]. Conviene advertir, en todo caso, que se trata de una pretensión de racionalidad dependiente de las premisas epistemológicas y axiológicas de que se parta, es decir, las del «grado» de racionalidad de los criterios empleados, a su vez en función de la perspectiva probabilística adoptada.

La pretensión de racionalidad se expresa en la selección de los factores de determinación del riesgo, que conduce a una definición habitual del riesgo en términos matemáticos o algorítmicos, como producto de un número discreto de factores. La expresión más simple de esta formulación comprende el riesgo como resultado del evento multiplicado por las consecuencias de este[151], donde los factores que integran la definición son, por tanto, probabilidad y magnitud. No obstante, esa perspectiva bifactorial es propia de una concepción ingenieril del riesgo[152]. Una perspectiva «social» tenderá a integrar factores adicionales, como el grado de confianza existente, la aceptabilidad de las consecuencias o el nivel de responsabilidad. Más aún, la «teoría cultural» del riesgo niega la posibilidad de ofrecer definiciones universalistas, subrayando los procesos culturales y sociales a través de los que los individuos y grupos crean interpretaciones y reglas de selección y ordenación sobre las amenazas[153]. Cobran entonces relevancia nociones como las de «amplificación social del riesgo»[154], «politización de los peligros»[155], o «securitización» como incorporación de determinadas amenazas a la agenda securitaria en un contexto determinado[156].

La perspectiva social y cultural del riesgo nos ilustra sobre la gestión de la inseguridad como estrategia de gobierno, por ejemplo, gobernando «a través del delito», más allá del gobierno «del delito» mismo[157]. Sin embargo, la incorporación del

[150] No obstante, los problemas habituales que Tversky y Kahnemann identifican en la valoración heurística de la probabilidad son, al menos en parte, apreciables también en valoraciones subjetivas en contextos expertos de decisión, como el jurídico.

[151] Van Coile (2016, p. 27).

[152] Rayner (1992).

[153] Douglas y Wildavsky (1983).

[154] Kaesperson (1992, p. 159).

[155] Douglas (1994, p. 29). La teoría cultural del riesgo se sostiene principalmente sobre las propuestas formuladas por Mary Douglas y Aaron Wildavsky desde la antropología social. Además de las referencias ya citadas, véanse Douglas (1991 y 1996).

[156] Wæver (1995).

[157] Simon (2007). La perspectiva cultural del riesgo contribuye a explorar aspectos de las prácticas del riesgo que el análisis de las técnicas de gobierno (perspectiva gubernamental) no atiende, como los

cálculo actuarial del riesgo a las prácticas punitivas supone, al menos desde la perspectiva *emic* de los actores [158], una voluntad de redefinir la gestión de la peligrosidad en términos basados en la probabilidad estricta de la conducta del sujeto. La justicia actuarial despeja así otras connotaciones etiológicas o «sociales», propias de formas menos estandarizadas de racionalidad; sería el caso de diagnósticos de base clínica o valoraciones intuitivas de la peligrosidad.

No obstante, cualquiera que fuere la postura adoptada, el riesgo se concreta en un esquema operativo que incorpora un conjunto de variables elementales. Según ese esquema básico, el tratamiento del riesgo supone una amenaza como fuente de daño; un grado de incertidumbre sobre la concreción de la amenaza; las consecuencias adversas previstas; el marco temporal considerado; y la estimación de los sujetos sobre la relevancia de la amenaza[159].

Todo ello se plasma, en primer lugar, en una *evaluación del riesgo* según el conocimiento disponible. De ahí resulta una *caracterización del riesgo*, o comprensión específica del alcance y probabilidad del daño resultante de la amenaza. El grado de *exposición* de sujetos y grupos a la amenaza adquiere aquí relevancia, toda vez que la incidencia del riesgo no es homogénea. La información así recopilada fundamenta la *gestión del riesgo*, organizándose según distintas actitudes (prevención, precaución, anticipación) y diferentes técnicas de neutralización, minimización o reparación de daños, deacuerdo a las opciones disponibles. A su vez, la estrategia adoptada y sus logros retroalimentan una nueva evaluación del riesgo.

Este esquema general se especifica en su aplicación en cada contexto securitario. Y, por ello, la evaluación y gestión del riesgo diferirá en su aplicación ante fenómenos naturales –metodologías *α-operatorias*– o ante eventos asociados a la conducta de seres humanos –metodologías *β-operatorias*– [160]. En el primer caso,

---

citados fenómenos de selección, comunicación y amplificación de los riesgos. Así lo ha argumentado Tulloch (2008, pp. 152-160). De hecho, el estudio de Simon revela esta combinación de metodologías.

[158] Apelamos con la expresión a la célebre distinción entre las perspectivas emic/etic en la interpretación de los fenómenos sociales. Mientras la perspectiva *emic* describe los hechos desde el punto de vista de sus agentes, la *etic* lo hace desde el punto de vista del sujeto observador. *Vid.* la entrada Emic/Etic del *Diccionario filosófico* dirigido por Pelayo García Sierra.

[159] Proponen esquemas similares, por ejemplo, Leiss y Hrudey (2005) y Busby (2016).

[160] Las metodologías *β-operatorias* son propias de las ciencias humanas, en las cuales el sujeto operatorio está presente en el propio campo de observación. En cambio, las *α-operatorias*, características de las ciencias naturales, neutralizan las operaciones inciciales del sujeto operatorio o ni siquiera

fenómenos independientes de la conducta humana, las operaciones no afectarán a las probabilidades, sino a los efectos de los sucesos. En el segundo caso, las operaciones tendrán influencia directa sobre la conducta de los sujetos. Además de determinar los factores influyentes en la acción humana, con sus connotaciones éticas y jurídicas, resultará muy comprometido evaluar a posteriori la exactitud del pronóstico realizado (es decir, la evaluación de la evaluación del riesgo). Si las medidas derivadas de la valoración del riesgo han afectado las conductas de los sujetos, se complica la posibilidad de detectar «falsos positivos». Así pues, en el caso de la valoración del riesgo delictivo de un sujeto, será factible contrastar «falsos negativos»: el supuesto de un sujeto de «de bajo riesgo», y por ello exento de medidas de control, que desarrolla comportamientos ilícitos posteriormente. A cambio, los falsos positivos serán indetectables, al alterar las medidas de control adoptadas el contexto en el que se valoró inicialmente la probabildiad conductual del sujeto. Este tipo de situaciones, «contrafácticas», exploradas por Pearl y Mackenzie, plantea la probabilidad de comisión de una infracción *en caso de que no se hubiesen adoptado* medidas de control del sujeto[161]. Se trata de un tipo de incógnita que resiste cualquier marco probabilístico: de hecho, es inaccesible en modelos que ignoran las relaciones causales de probabildiad; tal es el caso de las interpretaciones de probabilidad dominantes, basadas en la detección de meras correlaciones.

Remachemos pues que, más allá de la racionalidad que sostiene el riesgo, sus formas de operar no pueden sustraerse al contexto que condiciona y limita su funcionalidad. En especial, es necesario cuestionar la extrapolación de metodologías *α-operatorias* a supuestos conductuales, asociados siempre a factores psicológicos y sociales.

El tercer rasgo de las técnicas del riesgo es su nexo ineludible a la incertidumbre, como punto de partida, y en sus resultados. El riesgo, racionalidad anticipatoria en situación de incertidumbre, trae al presente sucesos virtuales en términos de probabilidad: una operación que no evade nunca ciertos márgenes de error. Como ya advertimos *supra*, es una característica que se manifiesta en su carácter

necesitan proceder a esa neutralización, por la distancia existente entre dicho sujeto y el campo de observación. Esta distinción se inscribe en la teoría gnoseológica de Gustavo Bueno. Una exposición concisa puede hallarse en Bueno (1978).

[161] Pearl y Mackenzie (2018, pp. 22 y ss., 143 y ss.).

recursivo. Un cálculo de riesgo produce nuevas formas de incertidumbre, que reclaman a su vez nuevas técnicas de cálculo de nuevo perfectibles. La decisión en clave de riesgo implica pues costes y compensaciones: elegir entre un riesgo u otro, ante la imposible ausencia de riesgo[162]. Topamos aquí con uno de los principales puntos de fricción entre operatividad jurídica «ortodoxa» y gestión de riesgos, cuando recurrimos a ella como criterio de atribución jurídica de responsabilidad. Porque la estimación probabilística propia del concepto de riesgo, por definición gradual y por ello imprecisa, requiere una codificación binaria (peligrosidad/no peligrosidad, culpabilidad/no culpabilidad). Lo que solo es posible asumiendo un juicio de admisibilidad previo sobre los grados de probabilidad jurídicamente aceptables o suficientes.

La relación riesgo-incertidumbre difiere según la interpretación probabilística que se adopte. En una lógica frecuentista, como apuntamos antes, mide el grado de verosimilitud del evento en un determinado lapso temporal, según patrones de observación previos. La mirada frecuentista aspira a una objetividad estricta de la probabilidad como frecuencia de ocurrencia en un determinado intervalo de confianza[163]. La carga de incertidumbre se expresa en términos de nivel de precisión del cálculo, no de exactitud del pronóstico de posibilidad del suceso. Al referirse a un hecho futuro, no hay posibilidad de concretar la exactitud, ni incluso a posteriori en algunos casos[164]. La precisión se ajusta exclusivamente al nivel de confianza del pronóstico, o margen de incertidumbre del cálculo[165].

En cambio, la probabilidad según una perspectiva bayesiana, al combinar evidencias observadas, conocimientos previos y creencias subjetivas, asume una relación distinta con la incertidumbre. Aquí el cálculo de probabilidad opera en base a un conocimiento limitado[166]. La mirada de Bayes permite «movernos con mayor

[162] Busby (2016, p. 74).

[163] Efron (2005).

[164] La idea de exactitud se refiere a la ausencia de error en el pronóstico. Por ejemplo, como hemos señalado antes, la exactitud del pronóstico de peligrosidad de un sujeto solo puede afirmarse habitualmente en los casos de error por falsos negativos.

[165] Nuñez Lagos (2010, pp. 56-57).

[166] Efron (2005).

comodidad entre las probabilidades y las incertidumbres»[167], tras la asunción de que, en definitiva, «la racionalidad es un asunto probabilístico»[168], de certezas relativas. El cálculo no prospera únicamente sobre la solidez de los datos acumulados sobre la repetición de un fenómeno, sino mediante estimaciones constantemente ajustadas a nuevos datos: un pronóstico siempre provisorio, dudoso y a la espera de revisión.

Debe no obstante advertirse que la comprensión probabilista del riesgo ha sido objeto de ciertas críticas por subestimar otros modos de considerar la incertidumbre. Se aprecia una excesiva dependencia del cálculo de riesgos de modelos frecuentistas y de datos históricos, que llevan a limitar las prestaciones de la evaluación y gestión en entornos de incertidumbre elevada[169]. Se reclama así asumir los límites de los cálculos probabilísticos estándar, recurriendo a técnicas capaces de opear con amplios umbrales de incertidumbre. Ello resulta en estimaciones indeterminadas o relativas, como en el caso de la probabilidad de intervalos de confianza, la probabilidad imprecisa, la lógica difusa, o las funciones de creencia[170]. En tales soluciones se reformula la noción de exactitud o precisión, pues las aseveraciones no son propiamente verdaderas ni falsas, sino que se diluyen en un rango de valores posibles[171].

---

[167] Silver (2014, p. 27).

[168] *Ibidem*, p. 293.

[169] Aven (2016).

[170] No aspiramos aquí a ofrecer una explicación concreta de estas técnicas ni de sus bases matemáticas. Pretendemos solo subrayar que estas aproximaciones a la probabilidad se basan de manera explícita en la incompletud o la vaguedad de la información disponible. Véanse al respecto los planteamientos iniciales ofrecidos por Friedman y Kandel (1999, pp. 167-169) y Denœux (2000). Alejándose obviamente de la perspectiva frecuentista, estas aproximaciones pueden leerse como una radicalización del ingrediente subjetivo de la propuesta bayesiana.

[171] Pearl y Mackenzie (2018, p. 65). Conforme a esta «relajación» del sentido de la probabilidad, Aven propone una redefinición del riesgo en términos aún más laxos, a través de la tríada *consecuencia* (de una cierta acción), *incertidumbre* (que determina un cierto grado de desconocimiento sobre dicha consecuencia) y un determinado *sustrato de conocimiento* sobre el que se sostienen los dos elementos anteriores. Si bien el método más habitual de medición de la variable *incertidumbre* es un cálculo de probabilidad en sentido ortodoxo, existen otras vías alternativas de aproximación con lógicas más imprecisas o difusas, pero que permiten una estimación del riesgo útil para la toma de decisiones. El autor advierte que estas posibilidades permiten esquivar los inconvenientes de una interpretación probabilista estricta del concepto de riesgo, escasamente compatible con variaciones inusuales en magnitudes que se aparten de los datos hasta el momento existentes (Aven 2016, pp. 58-59 y 65).

4.2.2 Incertidumbre y anticipación

Plantear el riesgo como un esfuerzo racional por superar las situaciones de incertidumbre, no identifica esta última como un mero espacio de no-saber[172]. Diversos estudios han venido insistiendo en la necesidad de considerar los estados de incertidumbre no probabilizada como sujetos a prácticas específicas de anticipación distintas al riesgo[173]. Se trata de estados que reclaman decisiones basadas en la intuición, en especulaciones, o en la recreación de futuros hipotéticos ajenos a cálculos de probabilidad. Ello advierte de la trascendencia de la incertidumbre como espacio de toma de decisiones securitarias en que la lógica del riesgo no resulta ser una opción[174]. De hecho, ha advertido O'Malley, este tipo de situaciones no son en absoluto extrañas al terreno jurídico: la incertidumbre, como espacio de acción *frente* a las ataduras estadísticas del riesgo, desempeña un papel central en el orden liberal[175]. Nótese la función del sinalagma contractual como un entramado pragmático de gobierno de la incertidumbre, desde la incertidumbre misma. El razonamiento jurídico negocial se basa en modos de decisión que prevén el futuro desde la impotencia para calcularlo: se

[172] Esta forma de comprender la incertidumbre, en términos meramente negativos en cuanto insuficiencia de conocimiento, es muy habitual. Así, por ejemplo, la Guía ISO sobre vocabulario para la gestión de riesgos la define como «el estado, incluso parcial, de deficiencia de información relativa a la comprensión o el conocimiento de un suceso, a sus consecuencias o a su probabilidad» (ISO/Guide 73:2009. Risk Management–Vocabulary. Nota 5 a la entrada 1.1. Disponible en: https://www.iso.org/obp/ui/#iso:std:iso:guide:73:ed-1:v1:en. Acceso 13/12/2017).

[173] O'Malley (2000, 2008 y 2015), Samminian-Darash y Rabinow (2015), Aradau (2017).

[174] Aradau (2017) ha retomado la propuesta de Proctor (2008) para referirse al estudio de este tipo de prácticas de la incertidumbre como «agnotología», es decir, la exploración del modo en que el no-saber aboca también a procesos peculiares de toma de decisiones en los complejos legales y securitarios. «Más que representar la ignorancia como la ausencia de conocimiento o de incógnitas desconocidas (*unknown unknowns*) de un mundo complejo e impredecible, la agnotología afronta la ignorancia como socialmente construida, positiva, y generadora de efectos políticos» (Aradau 2017, p. 330). Este tipo de análisis presta atención a iniciativas de intervención securitaria emprendidas, no ante cálculos sobre amenazas, sino precisamente sobre la imposibilidad de concretar esos cálculos. Un caso paradigmático sería la justificación de la intervención militar en Irak aportada en 2002 por el Secretario de Estado de Defensa de Estados Unidos, Donald Rumsfeld, al aludir a la existencia de «incertidumbres desconocidas» (*unknown unknowns*) que justificarían dicha intervención bélica incluso ante la falta de evidencias de la construcción de armas de destrucción masiva por parte del Estado iraquí (la célebre frase se produjo como respuesta a la pregunta de un periodista en la rueda de prensa ofrecida en la Casa Blanca el 12 de febrero de 2002; *vid.* https://www.c-span.org/video/?168646-1/defense-department-briefing, min. 37:53). La «agnotología» propone también atender al modo en que las limitaciones de conocimiento son abordadas en los procesos judiciales, según los sujetos que las evidencien, dando lugar a una diversidad de formas de no-saber, que incluyen consideraciones sobre lo que vale como conocimiento y como no-conocimiento en el contexto de las valoraciones judiciales.

[175] O'Malley (2000 y 2004).

fundamenta en «expectativas» más que en «predicciones»[176]. El liberalismo abrigará siempre en su seno una tensión entre cálculo de riesgos e incertidumbre como servidumbre de la libertad. Calculabilidad y burocracia, e incertidumbre y libertad de acción, habrían avanzado por sus propias vías, sin llegar a excluirse mutuamente[177].

En realidad, certidumbre, riesgo e incertidumbre no definen polos aislados, sino tipos ideales en un continuum de previsibilidad. Desde una perspectiva jurídica, Embid Tello propone una categorización de esos estadios como entornos de decisión desde el punto de vista de la seguridad del conocimiento sobre los efectos futuros. Una decisión en situación de certidumbre sería aquella en la que a cada opción se asocia un efecto seguro. El riesgo, en cambio, remite a varias consecuencias posibles ordenadas en términos de probabilidad. Por último, la incertidumbre ofrece varias consecuencias para cada opción, pero cuyo grado de probabilidad es sin embargo desconocido[178].

Hildebrandt, con su entrelazamiento entre derecho y tecnologías, propone una cuádruple distinción que combina dos factores de diferenciación: el grado de calculabilidad de las consecuencias del evento hipotético, y el grado de acuerdo en su valoración. El *riesgo* opera solo si las consecuencias son calculables y existe acuerdo sobre su calificación; cuando las consecuencias son calculables, sin acuerdo sobre ellas, nos movemos en la *ambigüedad*; en cambio, si hay acuerdo sobre las consecuencias, pero el cálculo no es posible, nos situamos en la *incertidumbre*; por último, la *ignorancia* resultará de la inexistencia de acuerdo y de cálculo de las consecuencias del evento[179].

Si bien estas clasificaciones resultan útiles para planificar escenarios de decisión, nótese que en cualquiera de ellas el «riesgo» deviene fluido. De este modo, las distribuciones de probabilidad para cada alternativa de decisión nos acercarán a la

[176] O'Malley (2000, p. 468).

[177] O'Malley (2015, pp. 24-28). El neoliberalismo pretende una restauración de la incertidumbre, que encuentra en la exaltación del emprendedor su sujeto económico característico. En esta perspectiva la problematización del futuro se produce por vías más «creativas» que el estricto cálculo estadístico experto, que no deja de concebir el futuro como una repetición del pasado. La «vitalidad» del neoliberalismo radica en esas racionalidades innovadoras ante la incertidumbre, que no desplazan obviamente el cálculo cuantitativo de riesgos, pero sí lo problematizan (O'Malley 2000, pp. 463-465), proponiendo un «arte creativo de lo posible» más que un cálculo rígido del riesgo (O'Malley 2015, pp. 15-16).

[178] Embid Tello (2010, 120).

[179] Hildebrandt (2015, pp. 77-78).

certeza –incluso en casos de disputa sobre la valoración de efectos– o, en cambio, a la incertidumbre –y hasta a la ignorancia, si la controversia alcanza a la valoración de las consecuencias–.

En cualquier caso, la fiabilidad del conocimiento disponible sobre los hechos futuros condiciona la opción por unas u otras de las racionalidades decisorias. Ello desembocará en actitudes de *prevención* y de *precaución*. Mientras aquella alude a formas de gestión de riesgos en sentido estricto como probabilización de la incertidumbre, la precaución define una actitud decisoria que se mantiene en la incertidumbre, sin probabilizarla. La base probabilística de la prevención implica la confianza en que la eventualidad de ciertas amenazas puede ser calculada a partir del conocimiento disponible sobre el pasado[180]. La prevención presupone entonces una capacidad, en términos de probabilidad, para establecer relaciones entre los factores observados y sus resultados objetivados. Asume así que se dispone de información suficiente y la pericia técnica precisa para anticipar el futuro. La prevención contiene un ingrediente tecnocrático, orientando la decisión política y las actuaciones jurídicas hacia técnicas de cálculo que se reputan atinadas.

Esta actitud preventiva caracteriza las áreas de seguridad pública, pues la prevención define el paradigma de gubernamentalidad liberal, como entramado de aseguramiento frente a riesgos[181].

Riesgo y tecnocracia, gobierno experto si se quiere, son nociones entrelazadas. No obstante, pueden servir como ejemplo ciertos espacios de intervención pública donde instrumentos de regulación establecen marcos de intervención con una lógica anticipatoria y preventiva. Cabe citar en este sentido la acción en materia de seguridad nacional, especialmente contra el terrorismo[182], la salud publica[183], la seguridad

[180] Stalcup (2015, pp. 71-78).

[181] Dean (1999a, pp. 176 y ss.), O'Malley (2004 y 2005).

[182] Un ejemplo claro de gestión preventiva es la clasificación en cinco niveles de activación, asociados a los distintos niveles de riesgo de alerta antiterrorista (bajo, moderado, medio, alto, muy alto), prevista en el Plan de Prevención y Protección Antiterrorista, conforme a su última actualización por Instrucción núm. 3/2015, de la Secretaría de Estado de Seguridad. La apreciación de cada uno de esos niveles de riesgo «lleva aparejada la inmediata puesta en marcha de un grupo de medidas específicas adaptadas a la naturaleza de la amenaza». Véase el dossier de prensa publicado al respecto por el Ministerio disponible en http://www.interior.gob.es/documents/10180/4422164/Dossier_NAA.pdf/, ya que el contenido del Plan y de la propia Instrucción no es público. Los argumentos de la Administración General del Estado para denegar el acceso a tal información pública pueden conocerse a través de la Resolución de la Secretaría de Estado de Seguridad de 3/11/2017 (http://transparencia.gob.es/transparencia/dam/jcr:b47c6bc0-0c1e-4a8d-b3ff-0d1cb40b8df5/Resolucion-

alimentaria[184], la protección civil[185] o la protección ambiental[186], pero también aquellos espacios de acción policial preventiva que han incorporado la gestión actuarial de

---

018188-INTERIOR-anonimizada.pdf). La denegación de acceso se fundamenta en el carácter meramente «doméstico» de la instrucción (conforme al art. 6.1 LRJSP), no sujeta por lo tanto al deber de publicidad activa del art 7.a) LTAIBG, y en las limitaciones previstas en el art. 14.1.a), d) y e) de dicha norma, al considerar que el acceso a la Instrucción mencionada supondría un perjuicio para la seguridad nacional, l seguridad pública y la prevención, investigación y sanción de ilícitos penales o administrativos. Otros ejemplos de prácticas preventiva sen el ámbito de las políticas antiterroristas pueden hallarse en el capítulo 5 de la Estrategia de Seguridad Nacional española de 2017. En dicho capítulo se asumen distintas líneas de acción de carácter preventivo vinculadas a distintos objetivos, como: la prevención de conflictos internacionales y la contención de amenazas emergentes, desde el punto de vista del objetivo de la defensa nacional; la prevención de la radicalización violenta y el fomento del diálogo intercultural e interreligioso para el objetivo de lucha contra el terrorismo; la potenciación de la seguridad integral de las infraestructuras críticas con miras a su protección; prevenir en origen la inmigración irregular con la finalidad de la ordenación de los flujos migratorios…

[183] Así, los arts. 19 y 22 de la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública, establece las acciones específicas a desarrollar por las Administraciones públicas, en el ámbito de sus competencias, para «la prevención de problemas de salud» y la «prevención de enfermedades y la promoción de la salud en los servicios sanitarios». También la Ley 4/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, requiere que las Administraciones Públicas Sanitarias orienten su actuación «a la prevención de las enfermedades y no sólo a la curación de las mismas» (art. 6), debiendo ser la prevención una de las características fundamentales del Sistema Nacional de Salud (art. 46.b) y una de las funciones a desarrollar por las Áreas de Salud (art. 56.2.a) y de los Centros de Salud en las zonas básicas (art. 63), en el marco de la atención primaria, y de los centros hospitalarios (art. 68). Muy en concreto, la norma considera una «actividad fundamental del sistema sanitario la realización de los estudios epidemiológicos necesarios para orientar con mayor eficacia la prevención de los riesgos para la salud [...]». Además, la apreciación de un riesgo inminente y extraordinario para la salud habilita a las autoridades sanitarias a adoptar «las medidas preventivas que estimen pertinentes, tales como la incautación o inmovilización de productos, suspensión del ejercicio de actividades, cierres de empresas o sus instalaciones, intervención de medios materiales y personales y cuantas otras se consideren sanitariamente justificadas» (art. 26, medidas preventivas que deberán adoptarse bajo los principio del art. 28). Este marco preventivo general sobre la salud pública se concreta en medidas concretas en situaciones sanitarias específicas, como las actuaciones de respuesta para el control de la transmisión de COVID-19 (véase, en este sentido, el ejemplo expuesto en el subapartado siguiente para ilustrar la variante del riesgo epidemiológico).

[184] La normativa comunitaria en la materia se sustenta en el análisis, determinación, gestión y comunicación de riesgos. En este ámbito, «riesgo» significa «la ponderación de la probabilidad de un efecto perjudicial para la salud y de la gravedad de ese efecto, como consecuencia de un factor de peligro» (entendiéndose por tal «factor de peligro» todo agente biológico, químico o físico presente en un alimento o en un pienso, o toda condición biológica, química o física de un alimento o un pienso que pueda causar un efecto perjudicial para la salud». El «análisis del riesgo» es el fundamento de la acción preventiva, y abarca las etapas de determinación, gestión y comunicación del riesgo. Véase el art. 3, apartados 9) a 14), y su concreción a lo largo de todo el articulado del Reglamento (CE) 178/2002 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 28 de enero de 2002, por el que se establecen los principios y los requisitos generales de a legislación alimentaria, se crea la Autoridad Europea de Seguridad Alimentaria y se fijan procedimientos relativos a la seguridad alimentaria. En la legislación nacional en la materia, la actuación preventiva basada en el análisis de riesgos para la salud se erige en fin específico, en principio de actuación y, en definitiva, en el fundamento del principio de seguridad alimentaria. Véanse los arts. 1.2, 4, 9 y 10 de la Ley 17/2011, de 5 de julio, de seguridad alimentaria y nutrición.

[185] La Ley 17/2015, de 9 de julio, del Sistema Nacional de Protección Civil, acoge la «política de prevención de riesgos de protección civil» como forma específica de intervención pública (arts. 10 a 12), junto con la planificación de la protección civil, la respuesta inmediata a las emergencias, la recuperación de la normalidad en zonas siniestradas y la evaluación e inspección del Sistema Nacional de Protección Civil. La Dirección General de Protección Civil y Ayuda Humanitaria de la Comisión Europea entiende la prevención en este terreno como las «actividades concebidas para garantizar una protección

riesgos, como la prevención en violencia de género[187] y en los riesgos del tránsito fronterizo[188]. Los marcos normativos de estos ámbitos orientan hacia la prevención de riesgos, a menudo articulada mediante saberes técnicos e instrumentos tecnológicos, aptos para la evaluación y la gestión de aquellos[189]. Nótese que el cálculo de

---

permanente contra un desastre. Incluyen labores de ingeniería, medidas de protección física, medidas legislativas para el control del uso del territorio y códigos de construcción. [...]». *Cfr.* ECHO, *Disaster Preparedness and Prevention (DPP): State of play and strategic orientations for EC policy. Working Paper*, disponible en: https://ec.europa.eu/echo/files/policies/dipecho/dpp_paper.pdf

[186] La vocación preventiva recorre todo el ordenamiento jurídico ambiental, junto con el principio de precaución, según citaremos. A nivel europeo comunitario, el art. 191.2 del Tratado de Funcionamiento de la UE impone la «acción preventiva» como principio de la política de la Unión en el ámbito del medio ambiente. En la legislación estatal básica, el Anejo III del RDLeg 1/2016, de 16 de diciembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de prevención y control integrados de la contaminación, estipula los aspectos que han de concretar la determinación de «las mejores técnicas disponibles» a emplear en una actividad, a la luz de los principios de precaución y prevención. En materia de evaluación ambiental, el «análisis técnico del expediente» se dirige a deducir los efectos esperados de los planes, programas y proyectos sobre los diferentes factores objeto de dicha evaluación, «con el fin de proponer las medidas más adecuadas para su prevención, corrección o compensación» (art. 5.1.l) Ley 21/2013, de 9 de diciembre, de evaluación ambiental). Y, obviamente, la prevención se encuentra incorporada como principio en la legislación autonómica de tuición ambiental (véase, a modo de ejemplo, el art.3.b) de la Ley 6/2017, de 8 de mayo, de Protección del Medio Ambiente de la Comunidad Autónoma de La Rioja).

[187] Recordemos que el art. 544ter LECrim, introducido por el art. 2 de la Ley 27/2003, de 31 de julio, reguladora de la Orden de protección de las víctimas de violencia doméstica, vincula la adopción de las medidas reguladas en el precepto a la apreciación de «una situación objetiva de riesgo para la víctima», considerando las personas mencionadas en el art. 153 CP. Así mismo, la prevención de la violencia de género es el objetivo que estructura toda la LOIVG y a partir del cual se despliegan los distintos recursos de intervención pública en la materia. Véanse la Exposición de Motivos de la norma y sus arts. 1 y 2 en cuanto a su objeto y principios rectores. La protección de las víctimas y prevención de las agresiones se apoya en recursos tecnológicos integrados en el fichero Violencia Doméstia y de Género (VioGén) de la Secretaría de Estado de Seguridad (apartado 13, Anexo II, Orden INT/1202/2011, de 4 de mayo, por la que se regulan los ficheros de datos de carácter personal del Ministerio del Interior).

[188] Todo el marco regulativo del control de fronteras exteriores del espacio Schengen se basa en categorizaciones de la circulación que tratan de asegurar un equilibrio entre la fluidez del tránsito y la gestión securitaria. Se pretende en definitiva una gestión eficiente de los riesgos aparejados a la «movilidad funcional». Este enfoque de gobierno es patente en el «Código de fronteras Schengen» (Reglamento (UE) 2016/399 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de marzo de 2016, por el que se establece un Código de normas de la Unión para el cruce de personas por las fronteras), y es el principio inspirador de la construcción tecnológica de la frontera (la llamada *Smart border solution*). Véase al respecto la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo «Fronteras inteligentes: opciones y camino a seguir», COM(2011) 680 final, que se vertebra sobre la idea de riesgo (migratorio). Un enfoque que se explicita y concreta en el Reglamento (UE) 2018/1240 del Parlamento y del Consejo, de 12 de septiembre de 2018, por el que se establece un Sistema Europeo de Información y Autorización de Viajes (SEIAV), que instaura un mecanismo de gestión actuarial del riesgo para el tránsito de las fronteras exteriores por parte de nacionales de terceros países exentos de la obligación de visado en el acceso al espacio Schengen.

[189] Así sucede con el sistema actuarial de Valoración Policial del Riesgo y de Valoración Policial de la Evolución del Riesgo de agresión (reglado parcialmente por la Instrucción 4/2019, de la Secretaría de Estado de Seguridad), que evalúa la «situación objetiva de riesgo para la víctima» de violencia de género aludida por el art 544ter LECrim; y con el algoritmo para la elaboración de perfiles, que funciona como núcleo de la detección sistemática de riesgos del SEIAV (art. 33.1 Reglamento (UE) 2018/1240).

probabilidad que orienta el gesto preventivo no equivale a una cuantificación numérica; puede medirse en términos cualitativos según estimaciones no numéricas. Lo relevante es el esfuerzo por operar una reducción de la incertidumbre asociando probabilidades de ciertos eventos, con inevitables márgenes de error.

La precaución, en cambio y según vimos, nace de un déficit de información o capacidad técnica. Por ello el futuro se vislumbra a partir de los datos acumulados, sino desde su estricto carácter hipotético. La «filosofía de la precaución» incluye los objetivos de la prevención (evitar determinadas consecuencias indeseadas mediante una gestión atinada de la amenaza), pero los supera al sobreponerse a un déficit inicial de conocimiento[190]. La precaución, para Ewald, nace de la incertidumbre como un hecho inabordable desde la probabilidad: supone «una infinita voluntad de saber, de saber que se sabe cómo saber lo que no se sabe»[191]. La precaución deviene así un riesgo no mensurable, no evaluable, es decir, en definitiva, un «no riesgo»[192], o un «riesgo cero» si se quiere, al reinstaurar una lógica de la responsabilidad basada en la actuación perentoria[193]. La precaución puede responder a una incertidumbre originaria, provocada por la introducción de nuevos productos o técnicas; o sea sobrevenida, por avances del conocimiento científico que desvelan «nuevos riesgos»[194].

La precaución, en cuanto gobierno, difiere de la prevención y de toda forma de gestión de la incertidumbre desde la incertidumbre misma[195]. Difiere del cálculo propio de la prevención, pero no asume resignadamente la incertidumbre. De ahí la ambigüedad de su estatuto epistemológico. Por un lado, es posible comprender el principio de precaución como expresión máxima de la «primacía de la ciencia» que, al topar con una incertidumbre insuperable, impone una excepción que habilita decisiones drásticas frente a la amenaza hipotética; pero también su levantamiento, una vez vencida la incertidumbre[196]. Cabrá también, no obstante, proponer una decisión política frente a la amenaza, abriendo un tiempo de espera: un caso de «prevención preventiva»

[190] Ewald (1993, 1996b, 2001 y 2002).

[191] Ewald (2001, p. 33).

[192] Ewald (1996b, p. 398).

[193] Ewald (2002, pp. 285-288).

[194] Esteve Pardo (2009, pp. 143-144).

[195] Proctor (2008), Aradau (2017), O'Malley (2000 y 2015).

[196] Esteve Pardo (2009, p. 147).

que rearticula la relación entre saberes expertos y decisión[197]. Responde a aquellas situaciones en las que, como advirtió Luhmann, no actuar supone también un riesgo[198]. Se trata de una suerte de vocación anticipatoria de la legislación positiva, incorporada expresamente a los espacios de gobierno con orientación preventiva[199]. El principio de precaución, o de cautela, emerge como una variante del abordaje del riesgo allí donde el saber necesario muestra sus límites, como es el caso de materias como la protección ambiental[200], la salud pública[201] y la seguridad alimentaria[202], pero también la seguridad nacional, aunque sin referente normativo explícito al respecto[203].

---

[197] Amoore (2013, p. 9).

[198] Luhmann (1992, p. 101). No obstante, el modo en que la precaución ha de operar no es una cuestión pacífica. Como advierte Scott en el caso de la precaución frente a los riesgos del desarrollo científico-tecnológico, pueden distinguirse dos posturas según la posición que el principio asuma respecto a tal conocimiento. Una de ellas, partidaria de que la lógica de la precaución no obstaculice aquel desarrollo, propone su aplicación una vez que se hayan identificado todos los riesgos, en los supuestos en que persistan zonas de incertidumbre no asumible. Se trata, por lo tanto, de una aplicación *a posteriori* del desarrollo científico-técnico. La segunda postura propone la incorporación del principio de precaución en el seno de aquel mismo desarrollo, con el fin de condicionar el modo en que se desenvuelve el conocimiento mismo. Mientras en el primer caso la precaución se formula como un problema sobre todo de gestión de riesgos, en el segundo se ofrece como un enfoque, principalmente, de evaluación *ex ante* de los riesgos posibles (Scott 2005, pp. 60-61). La primera postura supondría, por ejemplo, la no comercialización de una determinada tecnología ya existente ante la imposibilidad de determinar con exactitud su potencial dañoso y las medidas preventivas que deberían adoptarse. La segunda, en cambio, implicaría plantearse la opción de no llegar a desarrollar dicha tecnología, al menos hasta que pudieran concretarse los riesgos y el modo de prevenirlos.

[199] La Comisión Europea ofreció ya en el año 2000 un marco general para la aplicación del principio de precaución en ciertos ámbitos de gobierno en los que, como el medio ambiente o la salud pública, el principio de precaución emergía como instrumento de decisión pública. La Comisión advierte el carácter eminentemente político de la precaución, ya que exige un juicio sobre «el nivel de riesgo 'aceptable' para la sociedad». Exige una evaluación de la incertidumbre existente sobre el conocimiento disponible y, además, una valoración sobre la aceptabilidad del grado de incertidumbre apreciado. Se trata por lo tanto de una especie de habilitación normativa para sobreponerse al (limitado) conocimiento disponible. No obstante, el recurso de la precaución exige, para la Comisión, hallar un «equilibrio entre la libertad y los derechos de los individuos, de la industria y de las empresas, y la necesidad de reducir el riesgo de efectos adversos para el medio ambiente y la salud humana, animal o vegetal». En consecuencia, se reclaman ciertos principios generales en su empleo, como la proporcionalidad, no discriminación, coherencia y análisis de ventajas e inconvenientes. *Vid.* Comunicación de la Comisión sobre el recurso al principio de precaución de 2 de febrero de 2000, COM(2000) 1 final.

[200] Junto con el principio de prevención de riesgos, los ya citados art. 191.2 TFUE, Anejo III del RDLeg 1/2016, art. 3.b) de la Ley riojana 6/2017, inscriben el principio de precaución o cautela en la política pública ambiental, tanto comunitaria europea como estatal y autonómica.

[201] El art. 27.3 de la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública, prescribe que las acciones de protección de la salud se regirán «por los principios de proporcionalidad y de precaución». La propia norma define este último principio en el ámbito de la salud en su art. 3.d) como la decisión de «cesación, prohibición o limitación» de una actividad sobre la que concurran «indicios fundados de una posible afectación grave de la salud de la población, aun cuando hubiera incertidumbre científica sobre el carácter del riesgo».

[202] El ya citado Reglamento (CE) 178/2002, sobre principios y requisitos generales de seguridad alimentaria, acoge el «Principio de cautela» en su art. 7. Conforme a este, pueden adoptarse «medidas

En este contexto de la incertidumbre no probabilizada, últimamente se abre paso una actitud de *anticipación* o *preparación* (*preparedness*) ante la amenaza, diferente a la precaución. Tal sucede ante hipotéticos escenarios catastróficos, con origen en actos de terrorismo, emergencias sanitarias o desastres naturales. Al igual que la precaución, la anticipación opera respecto a una incertidumbre potencial. Pero, en lugar de optar por una decisión rotunda frente al déficit epistémico, la anticipación «configura un tiempo y un espacio de espera, vigilante, para detectar el momento en que incidentes precursores aparezcan»[204]. Esta postura, que se inserta en el «devenir» del evento, no aspira a predecir el futuro, sino a gobernar el tracto que anticipa el evento por vislumbrar[205]. En este caso las prácticas securitarias se activan frente a una amenaza de entidad imprecisa, pero que reclama intervención; o, al menos, gestiones preliminares. La actuación anticipatoria se instala por lo tanto en la lógica de la sospecha y la vigilancia ante *posibles* riesgos no identificados con precisión, sino desde indicios o precursores que permiten anticipar los contornos y decisiones preparativas, en clave prospectiva. Ello incluye anticipar un amplio rango de actividades[206]: acciones de planificación[207],

provisionales de gestión del riesgo» para asegurar un nivel elevado de protección de la salud «cuando, tras haber evaluado la información disponible, se observe la posibilidad de que haya efectos nocivos para la salud, pero siga existiendo incertidumbre científica». Ello conforme a los principios de proporcionalidad y necesidad que estipula el apartado segundo del precepto. Por recepción de tal regulación comunitaria, la Ley 17/2011, de 5 de julio, de seguridad alimentaria y nutrición, admite igualmente medidas provisionales de gestión del riesgo cuando se aprecien posibles efectos nocivos para la salud, pero exista incertidumbre científica al respecto, «a la espera de una información científica adicional, que permita una evaluación del riesgo más exhaustiva». Lo cual será de especial pertinencia «ante la aparición de riesgos emergentes», noción especialmente vinculada a la actitud de cautela, y que el art. 3.2.b) de la Ley define como «el riesgo resultante de una incrementada exposición o susceptibilidad frente a un factor desconocido hasta el momento, o bien el asociado a un incremento en la exposición frente a un peligro ya identificado».

[203] Por ejemplo, en los años posteriores al 11 de septiembre de 2001, el Gobierno de Estados Unidos apeló expresamente a la elaboración de una «nueva cultura preventiva» decididamente anticipatoria, ante la hipótesis de que «cuanto mayor la manaza, mayor es el riesgo de la inacción» –según palabras literales de George W. Bush en discurso de 1 de enero de 2003; citado por Lamo de Espinosa (2004, 57)–. Cabe decir que, en ese contexto de «guerra contra el terrorismo», el principio de precaución fue incorporado abiertamente en las políticas relativas a la seguridad nacional.

[204] Stalcup (2015, p. 77).

[205] Samimian-Darash (2009), Samminan-Darash y Rabinow (2015).

[206] La Dirección General de Protección Civil y Ayuda Humanitaria ha definido la «preparación» en ese ámbito competencial como aquellas «actividades organizativas que aseguran que los sistemas, procedimientos y recursos exigidos para enfrentarse a desastres naturales estén disponibles con el fin de proporcionar a tiempo asistencia a los afectados, utilizando todos los posibles mecanismos existentes (por ejemplo, entrenamiento, sensibilización, establecimiento de planes frente a los desastres, planes de evacuación, abastecimiento anticipado de stocks, mecanismos de alerta temprana, fortalecimiento del conocimiento). *Cfr.* European Commission Humanitarian Aid Office (ECHO), *Disaster Preparedness*

actuaciones genéricas de vigilancia, supervisión o análisis[208], procedimientos para la identificación de riesgos emergentes[209], sistemas de alerta temprana o precoz[210],

---

and Prevention (DDP): State of play and strategic orientations for EC policy. Working Paper, Bruselas: Comisión Europea, 2006, 6 (https://ec.europa.eu/echo/files/policies/dipecho/dpp_paper.pdf)

[207] Por ejemplo, el art. 4 de la Ley 36/2015, de 28 de septiembre, de Seguridad Nacional, define la Estrategia de Seguridad Nacional como el marco político estratégico de referencia de la Política de Seguridad Nacional (donde la anticipación y la prevención se configuran como dos de sus principios básicos). Entre los contenidos esenciales de la Estrategia se halla el análisis del entorno estratégico y la concreción de los riesgos y amenazas que afecten a la seguridad de España, definiendo las correspondientes líneas de acción estratégica. Desde la perspectiva de la protección civil, la Ley 17/2015, de 9 de julio, del Sistema Nacional de Protección Civil, incluye como actuación propia de dicho Sistema «Planificar los medios y medidas necesarias para afrontar las situaciones de riesgo» (art. 3.1.b). Lo cual habrá de concretarse, en primer término, en la Estrategia del Sistema Nacional de Protección Civil, instrumento consistente «en analizar *prospectivamente* los riesgos que *puedan* afectar a las personas y bienes protegidos por la protección civil y las capacidades de respuesta necesarias, y en formular en consecuencia las líneas estratégicas de acción para alinear, integrar y priorizar los esfuerzos que permitan optimizar los recursos disponibles para mitigar los efectos de las emergencias» (art. 4, énfasis añadidos).

[208]Así, la Estrategia de Seguridad Nacional 2017, en su capítulo 5, reconoce la relevancia de un «seguimiento permanente del entorno de seguridad y sus constantes cambios». El Ministerio del Interior dispone de varios ficheros para el análisis de inteligencia sobre fenómenos que puedan afectar a la seguridad nacional, especialmente vinculados al crimen organizado. Así, por ejemplo: el fichero OSUNT, para «seguimiento de documentación relevante disponible en Internet» y otras fuentes abiertas sobre dichos fenómenos, con el fin de elaborar «informes de inteligencia prospectiva»; el fichero BDIS (Base de Datos de Informes de Situación del crimen organizado), que busca «tener un conocimiento más profundo de los factores que inciden en la criminalidad organizada en España» para la elaboración de informes de «Inteligencia Estratégica»; y el fichero BDTRATA (Base de Datos de Trata de seres humanos), dirigido a «tener un conocimiento más profundo de la trata de seres humanos y de los fenómenos delictivos asociados a ella», de nuevo, para la elaboración de informes de «Inteligencia Estratégica» (apartados 2, 6 y 7 del Anexo I de la Orden INT/1202/2011, de 4 de mayo, por la que se regulan los ficheros de datos de carácter personal del Ministerio del Interior).

En materia de salud pública, la Ley 33/2011 define en su art. 12.1 la «vigilancia en salud pública» como «el conjunto de actividades destinadas a recoger, analizar, interpretar y difundir información relacionada con el estado de la salud de la población y los factores que la condicionan, con el objeto de fundamentar las actuaciones de salud pública», cuyas funciones habrán de ser ejercidas por las distintas Administraciones territoriales según su ámbito competencial (arts. 13 y 14).

[209] Una de las funciones de la Autoridad Europea de Seguridad Alimentaria, creada en virtud del Reglamento (CE) 178/2002, es la de emprender «acciones para identificar los riesgos emergentes en los ámbitos comprendidos en su cometido» (art. 23.f) del Reglamento), creando para ello «procedimientos de control para buscar, recopilar, cotejar y analizar, de modo sistemático, la información y los datos» con tal fin de identificación de riesgos emergentes (art. 34). Bajo esta funcionalidad no se trata ya de evaluar o de gestionar los riesgos considerados emergentes por su manifestación todavía incipiente, sino de *identificarlos* en un momento en que todavía no están siquiera caracterizados.

[210] Como instrumento esencial para la vigilancia en salud pública, la Ley 33/2011 entiende necesario «contar con unos sistemas de alerta precoz y respuesta rápida para la detección y evaluación de incidentes, riesgos, síndromes, enfermedades y otras situaciones que pueden suponer una amenaza para la salud de la población» (art. 12), integrados en la Red de Vigilancia en Salud Pública (art. 13.3), cuya gestión corresponde principalmente al Ministerio con competencias en materia sanitaria (art. 14). De nuevo en materia de seguridad alimentaria, el Reglamento (CE) 178/2002 establece, en virtud de sus arts. 35 y 50 a 52, un sistema de alerta rápida vinculado a las labores de vigilancia de los riesgos sanitarios y nutricionales derivados de los alimentos ejercidas por la Autoridad Europea. En el mismo sentido, en el plano estatal, el art. 25 de la Ley 17/2011, de 5 de julio, de seguridad alimentaria y nutrición, regula el Sistema Coordinado de Intercambio Rápido de Información a escala nacional, remitiéndose en cuanto a sus principios de actuación y funcionamiento a las previsiones del sistema de alerta comunitario.

medidas de abastecimiento cautelar de determinados bienes[211] y, en general, medidas organizativas ante escenarios definidos de forma todavía vaga.

Este elenco de actitudes de anticipación puede sistematizarse como sigue:

CUADRO 2. Actitudes anticipatorias

	Conocimiento disponible	**Lógica**	**Aplicaciones concretas (ejemplos)**
PREPARACIÓN	Incertidumbre potencial: imprecisión sobre el carácter de la propia amenaza (no se sabe qué no se sabe sobre un resultado hipotético)	Espera, sospecha, vigilancia	**Seguridad nacional**: seguimiento permanente del entorno de seguridad y sus constantes cambios (Estrategia de Seguridad Nacional 2017, cap. 5); ficheros del Ministerio del Interior para detección de tendencias y análisis prospectivos sobre fenómenos que afecten a la seguridad pública nacional, en especial sobre crimen organizado: OSUNT, BDIS, BDTRATA (Anexo I, aps. 2, 6 y 7, Orden INT/1202/2011, de 4 de mayo) **Riesgos catastróficos y protección civil**: preparación previa ante los riesgos y sistema de alerta rápida (Art. 2.f) Reglamento (CE) 1257/96); planificación estratégica frente a situaciones de riesgo a partir de un análisis prospectivo de los riesgos (arts. 3.1.b) y 4 Ley 7/2015) **Salud pública**: vigilancia en salud pública y sistemas de alerta precoz (art. 12 a 14 Ley 33/2011); suministro centralizado de medicamentos, productos sanitarios o productos necesarios para la protección de la salud, ante dificultades de abastecimiento (art. 4 LO 3/1986) **Seguridad alimentaria**: identificación de riesgos emergentes y sistema de alerta rápida (arts. 23.f), 34, 35 y 50 a 52 Reglamento (CE) 178/2002); Sistema Coordinado de Intercambio Rápido de Información (art. 25 Ley 17/2011)

Considerando la respuesta ante riesgos catastróficos, el art. 2.f) del Reglamento (CE) 1257/96 incorpora a los objetivos de las acciones de ayuda humanitaria el «garantizar una preparación previa ante los riesgos» y «utilizar un sistema de alerta rápida y de intervención adecuada».

[211] El art. cuarto de la LO 3/1986, de 14 de abril, de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública, admite que la Administración sanitaria estatal establezca el suministro centralizado de ciertos medicamentos, productos sanitarios o cualquier producto necesario para la protección de la salud cuando estos se vean afectados «por excepcionales dificultades de abastecimiento y para garantizar su mejor distribución».

PRECAUCIÓN O CAUTELA	Incertidumbre: imprecisión sobre los factores que contribuyen a la amenaza (se sabe qué no se sabe sobre un resultado hipotético)	Decisión sin probabilizar la incertidumbre	**Protección ambiental**: art. 191.2 TUE; Anejo III RDLeg 1/2016; legislación ambiental autonómica (art. 3.b) Ley 6/2017 La Rioja) **Salud pública**: cesación, prohibición o limitación de actividades incluso en situación de incertidumbre científica sobre el riesgo (arts. 27.3 y 3.d) Ley 33/2011) **Seguridad alimentaria**: medidas provisionales de gestión del riesgo (art. 7 Reglamento (CE) 178/2002) y medidas provisionales de gestión ante «riesgos emergentes» (arts. 5.2, 7 y 20.2 Ley 17/2011), aun en situación de incertidumbre científica
PREVENCIÓN	Certidumbre relativa Certeza relativa sobre los factores que contribuyen a la amenaza (saber relativo sobre un resultado hipotético)	Probabilización de la incertidumbre (cuantitativa o cualitativa)	**Seguridad nacional (terrorismo)**: medidas específicas adaptadas a la naturaleza de la amenaza, según el Nivel de Alerta Antiterrorista apreciado en cada momento (Plan de Prevención y Protección Antiterrorista, conforme a la Instrucción 3/2015, de la Secretaría de Estado de Seguridad); prevención de conflictos, contención de amenazas emergentes, prevención de la radicalización violenta, diálogo intercultural, prevención de ciberamenazas, seguridad integral de infraestructuras críticas, ordenación de los flujos migratorios… (Estrategia de Seguridad Nacional 2017, cap. 5) **Protección civil**: política de prevención de riesgos de protección civil (arts. 10-12 Ley 17/2015) **Salud pública**: acciones sobre determinantes de la salud, programas preventivos específicos, acciones de prevención primaria, información preventiva… (arts. 19 y 22 Ley 33/2011) **Seguridad alimentaria**: acción preventiva basada en análisis de riesgos para la salud, como fundamento del principio de seguridad alimentaria (arts. 1.2, 4, 9 y 10 Ley 17/2011) **Violencia de género**: orden de protección supeditada a la apreciación de una situación objetiva de riesgo para la víctima (art. 544ter LECrim); fichero VioGén (Anexo II, ap. 13, Orden INT/1202/2011, de 4 de mayo). **Control de fronteras**: detección sistemática de riesgos «migratorios» en el tránsito de nacionales de terceros Estados exentos de la obligación de visado para el acceso al espacio Schengen (arts. 33-35 Reglamento (UE) 2018/1240)

4.2.3 Variantes funcionales del riesgo

Según vemos, los saberes que articulan el riesgo son variados, posibilitando distintas estrategias de evaluación y gestión de las amenazas securitarias. Incluso en el caso de sus aplicaciones punitivas, habilita distintas formas de operar. El riesgo punitivo admitirá, pues, distintas aplicaciones: desde variantes vinculadas a saberes de tipo psicológico o clínico, hasta las más recientes formas de cálculo algorítmico con técnicas de *big data*.

Tal diversidad de versiones técnicas requiere aclarar, en primer lugar, los conceptos de riesgo y peligro, empleados hasta con ambivalencia.

De hecho, como veremos en el capítulo sexto, el regulador recurre indistintamente a uno u otro al incorporarlos como conceptos normativos, sin remitir a una u otra técnica anticipatoria para procesar las amenazas como peligros o, estrictamente, como riesgos. Solo en casos, como el SEIAV (en la gestión de las fronteras Schengen) o el sistema VPR/VPER en materia de violencia de género, encontramos remisiones normativas identificadoras de la específica gestión de riesgos utilizada. Las más de las veces los conceptos normativizados de riesgo y peligro abren la norma jurídica a técnicas no predeterminadas por la norma misma.

La dicotomía riesgo/peligro remite en ocasiones a la carga de incertidumbre de la situación concreta, o a la precariedad del conocimiento disponible. Así, en materia ambiental, especialmente entre la doctrina alemana, el peligro se situaría próximo a la situación de certeza y el riesgo a dificultades de concreción de la amenaza, es decir, a la incertidumbre [212] . Los peligros designarían sucesos conocidos probables, de probabilidad bien determinadas, mientras que el riesgo atendería a sucesos conocidos, pero de probabilidades inciertas (incertidumbre en sentido laxo), o no conocidos, pero posibles (incertidumbre en sentido estricto). Esta elasticidad del riesgo, que abarcaría hasta la incertidumbre no probabilizada, es afín a Beck con su teoría de la «sociedad del riesgo», y la inversión del sentido probabilístico que, sin embargo, aquí reservamos para el concepto.

Esta distinción entre riesgo y peligro limita su aplicación al tratamiento del potencial peligroso «de las conductas» y no de los sujetos, como sucede en la tuición

[212] Embid Tello (2010, pp. 79-83). Este criterio ha sido acogido por la Agencia Europea de Medio Ambiente (AEMA).

ambiental o el tratamiento de las amenazas derivadas del desarrollo tecnológico y productivo. En el juicio sobre los sujetos como fuente de conductas potenciales, cobrará sentido la diferencia entre *peligrosidad* y *riesgo*. La distancia entre ambos conceptos no alude al grado de certeza de la amenaza, sino al tipo de saber proyectado. El tratamiento individualizado e «individualizante» de la peligrosidad toma al sujeto aislado aplicando intervenciones de carácter clínico. En cambio, el riesgo transita desde la individualización a la agregación y viceversa, de manera que los *factores* individuales del sujeto se toman como referencia para realizar consideraciones de tipo agregado, leyéndolo como elemento integrante de una determinada «categoría» poblacional: tal adscripción permitirá atribuir una determinada carga de riesgo al sujeto.

Indudablemente, la prognosis en el ámbito penal se basa sobre todo en tratamientos en términos de peligrosidad, con claro protagonismo de las ciencias de la conducta y el conocimiento experto de tipo clínico. El problema, en un contexto securitario crecientemente virado hacia la prevención, es que este tipo de prácticas se estima débilmente predictivo. No existen estándares fiables en que fundar una gestión de riesgos puramente clínica[213]. La incorporación de lógicas del riesgo al tratamiento de la conducta desviada busca nuevas formas de fiabilidad anticipatoria y, sobre todo, de eficiencia. Su proliferación se aprecia con claridad en espacios policiales de toma de decisión y conecta con el traslado de la atención punitiva desde la reacción ante la infracción a la prevención de conductas, con carácter previo a la verificación del ilícito. En esta lógica, examen y tratamiento clínicos pierden peso frente a la selectividad anticipatoria que habilitan los saberes –especialmente estadísticos– que nutren la evaluación y gestión de riesgos. Cabrá sostener por ello que el riesgo es un instrumento que porta una comprensión eminentemente administrativa del problema de la desviación, como de hecho pone de relieve la expresión de «criminología administrativa» popularizada por Young[214].

La exposición precedente podría sugerir una división tajante entre prácticas de la peligrosidad y del riesgo, lo que no ajustaría a la realidad. Las formas de prognosis son variadas, y presentan combinaciones de saberes clínicos, actuariales e incluso

[213] Al cabo, apuntó Terradillos (1981, p. 25), la peligrosidad impone siempre una demanda de fiabilidad.

[214] Young (2003).

especulativos. De hecho, algunas prácticas del riesgo se sitúan de manera ambigua en estos enfoques. Por ejemplo, Weir ha identificado un «riesgo clínico» en aquellos modos de gestión que, desde un análisis agregado (estadístico, poblacional, numérico), incorporan técnicas de diagnóstico individual[215]. Son intervenciones articuladas por saberes que, en lenguaje foucaultiano, podríamos llamar «anatómicos», dominados en gran medida por la medicina clínica y las ciencias «psi», mediante un dispositivo genérico exploratorio[216]. Este tipo de hibridaciones en el tratamiento de la peligrosidad se manifiesta a través de lo que MacAlister denomina «juicio clínico estructurado» (*structured clinical judgment*), en el que el examen clínico suplementa los elementos actuariales del sistema de valoración[217], o sirviendo estas pautas para el juicio clínico[218]. También sucede en el enfoque riesgo-necesidad (*risk/need*) en el ámbito penitenciario, que amalgama aspectos subjetivos, criterios actuariales y puramente clínicos en la pretensión de objetividad, y recodifica las necesidades «criminógenas» de tratamiento de los internos en forma de factores de riesgo[219].

El carácter expansivo del lenguaje del riesgo lleva en ocasiones a subsumir modalidades centradas en una peligrosidad estrictamente individual. Desde este concepto ensanchado de riesgo, que cubriría cualquier técnica de cálculo de la incertidumbre, sea referida al evento individual o al evento-caso estadístico, Dean identifica cuatro grandes modalidades tópicas de uso del riesgo[220]. Este ejercicio, aun con las limitaciones que pueda presentar, resulta de interés en el complejo panorama de

---

[215] Weir (1996).

[216] En el contexto sanitario, por ejemplo, esa hibridación ha dado lugar a la conformación de la «epidemiología clínica» como disciplina que reúne «la aplicación de los conocimientos, la metodología y el razonamiento a los problemas de la medicina clínica, con el objetivo de ayudar al médico a resolver los problemas de salud de sus pacientes, interpretar la información clínica y mejorar la calidad de su investigación» (Fernández 2005, 43). Siguiendo una opción terminológica distinta, Valverde, Levi y Moore (2005, 90-1) hablan de «riesgo clínico» como técnica del riesgo enfocada hacia el diagnóstico individual.

[217] MacAlister (2005, p. 28).

[218] McSherry (2014, pp. 43-44).

[219] Bonta y Andrews (2007), Adrews, Bonta y Wormith (2006), Hannah-Moffat (1999, pp. 80-88 y 2005). Estos estudios, y el de MacAlister, se centran en la aplicación de los instrumentos punitivos actuariales en Canadá, donde han tenido un relevante desarrollo. Esta aplicación, observa MacAlister (2005), se ha producido sobre todo con respecto a los «delincuentes peligrosos» (*dangerous offenders*) sentenciados a penas indeterminadas de prisión, y aquellos sometidos por su calificación de peligrosidad a medidas de supervisión y vigilancia postpenitenciaria (*long-term supervision offenders*).

[220] Dean (1999a, pp. 184-191).

funcionalidades predictivas del riesgo. Alude Dean al riesgo vinculado a la institución del seguro (*insurance risk*), al epidemiológico (*epidemiological risk*), al asociado a la gestión de casos (*case-management risk*) y al clínico (*clinical risk*). Este último tipo, de acuerdo con la propuesta de Lorna Weir, abarcaría las prácticas de juicio clínico estructurado (*structured clinical judgment*) y el enfoque riesgo/necesidad (*risk/need management*)[221].

Más que una taxonomía conceptual, Dean pretende una clasificación de usos de técnicas distintas. El riesgo asegurador socializa el evento peligroso creando un capital preventivo compartido, orientado a compensar los daños individuales. El epidemiológico distribuye un evento según población –determina las tasas de morbilidad y mortalidad, o de conductas delictivas–, y establece técnicas de gobierno preventivas frente al evento. En cambio, el riesgo referido a la gestión de casos se sitúa en el terreno de las prácticas de peligrosidad, que quedarían fuera del lenguaje propio del riesgo, al apoyarse en técnicas cualitativas de aplicación individualizada[222]. A lo sumo, alcanzarán apenas la identificación de un espacio de riesgo en que el sujeto se inscribe[223]. El riesgo clínico, por último, posee un carácter híbrido, al compartir perspectivas agregadas –próximas al enfoque asegurador o al epidemiológico– e intervenciones clínicas en sujetos específicos.

Como hemos advertido, las normas jurídicas con decisiones anticipatorias no predeterminan las técnicas del riesgo ni condicionan los detalles de las tecnologías normativas requeridas. Suele ser el propio objeto gobernado el que dicta la técnica del riesgo de decisión frente a la situación de incertidumbre, de acuerdo con la *expertise.* Así, obviamente, en el campo de los seguros en cualquier modalidad, la lógica del *riesgo asegurador* guía los cálculos actuariales para determinar las primas y

[221] En la literatura pueden encontrase taxonomías alternativas. Por ejemplo, Renn (1992) propuso siete aproximaciones distintas al riesgo: actuarial; toxicológica y epidemiológica; ingenieril; económica; psicológica; teoría social; y teoría cultural del riesgo. La perspectiva de Dean resulta sin embargo más útil desde el punto de vista de la concreción jurídica del riesgo y, en especial, para atender a sus usos punitivos.

[222] Tal es el criterio de Castel (1983 y 1991).

[223] Por ejemplo, la consideración desde el punto de vista psiquiátrico de la peligrosidad de una persona con enfermedad mental que ha cometido actos violentos; o el cálculo elaborado por un/a trabajador/a social sobre las necesidades que puedan preverse con relación a una persona que se adscribe a un determinado colectivo vulnerable.

prestaciones[224]. En la terminología aseguradora el concepto de riesgo posee una doble acepción: designa el objeto que es asegurado (incendio, muerte, accidente…) y la posibilidad del acontecimiento cuya aparición se describe en la póliza[225]. En este segundo sentido, el riesgo ha de reunir una serie de características –ha de ser incierto, posible, concreto, lícito, fortuito y de contenido económico–[226] y responder a una variada tipología que determina las condiciones de asegurabilidad de los distintos riesgos[227]. Se sustenta, además, en un proceso técnico de tratamiento –que implica su análisis, evaluación, compensación y distribución dentro de una determinada cartera de pólizas–[228], y de instrumentos propios. Exige la constitución de una masa asegurable que garantice la solidez técnico-actuarial, un conjunto de bases técnicas –es decir, una definición de las técnicas actuariales que, para cada modalidad de seguro, permiten concretar las primas a satisfacer por cada asegurado–, la concreción de determinadas variables –como la frecuencia, la intensidad, el índice de siniestralidad, etc.–, y la disponibilidad de otros instrumentos específicos –tablas de mortalidad, edad actuarial, o edad límite, en el caso del seguro de vida–[229]. Todo ello define el seguro como un «arte de las combinaciones» actuariales[230], orientado a la transferencia del riesgo, mediante la distribución ideal de la responsabilidad[231].

---

[224] Por ejemplo, el art. 83 de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro, caracteriza los seguros sobre la vida con una remisión genérica a las técnicas actuariales, de modo que la determinación de la prestación convenida en la póliza ha de haber sido concretada «mediante la utilización de criterios y bases de técnica actuarial».

[225] Guardiola Lozano (1990, p. 4).

[226] *Ibidem*, pp. 4-7.

[227] Así, los riesgos pueden variar según su asegurabilidad (asegurables frente a no asegurables), según su objeto (riesgos patrimoniales frente a riesgos personales), según su regularidad estadística (riesgos ordinarios frente a riesgos extraordinarios), según su grado de intensidad (riesgos variables frente a riesgos constantes), según su proximidad física respecto de otros riesgos (riesgos distintos, comunes, contiguos o próximos), según su comportamiento en el tiempo (riesgos progresivos frente a los regresivos), y según otros criterios referidos al ámbito de actividad al que se refieren (riesgos atómicos, extraprofesionales, financieros, industriales, ocupacionales, profesionales, financieros, especulativos…), a la vigencia de su aseguramiento (riesgo corrido frente a riesgo en curso), según el tipo de perjuicio que producen (riesgos materiales frente a riesgos morales), a su magnitud (riesgo normal frente a riesgo tarado), a los factores estimados en su evaluación (objetivos o subjetivos), etc. (*ibidem*, pp. 7-12).

[228] *Ibidem*, pp. 12-14.

[229] *Ibidem*, pp. 141-148.

[230] Ewald (1986a, pp. 171 y ss.).

[231] Baker (2002, pp. 33-34).

No obstante, existen casos en que los cálculos actuariales que sustentan el riesgo asegurador cuentan con una mayor predeterminación normativa, de modo que la norma jurídica especifica, en grado variable, las bases técnicas de la práctica aseguradora. Así sucede en algunos aspectos de los seguros sociales obligatorios del sistema de la Seguridad Social[232], o en la valoración de los accidentes de circulación[233]. En el caso de ese sistema de valoración, la norma legal acoge un genérico criterio actuarial que, sin embargo, es concretado en instrumentos técnicos extranormativos, en un baremo complejo contenido en una suerte de norma técnica[234].

[232] Véanse los criterios para fijar la base reguladora de la pensión de jubilación, la cuantía de la pensión y el factor de sostenibilidad a aplicar a dicho importe, según los arts. 209 a 211 RDLeg 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, y la Ley 23/2013, de 23 de diciembre, reguladora del Factor de Sostenibilidad y del Índice de Revalorización del Sistema de Pensiones de la Seguridad Social.

[233] Tal sistema de valoración está previsto en el Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor, que, desde su reforma por Ley 35/2015, de 22 de septiembre, se basa en criterios actuariales. Ese carácter actuarial se aprecia, por ejemplo, en el caso del cálculo de lucro cesante en los supuestos de muerte, es decir, en la valoración de «las pérdidas netas que sufren aquellos que dependían económicamente de los ingresos de la víctima y que por ello tienen la condición de perjudicados» (art. 80 RDLeg 8/2004). El resultado será el fruto de multiplicar los ingresos netos de la víctima como multiplicando y, como multiplicador, el coeficiente actuarial que corresponda a cada perjudicado según los factores establecidos en el art. 86 (entre los cuales se incluye, por ejemplo, el riesgo de fallecimiento), y que ha de calcularse de acuerdo con las bases técnicas actuariales que integran el sistema. Si bien el sistema de valoración se dirige a normar la determinación de las indemnizaciones en el ámbito del aseguramiento privado, sin embargo, es utilizado también para la fijación de las cuantías indemnizatorias derivadas de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, según ha sido asumido por la doctrina del Consejo de Estado y la jurisprudencia, y no solo en los casos de daños vinculados a la circulación vial. Véanse, a modo ejemplificativo, el Dictamen 28/2019, de 28 de febrero, o el Dictamen 3366/2003, de 12 de febrero. No obstante, el órgano consultivo aclara en su doctrina que las tablas contenidas en el citado sistema de valoración no han de considerarse de aplicación directa, sino un elemento de comparación u orientativo.

[234] En concreto, el art. 48 RDLeg 8/2004 especifica que las «bases técnicas actuariales» del sistema de valoración «contienen las hipótesis económico-financieras y biométricas del cálculo de los coeficientes actuariales», que habrán de ser establecidos por el Ministerio de Economía y Competitividad (actual Ministerio de asuntos económicos y transformación digital). Las bases técnicas vigentes están contenidas en un documento elaborado por el «Grupo de Trabajo Actuarial» constituido en el Instituto de Actuarios Españoles (Corporación de derecho Público con competencias de Colegio Profesional de ámbito nacional), grupo formado en virtud de la Orden Comunicada de los Ministerios de Economía y Competitividad, y de Justicia, de 30 de agosto 2012. Dicho documento puede entenderse como un baremo extranormativo juridificado por la citada remisión legal, aunque no puede entenderse propiamente como un caso de autoadministración en el sentido dado a la expresión por Tarrés Vives (2003, pp. 169 y ss.), al haber sido elaborado por una Administración pública (corporativa) y no por operadores privados del sector. No obstante, el supuesto no está lejos de tal fenómeno de autoadministración. *Vid.* http://www.dgsfp.mineco.es/es/DireccionGeneral/Junta%20consultiva/JCOrden12122014/Bases_Tecnicas_Actuariales__Baremo__IAE____20140606___VF.PDF

El *riesgo epidemiológico* es propio del contexto sanitario y de preservación de la salud pública[235]. Esta clase de gestión del riesgo ha sostenido la gestión sanitaria pública de la pandemia causada por el coronavirus SARS-CoV-2, que permite ilustrar algunas cuestiones en torno al modo en que la seguridad pública es construida a partir del concepto de riesgo[236].

Hemos constatado, por un lado, que las decisiones en seguridad pública, incluso la declaración de un estado excepcional, están en función de saberes expertos y valoraciones técnicas, en este caso del riesgo epidemiológico. Las declaraciones de los estados de alarma[237] han sido en función de la «curva epidemiológica»[238], una suerte de

---

[235] La LO 3/1986, de 14 de abril, de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública, abre espacios evidentes de aplicación de las técnicas del riesgo epidemiológico al admitir que las autoridades sanitarias: por un lado, adopten «medidas de reconocimiento, tratamiento, hospitalización o control» cuando se aprecien «indicios racionales que permitan suponer la existencia de peligro para la salud de la población debido a la situación sanitaria concreta de una persona o grupo de personas o por las condiciones sanitarias en que se desarrolle una actividad» (art. segundo); por otro, que, en caso de riesgo de carácter transmisible, y sin perjuicio de las acciones preventivas generales, adopten «las medidas oportunas para el control de los enfermos, de las personas que estén o hayan estado en contacto con los mismos y del medio ambiente inmediato, así como las que se consideren oportunas». En las situaciones definidas por estos preceptos, la concreción de conceptos indeterminados como «existencia de peligro para la salud de la población» y «medidas oportunas para el control de los enfermos» remiten implícitamente a saberes de tipo epidemiológico y de gestión del riesgo sanitario desde tal lógica.

[236] La gestión de la emergencia sanitaria a causa del virus SARS-CoV-2 y la enfermedad COVID-19, ilustra el modo en que el marco de prevención epidemiológica descrito en la nota anterior se concreta en técnicas específicas de gestión del riesgo epidemiológico para la toma de decisiones en salud pública. Sirva como ejemplo el documento «Actuaciones de respuesta coordinada para el control de la transmisión de COVID-19», aprobado por la Comisión de Salud Pública del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud, y acordado por el Pleno del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud el 22 de octubre de 2020:
https://www.lamoncloa.gob.es/serviciosdeprensa/notasprensa/sanidad14/Documents/2020/221020_ActuacionesrespuestaCOVID.pdf

Conforme a este instrumento, «La decisión de escalar la intensidad de las actuaciones de respuesta debe venir guiada por una evaluación del riesgo en el contexto del Sistema de Alertas y Respuesta Temprana», una evaluación que ha de basare en cada unidad territorial en los criterios e indicadores principales que el propio documento define y que se organizan en dos bloques: la evaluación del riesgo de transmisión (donde los indicadores se construyen a partir de los conceptos de incidencia acumulada en ciertos periodos y franjas de edad, la positividad global detectada y el porcentaje de casos con trazabilidad); y el nivel de utilización de servicios asistenciales por COVID-19 (ocupación de camas de hospitalización, y ocupación de camas de cuidados críticos por casos de dicha enfermedad). Ese esquema general se completa con los «otros indicadores epidemiológicos y de capacidad» precisados en el Anexo 1. La aplicación de esos indicadores arroja la determinación del riesgo de transmisión en un grupo de población, según la escala: situación de nueva normalidad, riesgo bajo, riesgo medio, riesgo alto o riesgo muy alto (pp. 4 a 7). La evaluación anterior conduce a la apreciación de un determinado nivel de alerta en el territorio evaluado, que puede oscilar desde el Nivel de alerta 1 –más bajo– hasta el Nivel de alerta 4 –más alto– (pp. 7-8). El nivel de alerta definirá, por último, las actuaciones de respuesta a adoptar en los distintos ámbitos generales de actividad (movilidad, trabajo, transporte público), y según distintos servicios, centros y actividades específicas (Tabla 3, pp. 11 a 19).

[237] La primera declaración se produjo en virtud del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, inicialmente por duración e 15 días naturales, y prorrogado sucesivamente hasta las 00:00 horas del 21 de junio de 2020. La segunda declaración se realizó mediante Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre,

codificación binaria del lenguaje probabilístico del riesgo (que no es binario, sino modulado, y con una carga inherente de incertidumbre en forma de márgenes de error). Por otro lado, revela cómo el concepto de riesgo transita de manera «fluida» por las actitudes anticipatorias. En este caso, el arsenal de medidas preventivas frente al SARS-CoV-2 se ha adoptado de manera expresamente provisional por las limitaciones del conocimiento disponible. De modo que los criterios de evaluación del riesgo han adoptado un lenguaje preventivo, aunque asumiendo una actitud anticipatoria desde los imperativos de precaución: sobreponerse a la situación de incertidumbre pese a las frágiles condiciones epistémicas[239].

El riesgo epidemiológico consiste en la «probabilidad de ocurrencia de una patología en una población determinada, expresado a través del indicador paradigmático de incidencia». Y se determina según tres factores: la muerte o enfermedad; la base poblacional considerada; y un periodo temporal de referencia[240]. Este tipo de riesgo se expresa mediante un grupo de magnitudes, tales como la tasa de incidencia (número de casos en una población durante un periodo), la prevalencia (número de personas afectadas medido en proporción de la cohorte) y la tasa de mortalidad general (volumen de muertes por la enfermedad sobre la población total), o específica (volumen de muertes en un subgrupo poblacional)[241]. Estas variables y los cálculos de riesgo asociados a una enfermedad determinada «permite plantear acciones eficaces para evitarla, para curarla, para reducir la mortalidad [...], para formular y probar hipótesis de causalidad, prevención y curación, para evaluar medidas de salud,

---

inicialmente hasta las 00:00 del día 9 de noviembre de 2020, prorrogado después hasta las 00:00 h. del día 9 de mayo de 2021 por obra del Real Decreto 956/2020, de 3 de noviembre.

[238] El Ministerio de Sanidad, a través del Centro de Coordinación de Alertas y Emergencias Sanitarias, ha mantenido al respecto un sistema de información sobre la «situación actual» de la transmisión de la enfermedad, incluyendo los análisis epidemiológicos periódicos sobre COVID-19: https://www.mscbs.gob.es/profesionales/saludPublica/ccayes/alertasActual/nCov/situacionActual.htm

[239] El citado documento, «Actuaciones de respuesta coordinada para el control de la transmisión de COVID-19», del Pleno del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud, asume que los indicadores que adopta para concretar los niveles de riesgo, y las medidas preventivas acordadas, «están en permanente revisión en función del conocimiento y experiencia adquirida en le manejo de la pandemia, así como de la nueva información y evidencias científicas sobre el comportamiento del virus». Reconoce así mismo que «La evidencia científica en relación con los umbrales que mejor discriminan las diferentes situaciones de riesgo para muchos de estos indicadores es todavía escasa y por ello, los umbrales deberán ir ajustándose a medida que se disponga de más información sobre el comportamiento de cada indicador o se generen nuevas evidencias científicas nacionales e internacionales» (pp. 4-5).

[240] De Almeida Filho, Castiel y Ayres (2009, p. 327).

[241] Royo Borbonada y Martín Moreno (2006, pp. 233 y ss).

[así como] para tomar decisiones administrativas» relativas al sistema sanitario[242]. La evaluación del riesgo permite realizar previsiones sobre la evolución de la enfermedad en las poblaciones afectadas, mediante la noción de «factor de riesgo». Se entiende por tal cualquier característica o circunstancia, sean biológicas, ambientales, económicas, socioculturales o de comportamiento, que pueda asociarse a aumentos «de la probabilidad de tener, desarrollar o volverse especialmente vulnerable a un proceso mórbido»[243].

En todo caso, el riesgo epidemiológico puede concretarse en distintas variantes. Cabe distinguir entre «riesgo global», o probabilidad de ocurrencia asumiendo que todos los sujetos están sometidos al mismo nivel de riesgo; y «riesgo específico», o probabilidad del suceso según categorías de individuos, estratificados según variables específicas (personales, temporales, espaciales), para identificar factores de exposición que expliquen la variación del riesgo según grupos[244]. El riesgo puede expresarse en magnitudes absolutas, probabilidad de ocurrencia en el grupo poblacional; o relativas, como razón entre el grupo expuesto y el no expuesto[245]. Al concepto de riesgo relativo se asocian cálculos relevantes en el análisis epidemiológico, como los de *odds ratio* y de «magnitud de efecto», que miden desviaciones respecto del patrón general o comparativo[246].

Esta diversidad en las prácticas del riesgo puede sistematizarse así:

---

[242] Colimon (2018, p. 319).

[243] Castillo Salgado (2002). Aclara Colimon (2018, p. 319) que el factor de riesgo puede ser de naturaleza física, química, orgánica, psicológica o social, y hallarse en el genotipo o en el fenotipo, o en alguna enfermedad anterior, con tal de que «esté relacionado con la enfermedad investigada, o pued[a] ser la causa contribuyente a su aparición en determinadas personas, en un determinado lugar y en un tiempo dado». Es importante advertir que un factor de riesgo solo expresa una correlación estadística entre dos hechos en la que uno precede temporalmente a otro, y no necesariamente una relación de causalidad entre ambos. Volveremos sobre esta trascendental cuestión *infra*, en el capítulo 7.

[244] Colimon (2018, pp. 319-20).

[245] *Ibidem* (2018, p. 322).

[246] Chen, Cohen y Chen (2010, p. 861).

CUADRO 3. Técnicas del riesgo

Variantes generales*	Concreciones	Funcionalidad	Casos de aplicación normativa (ejemplos)
RIESGO ASEGURADOR	Cálculo de primas y prestaciones en seguros privados Configuración de seguros sociales públicos	Socialización del evento peligroso, creando un capital preventivo compartido entre una población	Seguro de vida, cuya prestación ha de ser determinada mediante criterios y bases de técnica actuarial (art. 83 Ley 50/1980) Regulación de la pensión de jubilación: determinación de la base reguladora, la cuantía de la pensión y el factor de sostenibilidad del Sistema de Pensiones de la Seguridad Social (arts. 209 a 211 TRLGSS y Ley 23/2013)
RIESGO EPIDEMIOLÓGICO	Determinación de grupos de riesgo para aplicación de medidas sanitarias Identificación de áreas prioritarias para la asignación de recursos públicos Elaboración de perfiles de riesgo de conductas desviadas en función de la pertenencia a grupos de población	Distribución de tasas de incidencia de un evento para individualización de las intervenciones	Medidas de control sanitario selectivas en caso de peligro para la salud de la población a causa de una persona o grupo de personas, o en caso de riesgo de carácter transmisible (arts. 2 y 3 LO 3/1986) Identificaciones, comprobaciones y registros policiales selectivos en lugares públicos ante indicios racionales de infracción o hallazgos relevantes (arts. 16 y 18-20 LO 4/2015) Valoración de la situación objetiva de riesgo para la víctima de violencia de género (art. 544ter LECrim): ➢ valoración policial del riesgo de agresión (VPR y VPER, Instrucción 4/2019, de la Secretaría de Estado de Seguridad)
RIESGO CLÍNICO**	Juicio clínico estructurado (combinación de técnicas actuariales y clínicas) *** Enfoque riesgo/necesidad (recodificación de las necesidades de tratamiento de los individuos en forma de factores de riesgo) ****	A partir de un análisis poblacional, aplicación de técnicas clínicas para el diagnóstico individual	Valoración de la situación objetiva de riesgo para la víctima de violencia de género (art. 544ter LECrim) ➢ valoración médico -forense del riesgo de violencia de género (Comité Científico-Técnico del Consejo Médico Forense 2020) Sistema RiscCanvi, para la valoración del riesgo de reincidencia de condenados a prisión para la toma de decisiones de tratamiento en Cataluña (Memoria técnica, Andrés Pueyo, Arbach y Redondo Illescas, 2010)

GESTIÓN DE CASOS	Apreciación clínica de la peligrosidad de un sujeto con una cierta caracterización previa Detección prospectiva de necesidades sociales de un individuo perteneciente a un colectivo vulnerable	Técnicas clínicas de aplicación individualizada (gestión de la peligrosidad*****)	Adopción de medidas de seguridad con base en la valoración de la peligrosidad de sujetos autores de hechos delictivos (art. 6 CP) Valoración de situaciones de riesgo en menores para la realización de actuaciones de protección por los servicios sociales públicos (arts. 12, 17 y 18 LO 1/1996)

* Siguiendo la taxonomía propuesta por Dean (1999)

* Según la expresión aportada por Weir (1996)

*** Según la denominación sugerida por MacAlister (2005)

**** Conforme a Bonta y Andrews (2007), Andrews, Bonta y Wormith (2006) y Hannah-Moffat (1999)

***** Conforme a Castel (1983 y 1991), que excluye este tipo de técnicas del espectro del riesgo (de carácter agregado) y las sitúa en el de la peligrosidad (de tipo clínico)

Como se deduce de las diferentes modalidades de funcionalidad del riesgo, esta expresión define lógicas en el modo de objetivar los eventos. En el caso del riesgo asegurador, se trata de decidir los criterios de aportación a un capital compartido y su distribución, según la materialización del suceso y las características de los sujetos asegurados. El riesgo epidemiológico, en cambio, pretende que no se comparta el efecto de un evento. El riesgo clínico aborda los casos particulares en su especificidad individual, si bien como concreción de una categoría estadística de la que se parte. La gestión de casos puede verse como un conjunto de supuestos límite para las técnicas del riesgo; aspira a un tratamiento apegado a la caso, partiendo a lo sumo de una delimitación previa de un conjunto de casos a partir de características cualitativas y muy generales.

Estamos ante distintas lógicas que se expresan en actitudes anticipatorias diversas (prevención, precaución, preparación), y técnicas de evaluación y gestión del riesgo. Si bien han madurado en determinados contextos funcionales, son susceptibles de extrapolación con las consiguientes alteraciones o hibridaciones.

4.2.4 El riesgo actuarial

El término actuarial (como técnica del riesgo) tienen su origen en el riesgo asegurador, cuya raíz semántica comparte[247]. Pero las operaciones actuariales para el cálculo de riesgos desbordan el espacio del aseguramiento, y se recurre a ellas en escenarios de tipo epidemiológico y clínico. «Técnica actuarial» supone un procedimiento consistente en un conjunto de cálculos sobre un número finito de variables identificadas en una determinada cohorte y que correlacionan estadísticamente, es decir, indican la probabilidad de que un hipotético acontezca[248].

En el ámbito del aseguramiento, la técnica actuarial permite individualizar el riesgo, para fijar primas y prestaciones[249]. Pero el esfuerzo por individualizar el riesgo también es clave en la epidemiología. Más allá del enfoque poblacional que le es característico[250], no puede ignorarse la relevante perspectiva actuarial del riesgo epidemiológico, «como medida (teórica) de probabilidad individual de ocurrencia» del daño de salud[251]. Porque, en definitiva, el cálculo actuarial del riesgo es preciso para transitar desde el nivel agregado –riesgo medido como tasas de un evento[252]– al nivel individual o carga de riesgo personalizable. Las técnicas actuariales son, como vemos, un recurso que individualizar un riesgo; un tránsito desde lo poblacional hacia a lo individual siempre parcialmente erróneo.

Esta clasificación no es apta, sin embargo, para identificar el «riesgo punitivo», ni el «riesgo delictivo», como un ámbito funcional con una lógica específica. En el

---

[247] Según el DLRAE, actuarial significa «Perteneciente o relativo al actuario de seguros o a sus funciones», mientras «actuario» o «actuaria» (de seguros) es aquella «Persona versada en los cálculos matemáticos y en los conocimientos estadísticos, jurídicos y financieros concernientes a los seguros y a su régimen, la cual asesora a las entidades aseguradoras y sirve como perito en las operaciones de estas». La ciencia actuarial puede definirse como la «rama del conocimiento científico que estudia los principios básicos y estructurales de la actividad aseguradora, tanto en su aspecto financiero como técnico, matemático y estadístico, en orden a la obtención de un equilibrio de resultados» (Guardiola Lozano 1990, p. 141).

[248] Aportamos esta definición reelaborando la ofrecida por Slobogin (2006, p. 283).

[249] De modo que se garantice la suficiencia del sistema y la equivalencia de las prestaciones. Se trata de dos principios básicos de la institución del seguro, tal y como enuncia el RD 2486/1998, de 20 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados.

[250] Royo Bordonada y Martín Moreno (2006, p. 228).

[251] De Almeida Filho, Castiel y Ayres (2009, p. 329).

[252] Como advierte Colimon (2018, p. 319), «la tasa en rigor no es una probabilidad, pero es una buena estimación de la probabilidad de ocurrencia del evento».

terreno punitivo, la gestión anticipatoria de las conductas desviadas opera de modo difícilmente reconducible a una funcionalidad del tipo tratado. La prognosis punitiva se aproxima a un enfoque propio de la gestión de casos, a través de la noción de peligrosidad. Sin embargo, el recurso a criterios poblacionales o agregados para individualizar el riesgo implica la renuncia a la identificación de causas de la conducta desviada y a su tratamiento como condición para intentar minimizar dicha conducta y sus consecuencias[253].

La aplicación del calificativo «actuarial» a la gestión de riesgos en el terreno punitivo («justicia punitiva actuarial» o «actuarialismo punitivo») se ha basado en una cierta convergencia entre lógicas del riesgo asegurador y estimaciones cuantitativas del riesgo de desviación, hasta asimilar los mecanismos de control social y la «lógica de los seguros» en las técnicas de intervención. Este proceso es palpable en una perspectiva *emic*, en las primeras propuestas de aplicación de técnicas predictivas formalizadas sobre cálculos probabilísticos en el terreno punitivo, ya en los años 1920 y 1930. Como ha detallado Harcourt, esas aplicaciones incipientes pretendieron, al menos en el plano discursivo, introducir en el tratamiento penitenciario de la concesión de la libertad condicional los procedimientos que habían mostrado su fiabilidad en el campo de los seguros[254]. Cabe concluir, no obstante, que esta pretensión buscaría tan solo normalizar un enfoque novedoso en el campo criminológico, buscando referencias exitosas y aceptadas en otros terrenos[255].

---

[253] Young (2003, p. 110).

[254] Harcourt (2007a, p. 185). El más conocido de estos pioneros de la justicia actuarial es el sociólogo Ernest Burgess quien, ya en 1928, propuso su método basado en «tasas de expectativa» en la administración de la libertad condicional, emulando su utilidad en los sistemas de seguro. «El valor práctico de una tasa de expectativa debería ser tan útil en la administración de la libertad condicional como otras tasas han demostrado serlo en los seguros y en otros ámbitos dende es necesario un pronóstico de futuro» (Burgess 1928, p. 248). No obstante, observa Harcourt, el planteamiento de Burgess se habría inspirado en la perspectiva de Hornell Hart en las primeras indagaciones de aplicación punitiva del riesgo en el Iowa Child Welfare Research Station. Ya en 1923 había sostenido la posibilidad de estimar la probabilidad de éxito o fracaso de la libertad condicional a través del «mismo procedimiento científico empleado por las compañías aseguradoras cuando estiman el coste probable de asegurar a nuevos solicitantes, a partir de su experiencia con las tasa de fallecimiento pasadas de personas aseguradas con características similares» (Hart 1923, p. 411). Esta clase de equivalencia es explícita en otros autores coetáneos como G.B. Vold, quien advertía cómo «Las compañías aseguradoras han levantado grandes empresas sobre [el] principio de predecir el futuro del pasado», afirmando su pretensión de establecer «la validez de ese principio general para otras fases de la conducta humana» (Vold 1931, p. 103), y W.W. Argow, que apuntó como referencia las técnicas para de la determinación de la expectativa de vida en los contratos de seguro de vida, basadas en los datos acumulados sobre personas en circunstancias similares al sujeto a asegurar (Argow 1935, p. 562).

[255] Harcourt (2007a, pp. 183-185).

En cualquier caso, esta asimilación ha servido desde los años 1980 para caracterizar un rótulo –justicia actuarial– más evocador que concreto. Feeley y Simon propusieron esa expresión desde una perspectiva *etic*, para analizar críticamente la orientación «gerencial» de las prácticas punitivas, con un enfoque abiertamente pragmático y preventivo. Y lo hicieron conscientes del carácter «nebuloso» de la expresión, alusivo a un conjunto heterogéneo de tecnologías de gobierno[256], que sigue planteando dificultades de definición[257].

La lógica del seguro ha servido en definitiva como modelo implícito de la justicia punitiva actuarial, mediante una derivación selectiva y preventiva de los mecanismos de control del delito, de neutralización anticipada. La asunción de la lógica de gestión de riesgos como *ratio* de las prácticas punitivas requiere clasificar formalmente las virtualidades conductuales de los sujetos y discriminar la aplicación de medidas de control preventivo en función de ello[258]. De ahí la incorporación de técnicas habituales en el ámbito de los seguros, como las tablas estadísticas «de experiencia» o de «expectativas» (datos de frecuencia sobre la concurrencia de accidentes), que las compañías de seguros emplean para estimar los niveles de riesgo y decidir sobre la asegurabilidad y las primas a satisfacer[259]. En el terreno punitivo, este tipo de instrumento frecuentista comenzó a fundar nuevas formas de prognosis sobre los sujetos, de carácter probabilista y cuantitativo.

La justicia actuarial se irá tiñendo con rasgos propios de las prácticas del seguro, al objetivar la responsabilidad y administrarla a través de mecanismos de compensación y distribución. En el seguro, ha observado Ewald, el riesgo debe distribuirse: el sujeto no es «agente» responsable de una conducta, sino mónada de «un sistema técnico en el que las faltas se consideran menos como una cuestión individual, y más un asunto de índole organizativa»[260]. La culpabilidad, en sentido jurídico o moral, se desplazada a

[256] Feeley y Simon (1994, p. 174).

[257] Kemshall (2009, pp. 21-24), Brandariz García (2016, pp. 93-95).

[258] Antes incluso de Feeley y Simon, Wilkins y Reichman ya habían advertido similitudes entre esa lógica y el modo en que las compañías aseguradoras discriminan selectivamente a los individuos que presentan un riesgo excesivo, y que en el ámbito punitivo serviría para fundamentar medidas como la incapacitación selectiva y la detención preventiva (Wilkins 1985; Reichman 1986, pp. 157-158)

[259] Wilkins (1985, p. 39).

[260] Ewald (2002, pp. 277 y 281).

cálculos de probabilidad de los sucesos[261]. La gestión «eficiente» de los instrumentos punitivos, en función del grado de riesgo «objetivo» de los individuos medido en conductas virtuales, orienta la objetivación de la responsabilidad y la instrumentalidad gerencial en el tratamiento del peligro.

Este tipo de comparación con la lógica aseguradora, explícita en la literatura posterior sobre justicia actuarial, subraya críticamente sus rasgos básicos: estadística de distribución de factores de riesgo en una determinada población; taxonomía de los sujetos según cohortes para tratamientos diferenciados; reducción, en clave pragmática y gerencial, de la conducta desviada a un hecho social de frecuencia estadística manipulable en su manifestación, pero nunca erradicable; irrelevancia de la genética de la desviación y sus implicaciones, impuesta por la perspectiva agregada y orientada a la neutralización preventiva de las conductas, antes que al tratamiento de las infracciones consumadas[262].

Desde el punto de vista de la funcionalidad del riesgo, la equiparación de la justicia actuarial con las prácticas de aseguramiento no nos parece ni sostenible, ni útil al análisis. Con Wilkins, el recurso al riesgo actuarial no impone la importación de la lógica del seguro al terreno punitivo o, al menos, no necesariamente[263].Ya dijimos que el uso actuarial del riesgo existe en otros ámbitos con funcionalidades diversas, siempre que lo exija el tránsito del nivel agregado al individual en el cálculo de probabilidad, mediante la identificación de factores de riesgo en casos singulares de una población: lo actuarial remite a las técnicas de individualización del riesgo. «[P]ese al sentido común que envuelve la analogía», las diferencias entre los campos de los seguros y del control punitivo plantea dificultades de «traslado epistémico» sobre la operatividad del riesgo [264].

---

[261] Ewald (1991, p. 201).

[262] Véanse, entre otras muchas, las caracterizaciones de la justicia actuarial ofrecidas por Young (2003, pp. 78 y ss. y 110), Domínguez Figueirido y Rodríguez Basanta (2003, pp. 331-4), Buruma (2004), Campesi (2009, p. 43), Zedner (2007, p. 265), Brandariz García (2016, pp. 93 y ss.), De Giorgi (2005, p. 60), Vila Viñas (2014, pp. 297 y ss), Castro Liñares (2019, pp. 79 y ss).

[263] Wilkins (1985, p. 40).

[264] Vila Viñas (2014, pp. 310-311). El autor previene, incluso, de esa traslación entre los ámbitos de aseguramiento privado y los seguros sociales. Discrepamos en este punto. Si bien entre ambos existen obvias diferencias institucionales, a nuestro juicio es posible afirmar una misma funcionalidad del riesgo. En los dos casos se pretende una socialización del evento peligroso a través de la creación de un capital preventivo sostenido por un subconjunto poblacional. Los problemas técnicos son también similares, por mucho que las soluciones difieran: se trata de establecer los niveles individuales de aportación al capital

En su conceptualización de la justicia actuarial, Feeley y Simon han insistido menos en el rasgo asegurador de las prácticas punitivas, que en su enfoque estadístico y gerencial de la desviación: las técnicas punitivas actuariales solo señalan el recurso a la estadística para la distribución de variables en una población[265]. Se trata de un tipo de uso que no es exclusivo de las primas de los contratos de seguro, sino de todo análisis de riesgo orientado a concretar las expectativas individuales en términos de probabilidad[266]. La justicia actuarial no supondría sino la asimilación de aquellas técnicas a un campo, el punitivo, hasta entonces ignaro[267]. Tan solo identificó en el terreno punitivo algunas tendencias gerenciales en el tratamiento de la conducta, ante la adopción de decisiones anticipatorias.

Aunque, en sus inicios, el isomorfismo con el seguro colonizó discursivamente las primeras experiencias punitivas actuariales, la crítica de la justicia actuarial incoa perspectivas de mayor alcance. Denota, en primer lugar, la vocación agregadora del riesgo, desde una objetivación estadística de base poblacional, y no individual. Esta permite identificar todo un registro de las prácticas de gobierno que Foucault denominó «biopolíticas» en su análisis de los «dispositivos de seguridad»[268], subsiguiente a su célebre estudio de las técnicas disciplinarias. Las dinámicas de agregación-individualización del riesgo en el terreno punitivo caracterizan los diagnósticos de la justica actuarial[269].

---

colectivo en función de un cálculo actuarial, garantizando la sostenibilidad del sistema. Esto evidencia la proximidad epistémica entre ambos contextos, más allá de las configuraciones jurídico-institucionales adoptadas.

[265] Simon (1988, pp. 771-773). Harcourt parte de una definición similar de la justicia actuarial, aludiendo a la aplicación de «métodos estadísticos, en vez de clínicos, para predecir la conducta y administrar la solución político-criminal» (Harcourt 2007a, p. 1).

[266] Simon (2005, p. 399). Los autores citan como ejemplos las prácticas actuariales en el contexto académico para la valoración de las solicitudes de admisión a determinados centros (Simon 2005), y la gestión financiera y el marketing orientado a las ventas (Feeley y Simon 2003). Podríamos añadir otros que han merecido especial atención por los efectos discriminatorios del uso de algoritmos, como la valoración del riesgo crediticio en el ámbito bancario (Zarsky 2017, Aggarwal 2020, Gillis 2020, Pasquale 2015, p. 22, Calders y Verwer 2010, p. 279), la selección de personal o la promoción profesional en el empleo (Barocas y Selbst 2016, pp. 694-714).

[267] Feeley y Simon (2003, p. 79).

[268] Foucault (2004a).

[269] La presencia de Foucault en California a principios de la década de 1980 parece haber sido decisiva para este registro del análisis. La influencia del marco teórico de la biopolítica elaborado por Foucault es patente ya en las indagaciones iniciales de Simon sobre el sentido gubernamental de las prácticas del seguro. En ellas se interesa más por el modo en que el seguro «altera el modo en que interactuamos» y dificulta la comprensión de los individuos como «sujetos soberanos» a causa de su

La segunda perspectiva de la crítica se centró en el gerencialismo en la Administración pública asociado a un enfoque abiertamente pragmático de la gestión en el control de la desviación. La justicia actuarial apreció una aproximación de las prácticas punitivas, no tanto a los concretos mecanismos del seguro, sino a la objetivación de la responsabilidad civil manifestada por el derecho de daños ante los accidentes (*strict liability*)[270]. Tal objetivación es sin duda un aspecto característico de la lógica del seguro, y de los seguros sociales, como ha explicado con detalle Ewald[271]. Como vimos, esa misma experiencia objetivadora del seguro es la que inspiró las primeras propuestas de orientación del sistema punitivo hacia el riesgo, bajo la doctrina pragmatista de la «defensa social» en el arranque del siglo XX europeo[272]. Más que una característica propia del aseguramiento, la objetivación supone un modo de gestión jurídica de la responsabilidad que en las últimas décadas se ha expandido, desde consideraciones sobre la eficiencia en la internalización de los costes de posibles sucesos dañosos[273].

Esas dos líneas de transformación descritas explican la incorporación del riesgo actuarial en el terreno punitivo: saber probabilístico que habilita la comprensión

---

lógica agregadora, que en el análisis de la institución del seguro en sí misma (Simon 1987; véase al respecto la nota a pie inicial en la página 61). En cuanto a la aplicación de esta perspectiva a las prácticas punitivas, resulta significativa la entrevista que Simon tuvo ocasión de realizar a Foucault en octubre de 1983 en San Francisco. En el curso de la conversación, el autor francés ofreció algunos diagnósticos sobre el viraje de las prácticas punitivas hacia la gestión de riesgos. Advirtió, en concreto, el modo en que ese deslizamiento subraya la noción de población y sus implicaciones: en esa perspectiva «no es el delincuente quien introduce el riesgo del delito, sino es cierto tipo de población la que tiene o representa el riesgo de producir delincuentes». Esta concepción está muy alejada de la interpretación etiológica de la desviación basada en el análisis psicológico, en la que es el propio individuo el que introduce por sí mismo el riesgo en la sociedad. «Ahora tenemos tipos de población a causa de factores racistas y económicos, factores residenciales, etc. […]. [E]l riesgo se refiere, no al individuo, sino a la población» (Foucault, Simon y Elden 2017, 17 y 24).

[270] Esta perspectiva de análisis fue incorporada al diagnóstico de la justicia actuarial, principalmente, por Malcom Feeley. Según confirma el propio autor, para ello fue determinante su asistencia a las clases sobre derecho de daños impartidas por Guido Calabresi –no en vano, fundador del análisis económico del derecho junto a Coase y Posner–, donde la «administración del accidente» habría sido subrayada como un aspecto nuclear de la evolución de ese ámbito jurídico (Feeley, Simon, Zysman y Sicardi 2019, p. 130).

[271] Ewald (1986a, pp. 437-450 y 1996a, pp. 221 y ss.).

[272] Según señalamos, la doctrina de la defensa social, según su formulación por Prins, propuso un modelo de penalidad inspirado en el rol protector asumido por el Estado a través de los seguros sociales. En todo caso, más allá del compromiso protector del Estado y su vocación social trasladada al terreno punitivo, la defensa social propone importar la objetivación de la responsabilidad que se había comenzado a producir mediante la legislación bismarckiana sobre accidentes de trabajo y los seguros sociales, como mecanismo socializador de riesgos).

[273] Cooter (1991).

agregada de los eventos, y erosión del dolo o culpa como criterio de atribución de la responsabilidad, como gestión eficiente de los eventos a gobernar. En definitiva, las operaciones de agregación-individualización, de agrupación de individuos en función del nivel de riesgo, y las técnicas de probabilidad frecuentista (tablas de predicción), son rasgos característicos del riesgo actuarial, y no exclusivos de las prácticas de aseguramiento[274].

Pero debemos insistir en que la orientación que el riesgo actuarial adquiere en el contexto punitivo difiere de la propia del ámbito asegurador. Su aplicación puede responder a finalidades diversas según los planteamientos de intervención punitiva (por ejemplo, enfoque de riesgo/necesidad o prácticas de *profiling* policial). Pero la justicia punitiva actuarial busca siempre una individualización del riesgo dirigida a neutralizar la potencialidad conductual de los sujetos. Los problemas «técnicos» a resolver son entonces los de fiabilidad del pronóstico, la compensación entre falsos positivos y falsos negativos, y la distribución eficiente de las medidas de control (en términos económicos y criminológicos). En el caso de los seguros, el riesgo actuarial se dirige en cambio a preservar un capital frente a cuya pérdida el asegurador ofrece garantía: el problema técnico es el de lograr una relación adecuada entre el carácter específico de un evento dañoso (previsible en términos estadísticos) y su compensación económica[275], así como la sostenibilidad del sistema a través de las primas[276].

Las equiparaciones entre ambas formas de funcionamiento fuerzan en exceso la analogía, ya que, como ha advertido Vila Viñas, esta solo es posible si se comprende la sanción jurídica como compensación a la sociedad –con el patrimonio del infractor o con su propio cuerpo– por el daño que representa la conducta antijurídica. Idea que solo sería sostenible, a lo sumo, desde una postura retribucionista estricta[277]. Pero, además, desde el punto de vista de la asignación de responsabilidades, el seguro transfiere el

[274] Feeley y Simon (1992, p. 422).

[275] Ewald (1986a, pp. 175-179).

[276] Esa finalidad determina que, en el caso de los seguros, el tratamiento del riesgo se desarrolle a través de un proceso específico, no trasladable al terreno punitivo. Ese tratamiento supone una selección de «riesgos» (o más bien daños potenciales) a asegurar, su análisis –que implica su ponderación o clasificación, y la consideración de las posibilidades de prevención y de control de resultados–, su evaluación, su compensación –el intento de lograr un equilibrio entre los riegos de una cartera de pólizas–, y su distribución –es decir, su reparto o dispersión para lograr una cierta compensación estadística– (Guardiola Lozano 1990, pp. 12-14).

[277] Vila Viñas (2014, pp. 310-311).

riesgo al capital colectivo gestionado por el asegurador, y con ello la responsabilidad por la conducta dañosa. Se trata por lo tanto de una redistribución de la responsabilidad[278] que opera en el sentido opuesto al de la justicia actuarial. Mientras el seguro individualiza la prima en virtud de determinados factores de riesgo, para trasladar la responsabilidad por los resultados lesivos potenciales, la justicia actuarial emplea los factores de riesgo para individualizar la responsabilidad por esos resultados hipotéticos (la posible infracción futura). El riesgo punitivo actuarial no persigue proteger la esfera de interés individual, sino evaluar y gestionar el riesgo del individuo mismo, como tal[279]. La analogía plantea, además, el problema de encubrir las drásticas diferencias al nivel de los fundamentos del cálculo de probabilidad. Mientras los importes de las primas a satisfacer en virtud de un contrato de seguro no alteran la probabilidad de concurrencia de los eventos daños frente a los que el seguro opera, la aplicación selectiva de medidas punitivas en función del riesgo apreciado en los sujetos incide, obviamente, en la probabilidad de consecución de la conducta infractora[280].

Las influencias concretas de las prácticas de aseguramiento sobre las estrategias punitivas han sido observadas desde las conexiones entre la esfera pública y la privada en las políticas securitarias, y el modo en que los intereses de las compañías aseguradoras se hacen valer, incentivando prácticas de seguridad privada [281] o

[278] Baker (2002, p. 33).

[279] O'Malley (2004, p. 21), Brandariz García (2016, p. 107).

[280] Según documenta Harcourt, esta diferencia fundamental fue puesta de manifiesto ya por el Fiscal General de Estados Unidos en 1939, ante las experiencias iniciales de aplicación de tablas de predicción para la toma de decisiones sobre la libertad condicional: «el propósito para el que fueron diseñadas las tablas de expectativa de vida, usadas por las empresas aseguradoras, es radicalmente distinto al propio de las tablas de predicción para la libertad condicional [...]». No puede obviarse que «[l]a probabilidad de vivir o morir es, en definitiva, completamente independiente del importe de la prima exigida. [...] Por otro lado, los usos propuestos por los dispositivos de predicción de la libertad condicional no son independientes de las probabilidades de éxito o fracaso» de la aplicación de la medida (Morse, W.L. (ed.), *The Attorney General's Survey of Release Procedures. U.S. Dept. of Justice Vol 4. Parole*, Whashington, D.C.: U.S. Government Printing Office, 1939, pp. 654-365), citado por Harcourt (2007a, pp. 185-186).

[281] Reichman (1986). La autora advirtió otras dos conexiones de la gestión del delito con las prácticas de aseguramiento que se refieren a estrategias adoptadas por los sujetos privados. Por un lado, la tendencia a responsabilizar a las víctimas sobre su propia seguridad mediante el control de las amenazas por los riesgos que asuman, estimulando el mercado de la seguridad privada, a través de nociones como la de «espacio defendible», o la generalización de la videovigilancia y otros medios tecnológicos. Esa estimulación securitaria habría sido alentada por las propias compañías aseguradoras con el objetivo de minimizar las pérdidas causadas por hechos delictivos. Por otro lado, los mecanismos de transferencia de los riesgos que no pueden ser evitados o controlados a otros sujetos, como el incremento de los precios de los bienes de consumo por las empresas, para cubrir las pérdidas derivadas de los riesgos de hurto o robo

redefiniendo la funcionalidad de la policía como instancia de comunicación de riesgos hacia las compañías aseguradoras[282].

Pero, sobre todo, la individualización del riesgo actuarial produce efectos distintos al del riesgo asegurador. La justicia actuarial se aproxima a una funcionalidad próxima a la del riesgo epidemiológico, y al carácter que las técnicas actuariales adquieren en ese contexto operativo[283]. Especialmente en el caso de las prácticas punitivas policiales –a través de *hot spots* o del *profiling*–, la desviación se objetiva de modo cercano a la comprensión epidemiológica. La epidemiología se interesa por la identificación y la magnitud de los factores que afectan a un proceso mórbido[284] y, en sus técnicas actuariales, por su concreción en casos, zonas, subgrupos poblacionales o individuos. La finalidad inmediata, en ambos contextos, es la instrumentación de medidas de neutralización y, a largo plazo, la minimización o eliminación de los factores de riesgo. Dentro de la variedad funcional que acoge la denominación «justicia actuarial», algunas de sus aplicaciones, entre ellas las atendidas por este trabajo, responden a nuestro juicio a la operatividad epidemiológica del riesgo actuarial, y no a la de tipo asegurador. Ello, atendiendo al modo en que es considerada la distribución de los factores de riesgo y el objetivo inmediato de su evaluación: *individualizar* ciertas medidas de control o neutralización, ante una amenaza caracterizada a nivel poblacional[285]. Volveremos sobre este carácter de la justicia actuarial en el capítulo siete, al confrontarla con el enfoque clínico de la peligrosidad.

---

en los establecimientos y los costos de su aseguramiento, que se repercuten de esta forma en el consumidor (*ibidem*, pp. 158-160).

[282] Ericson y Haggerty (1997). Según este análisis, la policía se habría visto crecientemente implicada en la lógica aseguradora. Según los autores así lo revela, por ejemplo, la evolución del modelo de informe policial, crecientemente adaptado a las necesidades de conocimiento de las compañías aseguradoras en delitos contra la propiedad (Ericson y Haggerty 2002, p. 249). Es decir, la gestión policial estaría participando crecientemente en sistemas de comunicación del riesgo de instituciones externas, de carácter privado.

[283] Así lo advirtió ya Castel analizando el desplazamiento de la peligrosidad clínica por nuevas prácticas preventivas del riesgo (Castel 1991, p. 282).

[284] Castillo Salgado (2002).

[285] No en vano Foucault, en su estudio genealógico sobre los dispositivos de seguridad, y en especial el riesgo como dispositivo biopolítico, centra su análisis en la gestión sanitaria del espacio urbano para exponer la diferencia entre aquellos dispositivos y los de tipo disciplinario en el modo de tratar los eventos (de salud pública, en ese caso). El autor se sirve de los casos históricos del tratamiento de la lepra –centrado en la exclusión–, de la peste –centrado en la reglamentación disciplinaria del espacio urbano– y de la viruela –basado en el análisis de su distribución poblacional y en el tratamiento del riesgo a través de la inoculación – (Foucault 2004a, pp. 3-25 y 57-89). En todo caso, lo que examina Foucault es una determinada forma técnica de proyección del poder público que se revela con claridad en esa

4.2.5 La técnica de anticipación algorítmica

Los instrumentos punitivos actuariales, como toda práctica de gobierno, consisten en una técnica de intervención de las conductas que, por probabilística, se expresan mediante algoritmos. La noción amplia de algoritmo se define como una operación lógica capaz de controlar su ejecución, articulada en condiciones y restricciones[286]; o, también, como una secuencia de instrucciones lógicas o reglas formales, finitas y ordenadas, aptas para desarrollar una función *input-output*. La toma de decisiones actuarial consiste en un método algorítmico que se basa en la capacidad matemática de inferencia derivada del análisis estadístico[287]. No es extraño, por tanto, que la justicia actuarial se acompañara pronto de «toda una parafernalia tecnológica» dirigida a la supervisión, clasificación y exclusión de comportamientos[288].

---

vertiente sanitaria, pero que no es exclusiva de esta. Siguiendo en una perspectiva genealógica, y considerando ahora el tratamiento específico de la desviación, la doctrina de la defensa social evidenció una comprensión de aquella próxima al tipo de objetivación de los contextos médicos o de salud pública. Este tipo de perspectiva es palpable en la recepción de la defensa social en España, por ejemplo, a través de la obra de Quintiliano Saldaña, que comprendió el significado de un derecho penal orientado al riesgo, de forma un tanto ambigua, entre el carácter de un seguro social y de una reacción inmunológica de la sociedad frente al delito. Más bien, en su perspectiva, la institución del seguro representa una imitación social de los mecanismos biológicos de defensa de cualquier organismo sensible: «El hombre supo, imitando a la naturaleza, contemplando a la naturaleza, prevenir los accidentes. [...] De la historia natural a la economía social viene un ejemplo: el seguro. Para conservarse, la sociedad, no basta que se reaccione contra el acto del delito; es preciso que se prevenga contra él, defendiéndose, en vista del 'estado peligroso'; no ya ante la actividad criminal, sino por la 'temibilidad'» (Saldaña 1916, pp. 17-18). En esa especie de darwinismo social, Saldaña no duda en tildar a la defensa social de «medicina social de urgencia». Más explícito aún es Rodríguez Dranguet al caracterizar, en los años 1930, la legislación sobre vagos y maleantes en la estela de la doctrina de defensa social: «del mismo modo que es medida sanitaria la desinfección, el examen bacteriológico de los líquidos, el químico de las substancias, [la sociedad] ha de vivir vigilante y no esperar en unos casos a la comisión de delitos y en otros a su repetición, sino que bastará que sus técnicos –los Jueces – juzguen a un reincidente, para que le apliquen la medida correctiva, igual al delincuente primario y peligroso y al anormal en su vida reiterante, bordeante del delito, al ebrio o toxicómano, al jugador, al contrabandista, al que con sus actos perjudica consciente y contumazmente a la sociedad, comerciando con objetos dañinos, –estupefacientes– o peligrosos, etc.» (Rodríguez Dranguet 1935, p. 19). La relación de la defensa social con la perspectiva médica sobre la desviación es evidente en su comprensión «sociológica» de la salud mental: la enfermedad mental se revelaría como síntoma de una morbidez social localizada en ciertas capas de población, que hacen insuficiente el tratamiento de los síntomas individualizados, exigiendo una intervención preventiva sobre las costumbres de dichas poblaciones, a través de formas de protección y vigilancia (Da Agra 1988, p. 110; Nye 1984, pp. 227 y ss.). La redefinición de la peligrosidad delictiva en términos de riesgo con fines de inocuización, en auge desde los años 1970, ha sido también ensayada en términos epidemiológicos. Schoeman (1979) equiparó la incapacitación de agresores peligrosos a las medidas sanitarias de cuarentena en escenarios epidémicos. Hipótesis que es considerada por Floud y Young en su influyente estudio sobre las transformaciones de la peligrosidad –el llamado *Floud Report*– (Floud y Young 1981, pp. 40-45).

[286] Hui (2016, p. 236).

[287] Rotchschild-Elyassi, Koehler y Simon (2019, p. 196).

[288] Reichman (1986, p. 161).

La equiparación de la justicia actuarial con la práctica de los seguros, ya tratada, se hace mucho menos patente a la vista de los desarrollos algorítmicos complejos de la justicia actuarial, alejados de las tablas estadísticas y las inferencias de probabilidad frecuentista. Estos desarrollos derivan de un conjunto de progresos técnicos emergentes: los propios del *data mining*, la IA aplicada a la elaboración de perfiles y la formulación de pronósticos para la toma de decisiones, con complejas aplicaciones en el marketing, la predicción climática o la gestión sanitaria. Estos usos están desembocando en prácticas del riesgo crecientemente complejas y automatizadas, que han sido rotuladas por Adam Burgess como una *digital risk society*[289].

La incorporación de algoritmos complejos (computerizados) a la toma de decisiones le añade prestaciones reactivas y predictivas. Los sistemas reactivos proponen respuestas automatizadas total o parcialmente, desde el análisis de datos históricos. En la Administración Pública ha inspirado la gestión «basada en datos» o «en resultados», frente al procedimiento de toma de decisiones tradicional[290]. No obstante, el impacto es mayor al recurrir a sistemas algorítmicos preventivos, que sirven «para informar el ejercicio de la discreción ejecutiva con el propósito de detectar o prevenir violaciones a las reglas»[291]. Ello da lugar a nuevas formas de gestión pública consideradas como formas de regulación basadas en el riesgo[292], de clasificación social a través de nuevos medios de vigilancia[293], o de justicia actuarial.

a) La modelización algorítmica de datos

Las variantes más complejas de las técnicas algorítmicas se usan fundamentalmente con fines predictivos, donde se aprecian las diferencias más notables con las técnicas probabilísticas tradicionales: especialmente en la forma en que las técnicas de ML ofrecen predicciones desde los datos mismos, sin necesidad de modelar previamente los procesos de generación de datos[294]. Se trata de un quiebro técnico que

[289] Burgess (2016, p. 3).

[290] Yeung (2018a, p. 561).

[291] *Ibidem* (pp. 562-563).

[292] Black (2010), Coglianese (2019).

[293] Lyon (1994, 2001 y 2003).

[294] Coglianese y Lehr (2017, p. 1156).

ha experimentado una rápida evolución en apenas una década[295], y que evidencia lo que Simondon diagnosticó como desarrollo de «nuevos esquemas de inteligibilidad» derivados de las evoluciones técnicas[296]. Las tecnologías de ML consisten en modelos probabilísticos específicos, pero con una nueva percepción de las capacidades de cálculo predictivo y del modo de afrontar situaciones de incertidumbre. Su novedad reside en su capacidad para incorporar, como *input*, datos sin modelizar en los que detectar correlaciones no lineales, de un modo vedado a la cognición analógica humana[297]. Esta evolución de base tecnológica ha sido inducida por el incremento exponencial de la capacidad de recolección y almacenamiento de datos, y de la potencia de computación informática. El ML, así visto, sería una réplica instrumental al desfase entre volumen de información manejable y capacidad analógica de procesamiento[298].

La potencia de computación se ha incrementado también por los novedosos modos de programación. Los primeros sistemas digitales automatizados, «sistemas expertos» o «basados en reglas», consistían en lógicas explícitas para transformar variables de entrada en variables de salida. En ese tipo de sistema, los criterios de tratamiento de los datos están explicitados en virtud de un diagrama concreto y

[295] Una breve referencia a los hitos en ML puede encontrarse en Royal Society (2017, p. 28). Considerando la noción más amplia de IA, 2012 fue un año clave en la aceleración de aplicaciones técnicas como las redes neuronales y el *deep learning* (WIPO 2019, p. 19). Para Eggers, Schatsky y Viechnicki (2017) habríamos entrado en una «tercera era de la automatización» caracterizada por la informatización de tareas que anteriormente exigían de juicios humanos –tras la primera era, en la que se consiguió que las máquinas reemplazaran al músculo humano en algunas tareas manuales, y la segunda, en la que las aplicaciones maquínicas permitieron el alivio de trabajos intelectuales pero rutinarios, como la entrada de datos en sistemas digitales–. Por el momento, el ML es la expresión más compleja de esa tercera era, donde el concepto de «programación informática» se ve redefinido.

[296] Simondon (2017, pp. 212-213).

[297] En una correlación lineal, una entrada tendrá siempre el mismo impacto en los datos de salida, con independencia de los otros datos incorporados al sistema. Existe una correlación unívoca y rígida: una variación *n* en el predictor x_1 producirá siempre una variación *n'* en el resultado *z*, con independencia de los valores que adquieran los predictores x_2 y x_3. En cambio, en una correlación no lineal, una determinada entrada tendrá un impacto variable en los datos de salida, en función de las múltiples combinaciones que pueda entablar con otros datos que hayan alimentado el sistema. Entonces la correlación es variable y flexible: una variación *n* en el predictor x_1 podrá producir una variación n'_1, n'_2, n'_3, n'_4,… en el resultado *z*, en función de los valores que adquieran los predictores x_2 y x_3. Es decir, un determinado valor de x_1, combinado con un valor elevado de x_2 y un valor bajo de *x3*, produce un impacto en el resultado *z*, distinto al que tendría el mismo valor de x_1, pero combinado con un valor bajo de x_2 y un valor elevado de x_3. Esta lógica variable puede producirse al nivel de miles de combinaciones distintas entre predictores.

[298] Silver (2014, p. 11).

predeterminado, y un código predefinido y estable[299]. Los actuales sistemas de ML no se componen de reglas explícitas a priori, sino que emergen del propio modelo de aprendizaje automático. El algoritmo inicial teóricamente fundado, es alimentado con datos a través de los cuales el sistema «aprende», generando el propio modelo. Las reglas que subyacen a dicho modelo no incorporan correlaciones lineales entre los distintos predictores, ni son interpretables de manera directa por un observador humano, a diferencia de las viejas rutinas de sistemas basados en reglas[300]. En síntesis, en un sistema de ML el algoritmo inicial se «entrena» enfrentándose con un vasto conjunto de datos de entrada y salida previamente recopilados, siendo capaz de detectar correlaciones complejas entre ellos, descifrando las influencias entre los datos de entrada, y enunciando una serie de reglas de asociación que conforman el modelo de inferencias. A partir de ese modelo, en definitiva un complejo de reglas matemáticas que formaliza las correlaciones detectadas, cabrá realizar pronósticos (resultados estimados de salida) cuando el modelo sea alimentado con nuevos datos de entrada[301].

El desarrollo acelerado del ML se ha visto favorecido por las evoluciones de las técnicas de «redes neuronales», basadas en la representación gráfica de las estructuras probabilísticas, al modo de las redes bayesianas. Sin embargo, su operatividad es muy distinta, y también sus postulados gnoseológicos sobre el modo de objetivar la incertidumbre[302]. Una red bayesiana, como sabemos, parte de una cierta creencia previa sobre las relaciones de probabilidad condicional entre los elementos que la componen. Cada nodo se refiere a un atributo «real» del problema considerado (tratándose de los

[299] Consejo de Europa (2018b, p. 7 y 2018c, pp. 32-33), Pearl y Mackenzie (2018, p. 65), Zalnieriute, Moses y Williams (2019, pp. 432-434). Una explicación de los atributos matemáticos de este tipo de sistemas puede encontrarse en Castillo, Gutiérrez y Hadi (1997, pp. 21-68), donde se emplea el ejemplo, relevante a nivel jurídico, de la regulación del tráfico rodado. En términos algorítmicos, la expresión lógica básica de estos sistemas es de tipo silogística y condicional, conforme a la estructura «si *A*, entonces *B*».

[300] Edwards y Veale (2017, p. 25). El aprendizaje del sistema puede producirse de modos diversos, básicamente, de forma «supervisada» y «no supervisada». Aplazamos una explicación algo más detallada de estas rutinas técnicas al capítulo 7.

[301] Hildebrandt (2015, pp. 31 y ss), Barocas y Selbst (2016, pp. 677-688), Yeung (2018a, pp. 557-558), Tutt (2017, pp. 85 y ss.), Consejo de Europa (2018b). Si acudimos al glosario sobre Inteligencia Artificial adoptado por el Consejo de Europa, puede decirse que el ML «hace posible construir un modelo matemático a partir de datos, incorporando un gran número de variables que no son conocidas de antemano. Los parámetros son configurados gradualmente durante la fase de aprendizaje, que usa conjuntos de datos de entrenamiento para hallar y clasificar vínculos» (Consejo de Europa 2018c, p. 72).

[302] Para una exposición más precisa, en términos técnicos algorítmicos, de las redes neuronales, véase Witten, Frank, Hall y Pal (2017, en especial pp. 243-284).

factores que afectan a las probabilidades conductuales de un sujeto, cada nodo de la red sería un rasgo que actúa como predictor: sexo, edad, raza, antecedentes delictivos…). Los vectores que unen los nodos indican las probabilidades condicionales, cuantificando la probabilidad de un nodo (hijo) dada la probabilidad de otro nodo (padre), expresando los valores de una determinada tabla de probabilidad condicional. Ese modelo estructural permitirá inferir resultados al introducir nuevos valores, que cursarán recorridos concretos a través de los nodos de la red hasta producir una salida.

Una red neuronal, en cambio, pretende replicar el funcionamiento reticular de un cerebro orgánico. Los nodos de la red no representan ningún atributo real, sino «neuronas» que entablan conexiones según parámetros puramente abstractos. Las neuronas, organizadas en «capas» a efectos de computación, expresan una formulación matemática que se activará con el estímulo (de cada dato que reciba de una neurona anterior). Por lo tanto, valga la expresión, una neurona no contiene ningún significado concreto: solo filtra la información que recibe, y activa otras neuronas en función del valor que incorpora la información recibida. El entrenamiento del sistema, mediante un bombardeo masivo de datos de entrada y salida, hace que el modelo detecte correlaciones gracias a las operaciones matemáticas neuronales, que se expresan como rutas a través de la red. Nuevos casos individuales introducidos en el sistema activarán las correspondientes rutas neuronales aprendidas, en función de las similitudes de estos nuevos datos respecto a los que sirvieron de aprendizaje, permitiendo inferir un cierto pronóstico probable.

Un sistema alimentado con datos de individuos con un determinado comportamiento (por ejemplo, la comisión de una infracción) permitirá inferir un pronóstico sobre la probabilidad de que nuevos individuos evidencien similar conducta en el futuro. Sin embargo, las redes neuronales despliegan un modelo de probabilidades muy diferente a los cálculos frecuentistas o las técnicas bayesianas. La abstracción del modelo, generado a partir del entrenamiento del sistema, lo hace al observador humano, incluidos sus diseñadores. Este tipo de algoritmos constituyen auténticas «cajas negras» (*black boxes*), al devenir inexplicables por ser inaccesibles sus operaciones[303], así como

[303] Pasquale (2015), Wischmeyer (2020), Consejo de Europa (2018a, p. 37), Coglianese y Lehr (2017, p. 1167), Zarsky (2017, p. 13).

sus modificaciones «espontáneas»[304]. La causalidad se diluye ante puras correlaciones y la multiplicación exponencial de las interacciones entre datos, incorporados en volúmenes masivos. Cuando estos algoritmos operan en procesos de relevancia pública, complican las exigencias básicas de transparencia y publicidad de los criterios normativos manejados en las tomas de decisiones. Dificultan la obtención de «información significativa sobre la lógica aplicada», o una «explicación de la decisión tomada» mediante el algoritmo, empleando expresiones acogidas ya por el derecho europeo[305].

El desarrollo de las tecnologías algorítmicas basadas en redes neuronales y, en general, de mecanismos de caja negra, introduce una diferenciación de gran trascendencia entre dos verdaderas «culturas de la probabilidad»[306]. Si todo sistema predictivo probabilístico se concreta en una «caja» de operaciones matemáticas, que aspira a determinar ciertos valores de respuesta a partir de determinadas variables de entrada, el modo en que dicha «caja» es concebida difiere drásticamente entre la cultura de «modelización de datos» y la de «modelización algorítmica». En el primer caso, el flujo entradas-salidas se basa en un modelo matemático con operaciones inteligibles; en el segundo, se asume que la caja de operaciones es altamente compleja e incognoscible[307].

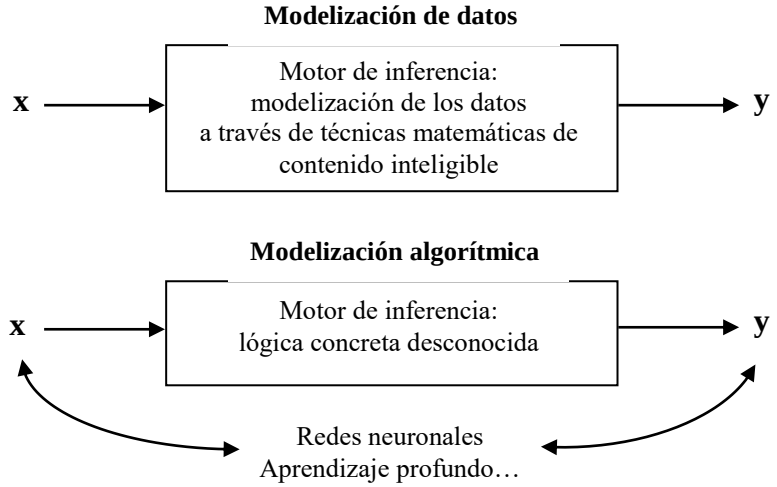
[304] Gillespie (2014, p. 178).

[305] Considerando 71 y arts. 13(2)(f) y 15(1)(h) RGPD, respectivamente.

[306] Breiman (2001).

[307] *Ibidem*, p. 199.

FIGURA 1. Modos de inferencia probabilística según el grado de inteligibilidad de las técnicas



Elaboración propia a partir de Breiman (2001)

En realidad, ambas aproximaciones son «algorítmicas» desde el concepto amplio –pero conceptualmente preciso– de algoritmo. Lo que Breiman califica de «modelización algorítmica» identifica en realidad aquellas técnicas en que la modelización de datos es producto del propio algoritmo, a partir de ciertas técnicas de manejo de datos abstracto. Es la abstracción de las «neuronas» del grafo que subyace al mecanismo, su falta de correlato con un atributo externo, lo que impide su inteligibilidad por el observador humano. Pero en esa misma abstracción radica su eficacia, al permitir procesamientos de datos a escalas inalcanzables para la operatividad de otras técnicas probabilísticas «sustantivas». La abstracción y falta de inteligibilidad se está extremando en sucesivos desarrollos de las redes neuronales, como las técnicas de «aprendizaje profundo» (*deep learning*), donde el tratamiento se organiza en capas de redes neuronales, en que la capa previa alimenta las entradas de la siguiente[308].

La toma de decisiones algorítmicas ha replicado ciertas funciones de los seres humanos por otros medios técnicos. Pero los algoritmos de ML suponen un hiato, tanto por motivos cuantitativos como cualitativos, esto es, por el volumen de datos asociados

[308] Witten, Frank, Hall y Pal (2017, pp. 417 y ss.), Government Office for Science (2015, p. 7).

a la decisión, como por un tipo de inferencia ajeno a la cognición humana[309]. La evolución de los algoritmos de ML responde a un cambio en la evolución de la inteligencia robotizada, no orientada ya a replicar al individuo humano, sino a erigir «organismos cognitivos aumentados», basados en «esquemas y procesos casi sin relación con el modelo humano»[310] y, paradójicamente, tanto más alejados cuanto más se apoyan en la inspiración biológica.

La incorporación de algoritmos de caja negra como tecnologías normativas no sugiere abandonar la comprensión de sus mecánicas internas, sino valorar las consecuencias jurídicas de su opacidad y las posibilidades de preservar las garantías de los destinatarios de las decisiones así adoptadas[311]. Si bien es cierto que, hasta hace poco, las ciencias sociales y jurídicas han prestado escaso interés a los algoritmos como realidad tecnológica[312], están emergiendo como objeto de estudio, tratando de explorar sus consecuencias sociales, políticas y jurídicas. Algunas de estas reivindicaciones del algoritmo, como problema de estudio en sí, han visto en la comprensión del objeto técnico ofrecida por Simondon un marco teórico desde el que dialogar con las innovaciones algorítmicas[313].

La fertilidad de ese marco interpretativo radica en la propuesta de considerar filosóficamente la dimensión «objetiva» del objeto técnico, es decir, el nivel de su operatividad técnica o su «significado funcional», a partir de lo cual puede pensarse, después, las consecuencias de su inserción social[314]. Así, cabe considerarlo desde la perspectiva del «discurrir evolutivo de los objetos técnicos»[315], que radicaliza la tendencia hacia la automatización que Simondon percibió ya en el maquinismo[316]. Actualmente asistimos a la automatización del tratamiento de datos, que está permitiendo una expansión indefinida de los sistemas automatizados, especialmente en

[309] Consejo de Europa (2018a, p. 6).

[310] Sadin (2017, p. 29).

[311] EDPS (2015, p. 10), Lehr y Ohm (2017, pp. 655 y ss.), Barocas, Hood y Ziewitz (2013, p. 3).

[312] Hill (2016, p. 37).

[313] Hui (2016), Rieder (2018), Gómez (2018), Hill (2016), Sadin (2015 y 2017).

[314] Rieder (2018, p. 112).

[315] Gómez (2018, p. 4).

[316] Simondon (2017, p. 132). Señaló en este sentido que «el automatismo está implícitamente contenido en la esencia del maquinismo porque la esencia del maquinismo reside en el encadenamiento transductivo que autoriza el automatismo [...]».

la toma de decisiones, incluidas las jurídicas. Yuk Hui ha ofrecido hasta el momento la indagación más exhaustiva sobre la comprensión del objeto digital como objeto técnico, como nuevas variantes de objetos industriales[317]. No obstante, para Hui, solo el *hardware* puede ser comprendido como verdadero objeto técnico. Las bases de datos, algoritmos, protocolos de red, y los usuarios humanos… habrían de concebirse más bien como elementos que conforman el «medio asociado» del objeto-computadora[318]. En un sentido próximo, Sadin propone actualizar la perspectiva de Simondon al afirmar que lo relevante hoy no es el objeto técnico, sino los datos que median entre el sujeto y el mundo[319]: nuestra condición tecnológica «reenvía menos a los objetos elaborados que nos rodean que al magma inmaterial que prolifera de forma exponencial derivado de su uso»[320]. De esta forma, objetos técnicos de computación, datos y redes serían tres facetas interrelacionadas de los objetos digitales[321].

Es cierto que, cuando Simondon habló escuetamente de las «máquinas de uso de información», por distinción de los objetos técnicos pasivos o activos convencionales, su atención se centró en la máquina física que sirve de soporte a las operaciones de cálculo[322]. Sin embargo, ese enfoque en el *hardware* es propio de un estadio de desarrollo tecnológico en el que las posibilidades de cálculo estaban estrechamente ligadas a las condiciones del objeto físico soporte. El desarrollo de las técnicas de ML ha tenido como condición de posibilidad la transformación de la máquina computadora, sus procesadores y periféricos[323]. Pero también el algoritmo evidencia un proceso

[317] Hui (2016, p. 49).

[318] *Ibidem* (pp. 56-57).

[319] Sadin (2017, p. 81).

[320] Sadin (2015, p. 19).

[321] Hui (2012, p. 92). Esta lectura exige superar el «dualismo digital» *hardware*/*software* (Blanco y Berti 2016).

[322] Simondon (2005, p. 221). En su curso «L'objet technique individualisé et les résaux» de 1969, Simondon recupera la clasificación propuesta por Jacques Lafitte en sus *Reflexions sur la science des machines* de 1932 (Lafitte 2000), para distinguir entre: objetos técnicos individualizados pasivos, refiriéndose a aquellos que requieren de una información explícita para determinar su funcionamiento (como en el caso de los útiles, por ejemplo, las herramientas simples); objetos técnicos individualizados activos, que tienen una relativa autonomía de funcionamiento respecto al usuario y respecto del medio (como los aparatos, los utensilios, y los vehículos a motor); y, por último, los «dispositivos de información», que Lafitte había denominado «máquinas reflejas» (Lafitte 2000, p. 68), cuyo rasgo principal es su carácter modulador entre entradas y salidas a través de procesos de amplificación, regulación, interpretación, decodificación… –como lograban ya las máquinas de calcular arcaicas, así como los amplificadores y, después, las computadoras complejas– (Simondon 2005, pp. 170, 197 y 221).

[323] Gómez (2018, p. 5).

paralelo de concretización, de evolución funcional en sus componentes y modo de expresión. Esa autonomía evolutiva, que revela una lógica funcional interna en constante evolución habilita la comprensión de las técnicas algorítmicas como objetos «conceptuales», tal y como ha sugerido Hill[324]. Este tipo de tecnicidad objetual plantea formas de existencia novedosas dado, por ejemplo, su doble manifestación externa –en la pantalla, a través de un *interfaz* que permite la interacción con otros agentes– e interna –en forma de programa codificado en términos comprensibles para el *hardware*–[325]. Pero es precisamente esa forma de existencia novedosa la que plantea interrogantes al considerar sus implicaciones normativas, en especial, en sus relaciones con las formas jurídicas.

b) Del riesgo actuarial al riesgo algorítmico

El nuevo impulso de estos desarrollos algorítmicos, ampliamente aplicados en entornos variados –como los sistemas de recomendación comercial, el cálculo de fenómenos físicos y ambientales o el estudio de tendencias de conducta en redes sociales, entre otros muchos–, está induciendo su incorporación progresiva a la toma de decisiones públicas. Ello permite hablar de un verdadero auge de una justicia punitiva actuarial, con una lenta evolución no exenta de dificultades a partir de la década de 1980. Desde su seductora promesa de fiabilidad y eficiencia de los modelos algorítmicos de probabilidad, la justicia actuarial ha alcanzado un nuevo consenso aparentemente desprovisto de connotaciones políticas, percibiéndose ahora como una solución técnicamente aceptable en el tratamiento de la desviación[326].

Ello nos lleva a la pregunta de si este tipo de aplicaciones se inscribirían en la lógica del riesgo punitivo actuarial, desarrollado a través de la modalización estadística de datos, en conexión con saberes psicológicos y criminológicos. Recientemente, Hannah-Moffat ha observado relevantes diferencias entre ambas, tanto en cuanto al diseño de los instrumentos, como en su método y su uso. Por un lado, las técnicas del «riesgo algorítmico» –entendiendo por tal aquellas basadas en modelizaciones puramente algorítmicas–, permiten usos que van más allá de los habituales en el riesgo

[324] Hill (2016, p. 57).

[325] Hui (2016, p. 2).

[326] Feeley y Simon (2019, pp. 138-139).

punitivo actuarial, orientado esencialmente al pronóstico de reincidencia de los sujetos. Por otro, las técnicas algorítmicas pueden proyectar sus valoraciones sobre volúmenes de población mucho mayores que los considerados hasta ahora. Además, el riesgo algorítmico puede nutrirse de fuentes de información mucho más diversas, y operar incluso cuando existen datos escasos sobre los individuos considerados[327]. Los procesos de agregación-individualización adquieren un carácter mucho más abstracto que en los usos anteriores del riesgo punitivo actuarial, por lo que el tratamiento actuarial de las conductas prescinde rotundamente del saber de las ciencias sociales y psicológicas.

Calificándolas de «formas derivativas del riesgo», Louise Amoore había señalado ya cómo este tipo de cálculos algorítmicos aplicados a prácticas securitarias obvia por completo las relaciones causales entre datos, trabajando sobre la relación formal entre ítems. No se trata simplemente de «un modo más avanzado de abstracción» respecto a las formas estadísticas convencionales, sino de una nueva «forma específica de abstracción», basada en formas innovadoras de tratamiento matemático de agregación y desagregación de datos. Por ello, desde el punto de vista de la productividad del poder, de la innovación de las prácticas de gobierno, el riesgo se revelaría como una «tecnología de los límites», un modo de reconfigurar las posibilidades de las prácticas securitarias[328], con efecto directo sobre los límites de la aceptabilidad jurídica de las prácticas punitivas y la esfera de protección del sujeto frente al poder público.

El nivel de agregación que logra este tipo de mecanismos, su alejamiento drástico de cualquier noción de causalidad, y su abstracción matemática, hacen que su uso como tecnologías normativas induzca tendencialmente una nueva lógica funcional del riesgo. Karen Young, reflexionando sobre la teoría de Lessig de la regulación a través de la «arquitectura» o del diseño técnico, percibió esta distinción funcional. Los tipos de arquitectura regulativa identificados por Lessig se refieren a la incorporación de tecnologías normativas dirigidas a lograr cambios conductuales, a minimizar el impacto de comportamientos dañosos, y a la prevención de comportamientos indeseados. Las nuevas tecnologías algorítmicas, en cambio, no responden de forma inmediata a ninguna de esas finalidades, antes bien exhiben una lógica de «filtrado»:

[327] Hannah-Moffat (2019, pp. 458-460).

[328] Amoore (2013, pp. 59-62).

son mecanismos de identificación y selección, dirigidos a discriminar dentro de una población, amplia y no concretada necesariamente, aquellas unidades con las características prescritas[329].

La secuenciación que habilitan las tecnologías algorítmicas puede coadyuvar a cualquiera de las otras funcionalidades de la regulación mediante el diseño (cambio conductual, reducción de impacto o prevención de conductas) y, como dijimos, vincularse a los espacios funcionales del riesgo ya analizados, como un medio para potenciar su alcance y capacidad de cálculo. Sin embargo, la incorporación de tecnologías de filtrado incorpora una lógica específica que se superpone y sesga la tecnología normativa considerada. Al cabo, es una lógica de reconocimiento de patrones y detección de correlaciones en grandes masas de datos heterogéneos, instrumentalizados para fines diversos: concesión o denegación de autorizaciones, reconocimiento de derechos o ventajas, realización de controles selectivos, restricciones de acceso a espacios o sistemas…

La madurez de este tipo de tecnologías sugiere la adición de una nueva lógica funcional del riesgo a la taxonomía clásica. Junto con el riesgo asegurador, epidemiológico y clínico, es ya posible identificar un «riesgo algorítmico», entendido como aquel con que se aspira a ordenar una población dada a partir de una modelización computerizada de datos, para la detección de patrones mediante técnicas de aprendizaje automático. Estas tecnologías nos enfrentan a problemas jurídicos específicos que redefinen los que, de suyo, plantean las técnicas actuariales como forma de «justicia» punitiva. Desde el punto de vista de su incorporación efectiva a las prácticas punitivas y su positivación jurídica, este tipo de funcionalidad es patente en el nuevo régimen europeo de control sobre el tránsito de las fronteras exteriores del espacio Schengen por ciudadanos de terceros Estados exentos de la obligación de visado (SEIAV), instaurado por Reglamento (UE) 2018/1240, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de septiembre de 2018 (RSEIAV), todavía en construcción. Este sistema, sustentado en la aplicación del riesgo algorítmico, delata la lógica funcional de

[329] Yeung (2008, p. 88). Más recientemente, la autora ha insistido en cómo la «regulación algorítmica» se distingue de otras formas precedentes de control a través de la arquitectura. La diferencia radica, por un lado, en la continuidad y adaptabilidad automática del control que habilitan las tecnologías de ML, lo que es a su vez producto de la amplitud de los datos que nutren el sistema de manera dinámica. Por otro, en el espectro de comportamientos que pueden ser considerados, abarcando potencialmente a poblaciones enteras (Yeung 2018a, p. 560).

este tipo de tecnología normativa, como evolución de los principios de justicia actuarial. De hecho, el SEIAV implica la primera regulación jurídica explícita de este tipo de tecnología en nuestro contexto, al menos en el terreno policial securitario.

Considerando esta primera aproximación al riesgo algorítmico y su lógica de filtrado, la taxonomía sobre las variantes técnicas del riesgo puede completarse como sigue:

CUADRO 4. Técnicas del riesgo (continuación)

Variantes generales	**Concreciones**	**Funcionalidad**	**Casos de aplicación normativa (ejemplos)**
RIESGO ALGORÍTMICO*	*Machine learning* Basado en algoritmos de «caja negra»: redes neuronales, aprendizaje profundo…	Filtrado de población mediante la detección de patrones Concesión/denegación de autorizaciones o ventajas, realización de controles selectivos, restricción de accesos…**	Control de fronteras Detección sistemática de riesgos «migratorios» en el tránsito de nacionales de terceros Estados exentos de la obligación de visado para Schengen (arts. 33-35 RSEIAV)

* Basado en una modelización estrictamente algorítmica de «caja negra», en el sentido propuesto por Breiman (1999)

** Según los análisis de Yeung (2008) y Hildebrandt (2015)

4.3 El derecho como técnica

Según hemos expuesto, el concepto de riesgo aglutina diversas actitudes y técnicas ante la incertidumbre, que habilitan decisiones racionales de carácter anticipatorio. A menudo, esas decisiones son el resultado de remisiones jurídicas más o menos explícitas en distintos contextos de gobierno. Queda por aclarar sin embargo el tipo de relación que se entabla entre las formas propiamente jurídicas y las técnicas de gestión de riesgos en aquel tipo de supuestos. Más que anunciar problemas que serán desgranados en los capítulos siguientes, ahora pretendemos tan solo delimitar el plano en el que las relaciones entre los conceptos dogmáticos y las funcionalidades del riesgo resultan inteligibles.

Los análisis sobre los impactos del riesgo en el terreno jurídico han palpado, de un modo u otro, afecciones a las categorías dogmáticas por la influencia de circunstancias externas de tipo epistémico. El rótulo «riesgo y derecho» anuncia quiebras y reconstrucciones jurídicas inducidas por modos de saber, o de no-saber, que son enunciados desde otros espacios gnoseológicos y campos operatorios. Esas influencias han sido analizadas, a menudo, desde los avatares que lo jurídico experimenta ante las evoluciones del conocimiento científico empírico de tipo *α-operatorio*. Tales análisis han insistido en una suerte de «desfase» o desajuste entre ambos campos gnoseológicos, poniendo de manifiesto las dificultades del derecho para ofrecer soluciones regulativas aptas ante los nuevos escenarios alumbrados por las ciencias empíricas. Este diagnóstico se desprende sin dificultad de la tesis de la «sociedad del riesgo» que brindó Ulrich Beck y que, en el plano jurídico, reabre la inveterada cuestión de la cientificidad del derecho[330]. Esta actualización desliza la pregunta sobre la relación de la dogmática con otras ciencias, y el modo en que aquella es capaz de integrar los métodos y los resultados de estas en su propia operatividad.

[330] Recordemos que Beck sostuvo que los sistemas de aseguramiento propios de «la modernidad» habrían comenzado a colapsar en el tramo final del siglo XX, ante la emergencia de amenazas provocadas por la acción humana, que desafían las explicaciones causales, las capacidades de cálculo sobre sus efectos y los mecanismos clásicos de atribución de responsabilidades (Beck 1998a; 1998c; 2002a; 2008).

Entre nosotros, Esteve Pardo ha concretado la sociología general de Beck en la perspectiva del derecho público, ahondando en el «desconcierto» jurídico suscitado por la evolución científica[331]. Este análisis ofrece una lectura en términos reactivos de lo jurídico frente a las ciencias, según la cual la dogmática moderna, construida a imagen de las metodologías científicas de los siglos XVIII y XIX y el concepto de «ley científica», habría quedado desfasada respecto al carácter asumido después por la verdad científica, altamente especulativa, probabilística y en constante revisión[332]. Esta provisionalidad epistémica es poco compatible con el tipo de seguridad exigida al derecho, que se ve en una encrucijada: a falta de soluciones regulativas estables, el derecho es cada vez más dependiente del estado del conocimiento científico en cada momento que, pese a sus incertezas y provisionalidad, debe ser traducido en decisiones jurídicas taxativas –de modo que los juristas exhiben «un cientificismo mayor que los propios científicos»[333]–. Embid Tello ha percibido ahí una verdadera «evolución cuántica del derecho» posmoderno, abocado a asumir posiciones epistemológicas humildes, a tornarse reflexivo y contingente, y a aceptar a cada paso la verdad científica como inmediatamente válida, pese a su carácter relativo y provisorio[334]. Lo cual, para Supiot, hace implosionar el concepto mismo de dogmática jurídica. Mientras la abierta asunción de la incertidumbre en el conocimiento científico ha debilitado la noción de «ley científica», la dogmática, en cambio, procede del tiempo en el que la ciencia hablaba con rotundidad el lenguaje estable de las leyes. Ahora, mientras el derecho se ve progresivamente disuelto en las coyunturas del saber científico, se le reclama sin

[331] Esteve Pardo (1999, 2003, 2006, 2009 y 2012).

[332] (Esteve Pardo 2009, pp. 25 y 37 y ss.). Advierte el autor que la pretensión de cientificidad estuvo ya presente en la concepción del derecho moderno, al pretender construir una «seguridad jurídica» como trasunto de los métodos científicos de la modernidad, que mostraron logros espectaculares en los siglos XVIII y XIX (Esteve Pardo 2009, p. 53). Atienza advierte esta pretensión ya en la perspectiva del derecho natural racionalista de los siglos XVII y XVIII, que pretendió trasladar al campo de la conducta humana el modelo de análisis construido por Galileo y Newton para la física: «del mismo modo que el universo se concibe como regido por leyes racionales, formuladas matemáticamente, los iusnaturalistas del siglo XVII se esforzaron por construir un sistema de normas deducibles con rigurosa exactitud y constitutivas de un orden racional análogo al de la naturaleza física» (Atienza 2003, p. 12).

[333] Esteve Pardo (2009, p. 14).

[334] Embid Tello (2010, pp. 53 y 67).

embargo que mantenga su capacidad de aportación de sentido, tarea que solo puede lograrse por medios dogmáticos[335].

Estos análisis han subrayado aspectos significativos de las relaciones entre ciencia y derecho, sobre el papel controvertido de la regulación jurídica y de los juristas mismos, ante el poder transformador del progreso científico y su pujanza social. Sin embargo, a nuestro juicio, comprender el modo en que la gestión de riesgos irrumpe en las formas jurídicas implica, no tanto atender a las vicisitudes del conocimiento científico, sino a sus realizaciones técnicas. Esta perspectiva no es ajena a los análisis expuestos, conscientes de que las ciencias son hoy en sí mismas tecnociencias, y de que la gestión de riesgos que se exige al derecho remite a problemas ligados a la expansión social de las tecnologías. Es esta faceta la que, a nuestro parecer, debe ser explorada, lo cual implica concebir el derecho en sí mismo como una construcción técnica, es decir, como un mecanismo con vocación eminentemente práctica. La dogmática, en palabras de Atienza, no es ciencia sino tecno-praxis[336], por lo que sus interacciones con el riesgo deben comprenderse como relaciones entre modos distintos de tecnicidad[337].

Esta distancia es palpable en el esfuerzo de cálculo al que impele toda decisión anticipatoria.

La vocación preventiva que las prácticas del riesgo inducen en la realidad jurídica producen un derecho crecientemente orientado al futuro buscando a menudo, además, certezas cuantitativas (esencialmente empíricas), que son extrañas a la práctica jurídica ortodoxa, al menos en su vertiente punitiva. Para Aradau, esta orientación *ad futurum* en las prácticas securitarias «introduce una incertidumbre radical en el corazón

---

[335] Supiot (2007, pp. 96-106). El autor apunta algunas evoluciones concretas que derivan de esta situación contradictoria de la realidad jurídica. Así, por ejemplo, señala cómo el principio de incertidumbre se manifiesta jurídicamente en una creciente preeminencia de las reglas de procedimiento sobre las reglas de fondo (Supiot 2007, p. 119) De esta manera, los contenidos sustantivos de las regulaciones se ven remitidos a decisiones particulares o a normas técnicas. No en vano, Esteve Pardo ha subrayado también el auge del fenómeno de la autorregulación en este contexto (Esteve Pardo 2002).

[336] Atienza (2015, p. 190).

[337] Obviamente, la discusión sobre la cientificidad o tecnicidad del derecho se desenvuelve dentro de la dimensión del fenómeno jurídico que Reale, dentro de su tesis tridimensional, denominó «normativa» (Reale 1997). Es ahí donde cabe identificar esa tecnicidad, que es propia tanto de las normas jurídicas positivas como de las categorías dogmáticas. Quedan al margen de esta discusión las dimensiones «fáctica» y «axiológica» del derecho, donde es posible que se desarrolle conocimiento estrictamente teorético con mayor o menor pretensión de cientificidad (vinculados a la sociología jurídica, la filosofía jurídica, la psicología jurídica, la antropología jurídica, la historia del derecho, la ciencia política, la filosofía moral, la ética…).

mismo del razonamiento legal», evidenciando «la fragilidad del saber jurídico, que se ve cada vez más 'deshecho' por tecnologías digitales y prácticas securitrarias» de tipo anticipatorio. El derecho, en su configuración ortodoxa, se ha afanado por producir un *continuum* de expectativas entre pasado y futuro[338]. La dogmática ha sostenido ese esfuerzo afirmando ciertas presunciones y principios al considerar al sujeto y su conducta, en una relación tensional con las verdades empíricas de la criminología y la sociología. El derecho se ha enfrentado a la incertidumbre mediante argumentos de razonabilidad, especulaciones aceptables y probabilidades subjetivas, más que en técnicas de estimación cuantitativa, que acaban subrayando los elementos fácticos por delante incluso de los normativos[339]. Como observamos antes, la operatividad jurídica se ha basado a lo sumo en una probabilidad de tono «epistemológico» más que «estocástico objetivo»[340].

La irrupción de las técnicas actuariales en la justicia punitiva y, sobre todo, de sus recientes realizaciones algorítmicas, pretenden resolver la tensión entre las formas dogmáticas y la tecnicidad extrajurídica, inclinando el sistema hacia el lado del pragmatismo técnico, subrayando la realización tecnológica del derecho, al coste de estresar su aparato dogmático, que habrá de buscar reajustes. Esa irrupción erosiona la resistencia jurídica a admitir el tratamiento puramente empírico de las conductas y, con ello, el modo de producción de verdad característico del derecho. Los avances técnicos sostenidos en metodologías *α-operatorias* erosionan el pensamiento dogmático tradicional[341], dadas sus reservas frente a la instrumentalidad desnuda de las técnicas. Conviene no olvidar sin embargo que, como sostuvimos, la probabilidad es también, en sí misma, una construcción epistémica que produce un determinado sentido de verdad. La idealización de la probabilidad, la equiparación de la verdad probabilística con «la verdad» en sentido absoluto, tendría el efecto paradójico de pretender suplantar la dogmática jurídica por un dogmatismo de tipo matemático, en el sentido en que ha empleado la expresión Gutiérrez Cabria[342].

---

[338] Aradau (2017, p. 329).

[339] Leiss y Hrudey (2005), Aradau (2017 pp. 332-335).

[340] Según la distinción trazada por Hacking (1995).

[341] Baratta (2006, p. 63).

[342] Gutiérrez Cabria (1985, pp. 186-187).

Lo cual tiene hondas repercusiones desde el punto de vista del sentido de justicia. La aplicación del derecho se ha apoyado en el análisis de causalidades, y su modo de construir la verdad es esencialmente contrafáctico –es decir, admite discutir sobre otras causalidades alternativas, sobre la pertinencia o no de considerar ciertas relaciones causales, o sobre la inexistencia misma de nexos causales suficientes–. En cambio, las técnicas probabilísticas prescinden de la noción de causalidad en favor de la mera correlación y, por lo tanto, son inmunes a cualquier tipo de argumentación contrafáctica[343]. Sin embargo, la disponibilidad de tecnologías que se afirman capaces de anticipar la conducta en términos de probabilidad invierte la pregunta sobre la legitimidad de la decisión jurídica: la cuestión no es ya si es admisible excluir las relaciones causales; la inquietud, ahora, es la de si resulta legítimo ignorar la información que aportan los datos disponibles, como indicadores de eventos futuros, y seguir decidiendo con base a criterios más intuitivos, menos instrumentales, pero también menos «fiables»[344].

Otro de los ingredientes de las nuevas tecnologías normativas que reta la dogmática es su carácter automatizado, que desplaza la decisión jurídica a objetos técnicos con rutinas de funcionamiento con capacidad de aprendizaje para inducir relaciones, y prever estados futuros. Simondon comparó certeramente la capacidad de procesamiento de la realidad de máquinas y organismos vivos, así como sus diferentes formas de memoria[345]. La «racionalización automatizada», a modo de *laissez faire* cibernético[346], identifica las tecnologías normativas algorítmicas e introduce la

[343] Según han criticado con detalle Pearl y Mackenzie (2018).

[344] Wilkins (1985, p. 42).

[345] Simondon (2013a, pp. 154 y ss.). El dato más relevante es que el objeto técnico despliega una memoria que es la propia del documento, del resultado o de la medida, siendo incapaz de interpretar su funcionamiento en términos de información: el funcionamiento de una máquina no tiene sentido, es el ser humano quien descubre las significaciones, esto es, «el sentido que toma un acontecimiento en relación con formas que existen previamente» (*ibidem*, p. 141). La operatividad de cada forma de memoria se detiene allí donde comienza la otra, y el acoplamiento solo es posible si existen modos de codificación común a ambas formas. Por ello, hablando de tecnologías reguladoras de la conducta, la incorporación de objetos técnicos supone un modo específico de codificación del comportamiento humano. Este es subsumido en el espacio lingüístico y cognitivo determinado por las posibilidades de acoplamiento entre el operador humano y el objeto técnico. A menudo, el operador habrá de descomponer la realidad en expresiones que resulten inteligibles para el objeto técnico, lo que supone ya, de suyo, una forma concreta de procesar la conducta, de hacerla inteligible para el funcionamiento de la máquina.

[346] Sadin (2017, pp. 42 y 70).

dificultad de calificar jurídicamente tales formas de decisión[347]. Su carácter hace que la decisión jurídica, en forma de gesto técnico algorítmico, se encapsule y resulte opaco al operador humano, según ya hemos visto.

Tras los pasos de Simondon, Hui ha insistido en la naturaleza sintáctica de los objetos digitales, tan relevante en un sentido jurídico. El algoritmo–objeto meramente conceptual–, se expresa en forma necesariamente escrita, gramatical[348]. Por un lado, ello permite su incorporación a rutinas de decisión jurídica, como observara ya Lessig[349]. Sin embargo, por otro lado, la distancia en la sintaxis en su sentido más etimológico, entre lenguaje jurídico –aun «lógico» o «silogístico»– y el código algorítmico, es evidente. Ello requerirá labores de traducción complejas, cuyo riesgo «semántico» es desde luego muy elevado[350].

Todo ello ha inducido definir precipitadamente estos fenómenos como una «tecnificación» del derecho. Sin embargo, se trata más bien de una «juridificación de las tecnologías», que atribuye la capacidad de adoptar decisiones jurídicas, o partes de ellas, a objetos cibernéticos con aptitudes de predicción y actuación automatizada. Una afirmación técnica que expresa el avance de un «principio de numeración», una «voluntad de relación cuantitativa con lo real» y una priorización de la «ciencia del cálculo»[351].

Se hace preciso, por tanto, discernir entre la relevancia social del riesgo y sus técnicas de gestión, y el halo de «creencia mágica» en los poderes de las técnicas[352]. Los algoritmos no son simples códigos o meras expresiones matemáticas, sino auténticos constructos sociales, es decir, «mecanismos gestionados y construidos social e institucionalmente»[353]: un producto, pues, frágil y de confianza relativa. Sus capacidades predictivas son limitadas, función del conocimiento disponible y de las circunstancias de su creación y aplicación. A menudo procesan la realidad de modo

[347] Boix Palop (2020, pp. 228 y ss.).

[348] Hui (2016, p. 76).

[349] Lessig (2009, pp. 133 y ss.).

[350] Buchholtz (2020, p. 183).

[351] Sadin (2015, pp. 40 y 45).

[352] Peretti-Watel (1999, p. 12).

[353] Gillespie (2014, p. 169).

rudimentario [354] , obligados técnicamente a reducciones inaceptables desde una perspectiva jurídica[355]. Son, como ha observado lúcidamente Freeman, instrumentos de decisión automatizada que, si evitan los errores de las decisiones humanas, «reemplazan esos errores eliminados con nuevas formas de error»[356]. En tales casos, la discusión jurídica se ve obligada a virar hacia los márgenes de error admisibles del artefacto y al tipo de «justicia» implícito en él.

Inevitablemente el derecho, con su ingrediente de tecnicidad, no permanece inmune al desarrollo de tecnologías tan pujantes como el ML y los sistemas de riesgo algorítmico. Exploraremos sus usos y grado de compatibilidad con las formas jurídico-dogmáticas punitivas en el capítulo séptimo.

[354] Sadin (2015, pp. 129-130).

[355] La necesidad de tomar conciencia sobre limitaciones de procesamiento de los algoritmos ha sido advertida por organismos de carácter científico-técnico, como el National Science and Technology Council (2016, pp. 6-7), dependiente del Gobierno de Estados Unidos, y la Royal Society (2017, p. 19) en Gran Bretaña.

[356] Freeman (2016, p. 98).

CAPÍTULO 5

USO JURÍDICO-PUNITIVO DEL RIESGO

El riesgo permite una construcción técnica de la seguridad basada en la probabilidad de los eventos. Venimos aludiendo a su aplicación punitiva sobre la conducta desviada, que atiende a la probabilidad de infracción de una norma, o la magnitud del daño resultante. Si en el capítulo anterior abordamos los aspectos técnicos del riesgo, en este, y en el siguiente, atenderemos a la articulación jurídica de sus aplicaciones punitivas: el riesgo deviene concepto ordinamental habilitando así un espacio jurídico de decisión.

En este contexto, la experiencia del riesgo no puede disociarse de los conceptos de peligro y peligrosidad, con larga trayectoria jurídico-punitiva. La relación entre los tres términos es ambivalente, ya que son utilizados como sinónimos por normas, jurisprudencia y doctrina. Sin embargo, adquieren caracteres distintos considerando las técnicas empleadas para sustanciarlos. El resto del trabajo aborda el análisis de esas dos dimensiones –previsión normativa y concreción técnica–. Ello permitirá comprender el encaje de la justicia punitiva actuarial y los aspectos jurídicos aparejados.

En este capítulo afrontamos los usos punitivos del riesgo desde una perspectiva general, aspirando a delimitar un marco jurídico en el que interpretarlos. Con ese propósito se abordan tres problemas.

En primer lugar, atenderemos al sentido de «lo punitivo», que hasta ahora hemos vinculado ampliamente al fenómeno de la infracción normativa. La acción punitiva alude a la respuesta reactiva o preventiva de los poderes públicos frente a la transgresión –consumada o potencial– de la norma. Sin embargo, el término «derecho punitivo» no le define fielmente. Se trata de un concepto de creación jurisprudencial, pergeñada por el TS y asumida por el TC, que incluye un conjunto normativo expresión del *ius puniendi* del Estado, en sus vertientes penal y administrativa sancionadora. El término remite, pues, a la idea de sanción, pero posee unos contornos difusos que proponemos confrontar con el sentido de punición más amplio que sugieren las prácticas preventivas.

En segundo lugar, ha de afrontarse el modo en que riesgo y peligro son incorporados a las disposiciones como conceptos jurídico-normativos. Esta incorporación genera un espacio de decisión que exige al aplicador considerar eventos inciertos, más o menos probables. Implica siempre un desplazamiento temporal en la

aplicación de la norma. Sin embargo, esa alteración es distinta según el tipo de acontecimiento al que apunte el concepto normativizado de riesgo o peligro: puede referirse al carácter amenazante de una conducta, o bien al potencial peligroso del sujeto mismo como «matriz» de conductas posibles. Es preciso distinguir ambos supuestos, que conducen a problemas jurídicos diversos.

Nuestro interés se centra en ese segundo caso: las disposiciones que contemplan la peligrosidad del sujeto. Este tipo de previsión nos sitúa en el terreno del llamado «derecho de la peligrosidad» que, según comprobaremos en el capítulo siguiente, no es solo de tipo penal, sino también procesal-penal, penitenciario y administrativo. La tercera cuestión abordada en este capítulo se refiere al marco jurídico-constitucional de esas prácticas de aplicación normativa que giran sobre la peligrosidad del sujeto. Trataremos el modo en que la jurisprudencia del TC ha abordado la cuestión, que plantea relaciones complejas con diversos preceptos constitucionales y con los principios característicos del derecho punitivo de la peligrosidad.

5.1 Delimitación del derecho punitivo

Los usos jurídico-punitivos del riesgo proponen una *tekné* peculiar: un pronóstico sobre la conducta de los sujetos; sobre la conducta desviada en que el riesgo anticipa la posibilidad de una infracción jurídica de derecho público, penal o administrativa. Estas decisiones que valoran la peligrosidad de los sujetos (que implican prognosis de sus conductas) conllevan problemas específicos, dada su fricción con los principios del derecho punitivo basado en la culpabilidad y sugiere alcances de calado constitucional.

5.1.1 La manifestación dual del *ius puniendi*

«Derecho punitivo» es, como dijimos, un concepto de creación jurisprudencial, promovido por la Sala de lo contencioso del TS, con una clara vocación dogmática. Ha equiparado penas y sanciones administrativas para insertar principios del derecho penal en el derecho administrativo sancionador. Con ello ha pretendido colmar el déficit dogmático de la potestad sancionadora de la Administración [1] Esta creación jurisprudencial se ha producido a través de dos innovaciones[2]. En primer lugar, durante los años 1970 preconstitucionales y la década de los ochenta, mediante la afirmación de un «supraconcepto de ilícito» que trasciende su concreción penal o administrativa. En segundo, ya en los años 1990, sosteniendo la «identidad ontológica» de penas y sanciones administrativas, como sendas expresiones del *ius puniendi* del Estado.

[1] Señalan ese déficit respecto a la dogmática penal, entre otras, las SSTS de 29 de abril de 1978 [ROJ 2343/1978]; de 30 de mayo de 1981 [ROJ 340/1981]; de 30 de marzo de 1987, FJ 4° [ROJ 12320/1987]; y de 20 de diciembre de 1988, FD 2º [ROJ 9008/1988].

[2] No obstante, existen al menos dos precedentes aislados en el uso de la noción «derecho punitivo» por parte del TS. En STS de 4 de octubre de 1932 [ROJ 128/1932 y 434/1932], para afirmar, en un caso de contrabando, la exigencia de culpabilidad en el ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración: considerando improbada la acusación dirigida contra el denunciado, «en tal situación jurídica y dados los principios del derecho punitivo, no cabe imputar responsabilidad donde no hay prueba de la culpa atribuida». Y en STS de 27 de febrero de 1970 [ROJ 3081/1970], para afirmar la responsabilidad administrativa de los encausados pese a la indeterminación de la mercancía, objeto también de infracción administrativa por contrabando, donde el aparato penal se utiliza como referencia argumental: la exención de responsabilidad en caso de indeterminación de la cantidad y calidad del género, «conduciría en la esfera del derecho punitivo a la conclusión, rechazable, de que queda impune un delito contra la propiedad por la circunstancia de no haberse recuperado los efectos sustraídos o robados [...]». La expresión había sido utilizada con anterioridad en medicina legal y criminología para referirse al sistema penal. *Vid.*, por ejemplo, Villacreces del Fosco (1895), Masaveu (1944) y Saumench (1959, p. 1).

El *leading case* data de 1972, cuando el Tribunal vetó la aplicación «mecánica o literal» de las contravenciones de policía administrativa [3]. Al integrarse en el supraconcepto de ilícito, acuñado en la propia Sentencia, se impone interpretarlas conforme a las exigencias dogmáticas de los tipos penales: comportamiento humano (positivo o negativo), antijuridicidad, culpabilidad, resultado potencial o actualmente dañoso, y relación de causalidad entre el comportamiento y la acción. Entendiendo además que el ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración no puede reducirse a la aplicación silogística de las infracciones. Requiere una valoración de la conducta y sus resultados según los principios que preservan el sentido del poder punitivo público.

A través de la técnica del supraconcepto[4], el Tribunal proporciona una teoría del ilícito que abarca cualquier infracción tipificada que reclame el ejercicio del castigo estatal, por cualquiera de los medios reconocidos. Esa teoría identifica el derecho punitivo como un espacio normativo en el que son exigibles los límites que la doctrina penal enuncia frente al *ius puniendi*, erigidos ahora en postulados jurídico-punitivos[5]. El planteamiento fue acogido tempranamente por el TC, al asumir el carácter bifronte del *ius puniendi* del Estado[6].

---

[3] STS de 9 de febrero de 1972 [ROJ 3776/1972], relativa a las contravenciones del Reglamento de Policía de Aguas de 1958 (Decreto de 14 de noviembre de 1958). En STS de 25 de marzo de 1981 [ROJ 773/1981], el Tribunal sostuvo también la necesidad de ponderar todas las circunstancias concurrentes como exigencia para la imputación de responsabilidad administrativa, con apelación a la «equidad en que se debe inspirar toda resolución punitiva». En STS de 25 de marzo de 1981 [ROJ 773/1981], requiere una *benigna iuris interpretatio* de las normas sancionadoras, «en virtud de la aplicación del principio de equidad, como integrante[s] del Derecho punitivo».

[4] Esta técnica ha sido aplicada después por la Sala tercera del Tribunal en otros contextos: ha afirmado el supraconcepto de *contrato* para sostener la aplicación subsidiaria de reglas de derecho privado a la contratación pública –los contratos administrativos se integran en el supraconcepto de contrato y, por tanto, en el sistema general del Código Civil– (SSTS de 20 de octubre de 1987, FD 2º [ROJ 10127/1987 y 6546/1987]; y de 7 de noviembre de 1987, FD 3º [ROJ 7041/1987 y 10068/1987]); el supraconcepto de *enriquecimiento injusto*, para proyectar a la actuación administrativa los requisitos establecidos al respecto por la jurisprudencia civil (SSTS de 15 de abril de 2002, FD 4º [ROJ 2625/2002 y 2630/2002], y muchas posteriores, la más reciente STS 1843/2017, de 28 de noviembre, FD 7º [ROJ 4339/2017]); el supraconcepto de *igualdad*, como no discriminación, para establecer las exigencias de prueba de acciones en su contra (STS 2191/2016, de 11 de octubre, FD 21º [ROJ 4587/2016]); y el «problemático» supraconcepto *medio ambiente* que mana del art. 45 CE, según ha establecido la jurisprudencia constitucional (STC 102/1995, de 26 de junio, FJ 6, referida por las SSTS 1221/2020 y 1222/2020, ambas de 30 de septiembre, FD 9º [ROJ 3008/2020 y 3084/2020, respectivamente]).

[5] SSTS de 19 de noviembre de 1990, FD 1º y 2º [ROJ 8998/2001]; de 20 de junio de 1991, FD 1º [ROJ 16051/1991]; de 8 de marzo de 1993, FD 1º [ROJ 19475/1993 y 1315/1993]; y de 9 de abril de 1996, FD 2º [ROJ 2118/1996], entre otras.

[6] Esta recepción es patente en la STC 18/1981, de 8 de junio, consolidada por las SSTC 2/1987, de 21 de enero y 246/1991, de 19 de diciembre (FJ 2), y otras muchas posteriores (véase, por ejemplo, la

Esta innovación fue consolidada después con una tesis de evocación iusfilosófica y cierta pretensión metodológica: «identidad ontológica» de penas y sanciones administrativas[7]. El argumento no corrige el supraconcepto de ilícito, sino que lo integra en una elaboración más acabada[8], perceptible ya a finales de la década de 1980[9], que puede resumirse como sigue[10]: la potestad sancionadora de la Administración se desarrolla en un entorno «intrínsecamente penal»; sanciones y penas son manifestaciones fenoménicas del *ius puniendi* del Estado, y responden a las mismas «directrices estructurales»; exigen un tratamiento jurídico unitario, con diferencias admisibles por la distinta función a que responden, más no en razón de su naturaleza. Derecho penal y administrativo sancionador no son compartimentos estancos, por lo que la despenalización de conductas, para su tipificación como infracciones, no supone merma en la aplicación de garantías; el art. 25 CE, al caracterizar el ejercicio del castigo penal y la potestad sancionadora, niega cualquier diferencia ontológica entre sanción y pena; no obstante, el propio precepto constitucional define el límite de esa

STC 157/2007, de 2 de junio, FJ 3). El TC es menos decidido en el uso del adjetivo «punitivo», al que solo recurre de manera incidental (entre otras, SSTC 89/1993, de 12 de marzo, FJ 2; 90/2012, de 7 de mayo, FJ 4; 4/2014, de 16 de enero, FJ 4; ATC 363/1985, de 29 de mayo, FD único). No obstante, la afirmación del ámbito punitivo como unidad es clara en su doctrina (por ejemplo, SSTC 177/1999, de 11 de octubre, FJ 3 y 180/2004, de 2 de noviembre, FJ 4).

[7] Nieto considera que la jurisprudencia equipara ontológicamente delitos e infracciones administrativas a través de un concepto prenormativo de ilícito, positivizado después en una u otra variante; argumento que considera excesivo y jurídicamente inane. Sin necesidad de acudir a hipótesis extra normativas, para aquel la lógica sería la contraria: «en lugar de decir que la ley debe regular por igual a los ilícitos porque son ontológicamente iguales, habría que decir –invirtiendo el planteamiento– que los ilícitos son iguales porque la ley les ha dado un tratamiento normativo igual» (Nieto 2005, pp. 152-156). A nuestro juicio, sin embargo, la jurisprudencia no ha sostenido la identidad ontológica de delitos e infracciones, sino de las reacciones normativas frente a ellos: penas y sanciones. El supraconcepto de ilícito no es previo a la norma, sino que se deduce de los ordenamientos positivos penal y administrativo sancionador. Con una alusión quizá innecesaria a la «ontología», el argumento de la identidad sostiene la similitud «esencial» de las reacciones punitivas, en su sentido comunicativo (reproche jurídico) y rasgos estructurales. Así se aprecia, por ejemplo, en las SSTS de 20 de junio de 1991, FD 4º [ROJ 16051/1991]; de 9 de abril de 1991, FD 2º [ROJ 2118/1996], de 19 de noviembre de 2001, FD 4º [ROJ 8998/2001].

[8] La conexión entre ambos queda aclarada, por ejemplo, en STS de 19 de noviembre de 2001, FD 4º [ROJ 8998/2001].

[9] Todavía sin apelar expresamente a esa identidad ontológica, en STS de 20 de diciembre de 1988 se afirmaba ya la «auténtica esencia» de infracciones y sanciones penales y administrativas (FD 2º y 6º) [ROJ 9008/1988].

[10] Conforme a la síntesis que el propio Tribunal ofrece en SSTS de 20 de junio de 1991, FD 1º [ROJ 16051/1991], y de 19 de noviembre de 2001, FD 4º [ROJ 8998/2001].

equiparación, al vedar la imposición de penas privativas de libertad por la Administración pública[11].

Esta integración se predica de todos los principios penales, «de prefiguración normativa (antijuridicidad, tipicidad) y de carácter volitivo (culpabilidad), que legitiman y justifican el desvalor social del acto infractor y la responsabilidad personal consiguiente»[12]. Sin embargo, ello se ve matizado en la fase de aplicación a causa de las diferencias entre pena y sanción administrativa. La decisión de tipificar una conducta como delito y aplicarle una pena comunica un reproche social máximo[13], mientras que el actuar administrativo está impelido por exigencias de eficacia que tensionan aquellos principios dogmáticos[14]. En consecuencia, las elaboraciones penales no pueden proyectarse sin más en la potestad sancionadora; han de modularse[15]. Su aplicación solo puede afirmarse con aquella rotundidad, aun relativa, en el caso de las sanciones administrativas orientadas a la protección de un orden general; es más problemática en sanciones referidas a normas de especial sujeción o estatutos específicos[16].

La jurisprudencia ha detallado los matices en la importación de diversos principios a las sanciones administrativas. Ya en los años 1970, el TS argumentó la aplicación supletoria de los plazos de prescripción de las faltas penales a las infracciones administrativas, en ausencia de regulación general ni sectorial[17].

---

[11] La tesis de la identidad conduce a la pregunta por la diferencia entre derecho penal y administrativo sancionador, entre castigo penal y sanción administrativa. La doctrina ha discutido sobre el carácter de la distinción, bien cuantitativo –intensidad del castigo– o cualitativo –sentido del reproche y estructura normativa–. *Vid.* Zúñiga (2001, pp. 1424-1425) y Alarcón Sotomayor (2014, p. 104). La identidad esencial sostenida por la jurisprudencia abocaría a una distinción meramente cuantitativa, que radica en el monopolio penal de la privación de libertad. Sin embargo, no puede obviarse que muchas sanciones administrativas pecuniarias alcanzan cuantías más elevadas que las respectivas multas penales.

[12] SSTS de 8 de marzo de 1993, FD 1º [ROJ 19475/1993, 1315/1993 y 1312/1993].

[13] STS de 9 de marzo de 1972 [ROJ 2018/1972].

[14] STS de 20 de diciembre de 1988, FD 6º [ROJ 9008/1988]. La eficacia de la actuación administrativa es una exigencia constitucional conforme al art. 103.1 CE, reiterada en la legislación sobre organización administrativa, con carácter básico en el art. 3 LRJSP.

[15] Así se reconoció pronto en STC 18/1981, de 8 de junio, FJ 2.

[16] STC 66/1984, de 6 de junio, FJ 1; SSTS de 19 de noviembre de 1990, FD 1º [ROJ 8351/1990, 8373/1990 y 12694/1990].

[17] Tras la pionera STS de 9 de febrero de 1972, ya citada, el Tribunal tuvo ocasión de reiterar su doctrina sobre el supraconcepto de ilícito de manera inmediata, considerando la prescripción de las infracciones administrativas (STS de 9 de marzo de 1972, referida al aparato sancionador de la Ley de Ordenación de los Transportes Mecánicos por Carretera de 1947 [ROJ 2018/1972]). En realidad, el

Sucesivamente, Supremo y Constitucional han afirmado la vigencia en el ámbito sancionador del principio de legalidad [18], en sus manifestaciones de tipicidad y taxatividad[19], con prohibición de remisión «en blanco» a normas reglamentarias[20], de analogía *in malam partem*[21], y *non bis in idem*[22]; la exigencia de antijuridicidad[23]; la

---

Tribunal ya había aceptado esa supletoriedad, que ahora argumenta según la nueva teoría del ilícito. La Sentencia inaugura una prolongada línea jurisprudencial que colmó la ausencia de una regulación general de la potestad sancionadora de la Administración y la falta de previsión del instituto de la prescripción en los aparatos sancionadores sectoriales. La supletoriedad se afirma respecto al plazo del antiguo art. 113 CP 1973 y los criterios de cómputo del art. 114. *Vid.* SSTS de 23 de junio de 1978 [ROJ 2781/1978], de 9 de junio de 1986 [ROJ 3132/1978 y 10810/1986], de 26 de mayo de 1987 [ROJ 3641/1987], de 23 de junio de 1987 [ROJ 4344/1987], de 23 de octubre de 1987 [ROJ 15834/1987 y 6660/1987], de 18 de noviembre de 1987 [ROJ 16029/1987 y 7318/1987], de 25de junio de 1988 [ROJ 4900/1978], de 21 de julio de 1988 [ROJ 11686/1988], de 3 de julio de 1990 [ROJ 5167/1990 y 11347/1990], de 28 de noviembre de 1991 [ROJ 12186/1991 y 8947/1991] –estas últimas sobre la prescripción de infracciones continuadas, que se equipara a la de los delitos permanentes (FD 3º y 4º)–.

[18] STC 4/2014, de 16 de enero, FJ 4; STS de 16 de mayo de 1979 [ROJ 2008/1979]: «[...] son necesarios unos principios generales y un cuerpo de doctrina que cubran uno y otro campo [–penal y administrativo sancionador–], por darse en los dos unas mismas exigencias, como son, las derivadas del principio de legalidad en sus diversas vertientes: órgano competente, procedimiento adecuado, defensa del inculpado y tipificación del hecho». Entre mediados de los años 1990 y primeros 2000 existe una nutrida jurisprudencia que aplica el principio de legalidad al régimen sancionador de las empresas de seguridad. El TS anula reiteradamente actos sancionadores contra tales empresas al carecer de la debida cobertura legal, hallándose las infracciones tipificadas en reglamentos estatales. Esta jurisprudencia apela a los rasgos del derecho punitivo para vetar la interpretación expansiva de las previsiones generales de la norma sobre protección de la seguridad ciudadana para colmar la exigencia de norma legal. *Vid.*, entre otras, SSTS de 12 de julio de 1996, FD 7º [ROJ 4295/1996]; de 16 de noviembre de 1996, FD 5º [ROJ 6422/1996]; de 23 de marzo de 1998, FD 4º [ROJ 1915/1998]; de 9 de diciembre de 1998, FD 5º [ROJ 774/1998]; de 23 de marzo de 1999, FD 8º [ROJ 2003/1999]; de 27 de noviembre de 1999, FD 4º [ROJ 7553/1999]; de 27 de enero de 2000, FD 5º [ROJ 475/2000]; de 3 de mayo de 2001, FD 4º [ROJ 3589/2001].

[19] SSTC 89/1993, de 12 de marzo, FJ 2 y 177/1999, de 11 de octubre, FJ 3, deduciendo la *lex praevia y lex certa* como exigencias constitucionales. En la jurisprudencia del TS, *vid.* SSTS de 30 de mayo de 1981 [ROJ 340/1981]; de 7 de junio de 2002, FD 3º [ROJ 4148/2002] –«si en algo hay que exigir la mayor certeza posible es precisamente en la descripción de los tipos punitivos, sean penales, sean administrativos, sean disciplinarios *stricto sensu*»–. En 2015 se inaugura una amplia línea jurisprudencial centrada en la taxatividad de las respuestas sancionadoras, exigiendo la determinación de límites mínimos y máximos dentro de los cuales ha de moverse la discrecionalidad de la Administración al fijar la cuantía de las sanciones: «[...] aunque las multas administrativas tengan sus propias notas conceptuales, [...] [l]a predeterminación normativa de los máximos y mínimos de las multas, tanto penales como administrativas (y sean aquéllos fijos o porcentuales respecto de ciertas magnitudes), a los efectos de individualizar su cálculo bien puede considerarse un principio común insoslayable del derecho sancionador» (entre otras muchas, SSTS de 29 de enero de 2015, FD 5º [ROJ 112/2015]; de 11 de noviembre de 2015, FD 5º [ROJ 3770/2015]; de 4 de abril de 2016, FD 4º [ROJ 940/2016]; 163/2017, de 3 de febrero, FD 7º [ROJ 348/2017]; 957/2018, de 7 de junio, FD 3º [ROJ 2224/2018]).

[20] SSTS de 20 de diciembre de 1988, FD 6º [ROJ 9008/1988]; 1610/2020, de 26 de noviembre, FD 2º [ROJ 4323/2020], esta última sobre los problemas de reenvío a normas de rango inferior para la definición final de las conductas en materia tributaria, sea penal o administrativa sancionadora.

[21] STC 4/2014, de 16 de enero, FJ 4. Entre otras, STS de 17 de marzo de 2010, FD 5º [ROJ 2369/2010], que veda la aplicación analógica del Texto Refundido de la Ley de Aguas a conductas no previstas en la norma.

presunción de inocencia[24]; los principios de interpretación restrictiva de los tipos sancionadores e *in dubio pro reo*[25]; el carácter personal de la responsabilidad[26]; el principio de proporcionalidad y la individualización de las sanciones[27]; la

[22] SSTC 2/1981, de 30 de enero, FJ 4; 15/1987, FJ 3; 177/1999, de 11 de octubre, FJ 3; 180/2004, de 2 de noviembre, FD 4º; STS de 16 de marzo de 2004, FD 5º [ROJ 1805/2004]. Esta manifestación del principio de legalidad se afirma tanto en un sentido procesal (prohibición de que se sancione repetidamente la misma conducta a través de procedimientos distintos), como material (garantía frente a una punición desproporcionada de la conducta ilícita). Advierte el Tribunal que ambas dimensiones no pueden oponerse. La prioridad procesal de la jurisdicción penal frente a la acción administrativa sancionadora no justifica que, en caso de inobservancia por parte de la Administración sancionadora, el principio *non bis in idem* se vea desplazado. La doble sanción ha de excluirse con independencia del orden de ejercicio de una u otra potestad punitiva (STC 177/1999, de 11 de octubre, FJ 4; STS de 11 de septiembre de 2006, FD 4º [ROJ 5391/2006]). El principio proscribe también la doble consideración de una circunstancia, como agravante general y elemento que cualifica un tipo agravado (SSTS de 23 de julio de 1989, FD 2º [ROJ 4472/1989]; de 31 de enero de 2007, FD 4º [ROJ 724/2007]).

[23] SSTS de 30 de noviembre de 1991, FD 2º [ROJ 12340/1991, 8729/1991 y 6724/1991].

[24] SSTS de 26 de julio de 1988, FD 2º y 3º [ROJ 5936/1988 y 11923/1988]; de 19 de febrero de 1992, FD 3º [ROJ 18063/1992 y 1300/1992]. En ellas la presunción de inocencia, que deriva del art. 24.2 CE, lleva al Tribunal a admitir la posibilidad de recurso por el interesado de una resolución administrativa que acuerda el sobreseimiento del expediente sancionador por caducidad, pero le atribuye la comisión de una infracción grave en su fundamentación, como hecho probado. Las SSTS de 22 de mayo de 1989, FD 3º [ROJ 3089/1989 y 14489/1989], de 19 de enero de 1996, FD 3º [ROJ 190/1996], y de 28 de febrero de 2007, FD 3º [ROJ 2853/2007], deducen de la presunción de inocencia la carga de la Administración de probar el ilícito que le lleva a incoar procedimiento sancionador; lo que veda la inversión de la carga de la prueba en cualquier norma de derecho punitivo (STS de 17 de marzo de 2010, FD 5º [ROJ 2369/2010]. Así mismo, la proyección de la presunción de inocencia a la potestad sancionadora conduce a limitar el valor probatorio de las actas de inspección, pese a la presunción *iuris tantum* de veracidad de su contenido, actualmente *ex* art. 77.5 LPAC y previsiones sectoriales, como el art. 53.2 RDLeg 5/2000, de 4 de agosto, sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social. Para el TS, el acta no es prueba suficiente de la existencia de una relación laboral (SSTS de 21 de diciembre de 1989, FD 2º [ROJ 12236/1989 y 7616/1989].

[25] STS de 16 de mayo de 1979 [ROJ 2008/1979]: «[...] si, por un lado, el derecho sancionador representa la protección más enérgica de los bienes necesitados de una protección especial, por otro, ese mismo rigor demanda las máximas garantías para el encausado, entre ellas la idea básica de todo el derecho punitivo y sancionador: la que fundamenta el principio 'in dubio pro reo'». *Vid.*, así mismo, las SSTS de 15 de octubre de 1981 [ROJ 1144/1981]; y de 9 de junio de 1986, FD 1º [ROJ 3132/1986 y 10810/1986].

[26] SSTS de 25 de mayo de 1979 [ROJ 2001/1979]; de 7 de diciembre de 1995, FD 6º [ROJ 6228/1995]; de 12 de diciembre de 2007, FD 3º [ROJ 9045/2007]. El Tribunal ha aclarado la extinción de la responsabilidad administrativa en casos de fallecimiento del inculpado (SSTS de 13 de julio de 1990, FD 1º [ROJ 11681/1990 y 5642/1990]). El principio se ve matizado en la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas, donde la jurisprudencia acepta su transmisibilidad en casos de fusión, absorción o sucesión voluntaria. En ocasiones se ha admitido esa traslación aun cuando la persona jurídica causante de la infracción subsiste, pero una segunda asume su actividad bajo ciertas condiciones (unidad económica, vínculos organizativos, unidad de decisión…). *Cfr.* SSTS 333/2019 [ROJ 815/2019] y 334/2019 [ROJ 814/2019], ambas de 13 de marzo, FD 2º, así como las precedentes en ellas citadas.

[27] El TS traslada a la potestad sancionadora elementos de los fines de la pena y de los criterios para su concreción: «los criterios penales de la individualización de la pena que atienden a la gravedad de los hechos, como elemento de prevención general, y a la personalidad del autor, como regla de prevención especial, han de ser tenidos en cuenta también en el terreno de las sanciones administrativas por la vía del principio de proporcionalidad que ha de inspirar siempre la actuación de las potestades de la Administración [...]» (STS de 31 de diciembre de 1988, FD 3º [ROJ 9360/1988]). «La aplicación de los

irretroactividad de las disposiciones sancionadoras[28], excepto las que resulten más favorables[29]; la doctrina del error[30]; el principio acusatorio[31]; la prescripción de las infracciones[32]; y garantías procesales básicas[33] como la separación entre fases instructora y resolutoria, si bien con cautelas[34].

---

principios de índole penal a la actividad sancionadora de la Administración ha de referirse también a los criterios de individualización de la sanción contenidos [en el] Código Penal [...]» (STS de 9 de abril de 1996, FD 4º [ROJ 2118/1996]). El Tribunal sugiere, incluso, la aplicación de los criterios del Código Penal sobre la determinación de la pena en delitos continuados (art. 74 CP), a las infracciones administrativas ejecutadas en esa modalidad (STS de 30 de julio de 2013, FD 3º [ROJ 4384/2013]).

[28] STC 95/1992, de 11 de junio, FJ 3.

[29] Supuso inicialmente la aplicación a la potestad sancionadora del principio recogido en el CP 1973. El TC lo entendió vinculado, *contrario sensu*, al art. 9.3 CE (SSTC 8/1981, de 30 de marzo, FJ 3; 51/1985, de 10 de abril, FJ 7; 35/1990, de 1 de marzo, FJ 4). El TS ha acogido este criterio, entre otras, en SSTS de 22 de febrero de 1988, FD 2º [ROJ 15588/1988]; de 2 de abril de 1992 [ROJ 11665/1992 y 19955/1992]; de 26 de mayo de 1992, FD 1º [ROJ 10851/1992 y 17491/1992]. Esta interpretación fue normativizada en el art. 128.2 LRJ-PAC y 4.1 RD 1398/1993, de 4 de agosto. El TS advirtió que este principio, fundado en el principio de legalidad, opera incluso como excepción frente a la cosa juzgada o la firmeza de los actos administrativos. Este criterio adicional ha sido incorporado al actual art. 26 LRJSP, que impone el efecto retroactivo «incluso respecto de las sanciones pendientes de cumplimiento al entrar en vigor la nueva disposición».

[30] STS de 16 de mayo de 1988, FD 4º [ROJ 3654/1988]. La Sentencia se refiere a la trascendencia del error como causa excluyente del elemento subjetivo de la infracción en casos de tipificación de ilícitos administrativos en blanco, que dificultan su conocimiento. El TC lo ha vinculado a la exigencia de culpabilidad, de forma que el error será apreciable como exención o atenuación de la responsabilidad administrativa incluso a falta de previsión expresa en la norma (STC 76/1990, de 26 de abril, FJ 4C).

[31] STS de 9 de julio de 1993, FD 1º [ROJ 5080/1993]. Lo cual garantiza al interesado el conocimiento de la acusación formulada (SSTS de 19 de noviembre de 1990, FD 1º [ROJ 8351/1990, 8373/1990 y 12694/1990]).

[32] Ya desde los años 1970, como indicamos *supra.*

[33] El TC considera vigentes en el procedimiento administrativo diversas garantías típicamente procesales-penales, deducidas del art. 24 CE: derecho a la defensa, proscripción de cualquier indefensión, derecho a la asistencia letrada (trasladable con ciertas condiciones); derecho a ser informado de la acusación e inalterabilidad de los hechos imputados; prohibición de uso de pruebas con vulneración de los derechos fundamentales; derecho a no declarar contra sí mismo; derecho a utilizar los medios de prueba adecuados para la defensa (*cfr.* STC 157/2007, de 2 de junio, FJ 3, y las numerosas anteriores en ella citadas). El TS apela al carácter punitivo de las sanciones para argumentar la trascendencia constitucional de la notificación de la propuesta de resolución en procedimientos sancionadores, por su nexo con el derecho a la defensa del inculpado y a ser informado de la acusación contra él formulada, conforme al art. 24.2 CE (SSTS de 25 de septiembre de 1990, FD 3º y 4º [ROJ 6535/1990 y 11356/1990]). También para justificar la necesidad de que los hechos atribuidos al expedientado consten con información suficiente en el expediente administrativo (SSTS de 20 de diciembre de 1989, FD 2º y 3º [ROJ 17557/1989 y 3954/1989]). Además, los defectos en el expediente administrativo sancionador no pueden subsanarse *a posteriori* en vía judicial (STS de 15 de julio de 2003, FD 8º [ROJ 5016/2003]).

[34] Advierte el TS que tal separación en el procedimiento administrativo sancionador no es una exigencia constitucional derivada del principio de imparcialidad del órgano, aunque sí es una exigencia legal de las normas sobre procedimiento administrativo (actualmente en el art. 63.1 LPAC). El TC ha matizado el significado de esta garantía: la jerarquía de la Administración impide una independencia entre órganos equiparable a los jurisdiccionales (SSTC 22/1990, de 15 de febrero, FJ 4; y 76/1990, de 26 de abril, FJ 8).

La traslación ha resultado compleja en el caso del principio de culpabilidad, que delata las diferencias funcionales entre pena y sanción más allá de su similitud «ontológica». La exigencia de culpabilidad en el ejercicio de la potestad sancionadora está en el origen de la jurisprudencia sobre el ordenamiento punitivo[35]. El TS ha reiterado la exigencia de «un elemento subjetivo en la infracción administrativa», de forma que la sanción solo procede cuando la conducta u omisión tipificada pueda ser atribuida a su autor a título de dolo o culpa[36]. Aun sin reconocimiento explícito, el TC lo ha entendido ínsito en el art. 25 CE[37], e imperativo de la presunción de inocencia *ex* art. 24.2 CE[38], ambos aplicables a la potestad sancionadora de la Administración. De modo que la culpabilidad es «requisito inexcusable de cualquier manifestación del derecho punitivo [...]»[39], espacio en el que está vedada la responsabilidad objetiva[40].

La contundencia de la tesis no despeja los problemas de su aplicación generalizada a la sanción administrativa. Las trabas están, en primer lugar, en el carácter rutinario de la praxis sancionadora, más inclinada a la eficiencia que a la verificación de elementos subjetivos en las conductas infractoras. En segundo término, en la configuración normativa de la potestad sancionadora, que admitió históricamente la responsabilidad «aun a título de mera inobservancia» o sin referencia expresa al dolo

[35] Según señalamos, el asunto es abordado en SSTS de 4 de octubre de 1932 [ROJ 128/1921 y 434/1932]. También es objeto de la pionera STS de 9 de febrero de 1972 [ROJ 3776/1972] desde la perspectiva de la imputabilidad. En el mismo sentido, STS de 25 de marzo de 1981 [ROJ 773/1981].

[36] SSTS de 30 de marzo de 1987, FJ 3º [ROJ 12320/1987 y 2255/1987]. En un sentido similar, entre otras muchas, SSTS de 7 de junio de 1988, FD 1º [ROJ 4315/1988]; de 30 de noviembre de 1991, FD 2º [ROJ 6724/1991, 8729/1991 y 12340/1991]; de 8 de marzo de 1993, FD 1º [ROJ 1312/1992, 1315/1993 y 19475/1993]; de 13 de 1997, FD 3º [ROJ 4195/1997]; de 23 de enero de 1998, FD 3º [ROJ 314/1998]; de 27 de junio de 2006, FD 2º [ROJ 4153/2006]; de 18 de septiembre de 2008, FD 2º [ROJ 4733/2008]; de 16 de diciembre de 2015, FD 1º [ROJ 5378/2015]; 10/2017, de 10 de enero, FD 5º [ROJ 7/2017];

[37] SSTC 246/1991, de 16 de diciembre, FJ 2 y 291/2000, de 30 de noviembre, FJ 11.

[38] SSTC 120/1994, de 25 de abril, FJ 2 y 45/1997, de 11 de marzo, FJ 4.

[39] SSTS de 28 de febrero de 2007, FD 3º [ROJ 2853/2007]; de 4 de noviembre de 2008, FD 6º [ROJ 6022/2008]; de 18 de septiembre de 2008, FD 2º [ROJ 4733/2008].

[40] SSTC 2019/1988, de 22 de noviembre, FJ 2; 76/1990, de 26 de abril, FJ 4 y 8; 246/1991, de 19 de diciembre, FJ 2. SSTS de 27 de abril de 1990, FD 1º [ROJ 3434/1990 y 18007/1990]; de 30 de noviembre de 1991 [ROJ 6427/1991, 8729/1991 y 12340/1991]. La afirmación es válida incluso para las personas jurídicas, a cuyas infracciones les es exigible el elemento subjetivo de la culpa, si bien adaptado según su naturaleza (STC 2146/1991, de 19 de diciembre, FD 2º; SSTS de 8 de marzo de 1993, FD 1º [ROJ 1312/1993, 1315/1993 y 19475/1993].

y la culpa, requiriendo esfuerzos hermenéuticos[41]. Por último, aun cuando las normas sancionadoras apelen a conductas dolosas o culposas[42], el esquema de culpabilidad penal se ve enrarecido en el entorno administrativo sancionador, porque su premisa es exactamente inversa: allí el dolo es el criterio general de imputación subjetiva; aquí basta, salvo mención en contrario, la imprudencia. Más aún, en el derecho administrativo sancionador abundan las infracciones formales que se satisfacen con la mera actuación u omisión contraria a la norma, en apariencia sin exigencia de dolo, culpa, y siquiera resultado lesivo. Frente al tono represivo del castigo penal, la administración sancionadora tiene vocación preventiva hacia cualquier vulneración, lo que tensiona el sentido de la culpabilidad[43].

La disquisición sobre la responsabilidad por infracciones tributarias ha servido, pese a los bretes, para apuntalar la afirmación jurisprudencial de la culpabilidad administrativa[44]. Se ha consolidado en ella la imposibilidad de regímenes punitivos de responsabilidad objetiva, por lo que la «simple negligencia» e incluso la «mera inobservancia» no pueden significar imputación para un resultado sin culpa[45].

Esta jurisprudencia afirma, en definitiva, la necesidad del esfuerzo probatorio sobre la diligencia conductual del presunto infractor[46]. Sin embargo, el alcance de esa

---

[41] El art. 130.1 de la derogada LRJ-PAC dispuso que «Sólo podrán ser sancionados por hechos constitutivos de infracción administrativa las personas físicas y jurídicas que resulten responsables de los mismos aun a título de mera inobservancia».

[42] El actual art. 28.1 LRJSP establece que solo podrá sancionarse por hechos constitutivos de infracción administrativa a quienes «resulten responsables de los mismos a título de dolo o culpa».

[43] Nieto (2012, pp. 389-397).

[44] El hilo jurisprudencial trajo causa de la modificación del art. 77.1 de la antigua Ley 230/1963, de 28 de diciembre, General Tributaria, por Ley 10/1985, de 26 de abril. La reforma suprimió el adjetivo «voluntarias» referido a las acciones y omisiones que constaba en la redacción original, e introdujo la «simple negligencia» como condición suficiente para la imputación subjetiva. Así, se entendían infracciones tributarias «las acciones y omisiones tipificadas y sancionadas en las Leyes. Las infracciones tributarias son sancionables incluso a título de simple negligencia». El vigente art. 183 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, incorpora expresamente la exigencia de culpabilidad: «Son infracciones tributarias las acciones u omisiones dolosas o culposas con cualquier grado de negligencia que estén tipificadas y sancionadas como tales en esta u otra ley».

[45] STC 76/1990, de 26 de abril, FJ 1. SSTS de 15 de marzo de 1995, FD 1º [ROJ 9870/1995]; de 4 de abril de 1995, FD 1º [ROJ 8708/1995]; de 7 de febrero de 2014, FD 4º [ROJ 411/2014], y las muchas otras en ella citadas. Para esta jurisprudencia, el reformado art. 77.1 de la Ley Tributaria de 1963 da por supuesta la exigencia de culpabilidad en los grados de dolo y culpa o negligencia. Más allá de la simple negligencia los hechos no pueden ser sancionados. Una interpretación contraria sería inadmisible en nuestro ordenamiento, al tratarse la potestad sancionadora tributaria de una manifestación del *ius puniendi* del Estado.

[46] El TS ha planteado cierta exigencia sustantiva a esa actividad probatoria, que debe ser suficientemente concreta. No es admisible sostener la imputación de responsabilidad en afirmaciones

prueba no resulta fácil de determinar en relación a la culpa «levísima» que, en esta lectura, sería equivalente a la negligencia en su grado mínimo, aun en infracciones de tipo formal[47]. Una solución pragmática, apuntada por Nieto, implica superar el mimetismo de la culpabilidad penal y administrativa, asumiendo que esta adquiere necesariamente ciertos tintes objetivos: culpabilidad no significa vínculo subjetivo intencional con el resultado lesivo –ya sea como querencia o imprevisión–, sino «voluntad de la acción». En la mayoría de los tipos de infracción, bastará así con verificar la voluntariedad de la conducta ilícita para afirmar la responsabilidad sancionadora[48]. Una redefinición de la culpabilidad que delata el impacto de la racionalidad instrumental vinculada a la prevención, más desnuda en el actuar administrativo, incluso sancionador[49].

5.1.2 Carácter punitivo de las medidas de prevención

El argumento de la identidad ontológica y el protagonismo de la culpabilidad en su elaboración jurisprudencial, denotan la centralidad de la sanción en el concepto de derecho punitivo. Sanción en sentido kelseniano: un mal que se inflige coactivamente como reacción a una acción u omisión ilícita, jurídicamente establecida y socialmente indeseada[50]. Y se trata de una noción que abarca castigo penal y sanciones administrativas como manifestación dual del *ius puniendi*.

---

genéricas, que supondría una inversión de la carga de la prueba (entre otras, SSTS de 6 de junio de 2008, FD 6º [ROJ 3050/2008]; de 7 de febrero de 2014, FD 4º [ROJ 411/2014]). La culpabilidad, además, ha de argumentarse de manera afirmativa. No puede justificarse por la mera inaplicabilidad de las causas excluyentes de la responsabilidad que prevea la norma (SSTS de 6 de junio de 2008, FD 5º y de 7 de febrero de 2014, FD 4º).

[47] Ejemplo de esta dificultad es su tratamiento por Ley 2/1998, de 20 de febrero, de la potestad sancionadora de las Administraciones Públicas de la Comunidad Autónoma del País Vasco. Conforme a su art. 3, «No hay sanción sin dolo o imprudencia, incluida en esta última la simple inobservancia». Afirmando el principio de culpabilidad, su Exposición de Motivos reconoce que «más allá del dolo y la culpa o imprudencia se abre un amplio territorio inexplorado o escasamente explorado donde la responsabilidad objetiva campa por sus respetos. Las matizaciones necesarias a los conceptos de dolo y imprudencia deben venir de la exploración exhaustiva de dicho territorio, de su conquista, podríamos decir, y eso es tarea de la interpretación doctrinal y jurisprudencial, que puede nutrirse, tal vez, de instituciones administrativas o civiles relativas al fenómeno jurídico de la responsabilidad, pero sin desvirtuar, en ningún caso, la esencia del principio de culpabilidad» (IV).

[48] Nieto (2012, pp. 319 y ss. y 336).

[49] Nieto (2005, p. 91).

[50] Requejo Rodríguez (2008, p. 18), con alusión a Kelsen (2009, p. 58).

La conexión entre derecho punitivo y sanción, o castigo, resulta evidente en el plano semántico[51]. Se deduce también del tratamiento unitario que el art. 25 CE dispensa, a ciertos efectos, a penas y sanciones administrativas. En general, «punitivo» y «sancionador» son equivalentes en la jurisprudencia, de modo que la aplicación del corpus de garantías, deducidas de los arts. 25 y 24.2 CE, depende de la atribución del calificativo «sanción» a la actuación considerada. Esa ecuación, sin embargo, guarda mayor complejidad. Por un lado, la naturaleza sancionadora es controvertida en algunas decisiones jurídicas. Por otro, cabe plantearse si las nociones de castigo y sanción agotan el *ius puniendi* del Estado, o bien existen otros tipos de actuación del poder punitivo.

En especial, deberemos preguntarnos si determinadas acciones preventivas de carácter securitario, sostenidas en el riesgo y la peligrosidad, se subsumen en el concepto formal de derecho punitivo que nos proporciona el ordenamiento. Las medidas preventivas, aspirando a neutralizar conductas, se acomodan mal a la reactividad de la sanción pues, como anticipatorias de un ilícito, escapan al nexo castigo-culpabilidad; no puede castigarse la peligrosidad[52]. Sin embargo, la trabazón de las prácticas preventivas con lo punitivo no puede descartarse. El gobierno de la desviación se desglosa en acciones preventivas y reactivas frente a la infracción; algunas medidas preventivas portan elementos de castigo y, en ocasiones, implican privación de libertad; las sanciones despliegan funciones preventivas en forma de disuasión; y una conducta ilícita, como tal castigada, se toma en ocasiones como indicio de peligrosidad para aplicar recursos de prevención adicionales. El art. 25.2 CE es prueba de esa ligazón, al acoger las medidas de seguridad, junto a las penas, en el marco del tratamiento constitucional del *ius puniendi*. Bien el concepto de sanción es lo bastante flexible para acoger medidas aflictivas *ad futurum*, bien se admiten expresiones del *ius puniendi* que, siendo represivas de ilícitos potenciales, no sean sancionadoras.

La jurisprudencia constitucional no es nítida al respecto. Su tratamiento del concepto de sanción, en su esfuerzo delimitador del poder punitivo, presenta resquicios

[51] Punitivo significa, según la única acepción del DRAE, «perteneciente o relativo al castigo», incluyendo una referencia expresa a la locución «Justicia punitiva». A su vez, «castigo» alude en su primera acepción a la «pena que se impone a quien ha cometido un delito o falta».

[52] Robinson (2001, p. 1432).

que es pertinente explorar, a la búsqueda de un posible acomodo de las acciones securitarias de prevención. No aspiramos a ofrecer una respuesta definitiva al problema, sino a detectar las aperturas del derecho punitivo hacia la prevención en la doctrina constitucional. De ser así cabría invocar la necesidad de adaptar ciertas garantías propias del derecho punitivo a determinadas medidas de prevención.

a) Criterios de delimitación

El nexo punición-sanción determina el uso de la técnica de tipificación del regulador como regla para delimitar el derecho punitivo. Calificar normativamente como pena o sanción administrativa una respuesta jurídica determina, de entrada, su inclusión en el ordenamiento punitivo. El *nomen iuris* de la medida es un primer criterio identificador para incluirlo entre las disposiciones que imponen penas. También las que aplican sanciones administrativas frente a infracciones «de orden general» y en ejercicio de la potestad disciplinaria[53] y, de forma matizada, las impuestas en ámbitos concretos de sujeción[54]. Sin embargo, esta pauta formal presenta limitaciones.

Aun en el ámbito penal, la caracterización de las medidas de seguridad arroja dudas en cuanto a su sentido sancionador. Su previsión en el art. 25 CE, junto a la referencia a penas y sanciones de la Administración, no ha bastado para vincularlas con claridad al ejercicio del poder punitivo del Estado, dado su sentido preventivo orientado a la peligrosidad.

El análisis requiere distinguir dos momentos: la temprana jurisprudencia del TC sobre la aplicación de la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social (LPRS), procedente del régimen franquista; y la consideración posterior de las medidas de

[53] STC 95/1992, de 11 de junio, FJ 2 y 3. El TS, ya en STS de 19 de febrero de 1975 [ROJ 967/1975], afirmó que el principio de culpabilidad debe informar la normativa disciplinaria de la Administración. Ha entendido la potestad sancionadora como expresión del derecho punitivo en SSTS de 1 de marzo de 1990, FD 4º [ROJ 35/1990]; de 7 de julio de 1990, FD 4º [ROJ 5360/1990 y 11343/1990]; de 15 de junio de 1999, FD 2º [ROJ 4263/1999]; de 26 de septiembre de 2005, FD 4º [ROJ 5552/2005]. En votos particulares a las SSTS de 2 de marzo de 2009 [ROJ 1726/2009], de 2 de noviembre de 2009 [ROJ 7146/2009] y de 18 de junio de 2013 [ROJ 3549/2013], el magistrado José Díaz Delgado entiende que, sin embargo, habrían de admitirse matices a la aplicación de los principios generales del derecho punitivo en el ámbito del derecho disciplinario, si bien de forma justificada.

[54] En STS de 22 de mayo de 1990 [ROJ 12041/1990], el Tribunal entiende «un exceso trasladar *íntegramente* al mundo de las sanciones administrativas el conjunto de principios a que corresponde el derecho punitivo» (énfasis añadido). Exige distinguir «cuando menos, aquellos ilícitos que se orientan a una protección de orden general de aquellos otros que operan dentro de un régimen de sujeción específica», como sucede en el contexto de las Administraciones corporativas (FD 2º).

seguridad propiamente penales, conforme a su regulación en el CP. En el primero de esos estadios, el Tribunal no vaciló en tildar las medidas de seguridad de la LPRS de auténticos castigos en sentido penal, cuando reunieran ciertas condiciones: dedujeran la peligrosidad de la comisión previa de un hecho delictivo, e implicaran privación de libertad o restricción de las libertades de circulación y residencia[55].

Pese a lo indefinido de su naturaleza, entre lo penal y lo administrativo[56], la asimilación penal de las medidas se basó, por un lado, en el fundamento delictivo de la peligrosidad en los casos enjuiciados. Cuando el indicio de peligrosidad consistiera en la atribución judicial de la autoría de hechos delictivos, el juicio debería estimarse equivalente a una declaración de culpabilidad[57]. Por otro, en el contenido gravoso de las restricciones impuestas, «que sólo formalmente se distin[guían] de la pura y simple condena penal»[58]. Sin duda, este recurso a la analogía estuvo alentado también, implícitamente, por la ausencia de garantías del procedimiento de peligrosidad configurado por la LPRS y su encaje dudoso en el marco constitucional.

La consecuencia es que la apreciación de peligrosidad, siendo en este caso equiparable a una declaración de culpabilidad, «no puede producirse en violación de la presunción de inocencia». Tras este argumento se encuentra el rechazo del Tribunal a cualquier medida de seguridad predelictual en nuestro sistema constitucional. El

[55] Ley 16/1970, de 4 de agosto, sobre peligrosidad y rehabilitación social. La norma, que sustituyó a la Ley de Vagos y Maleantes de 4 de agosto de 1933, se erigía sobre el concepto de «estado peligroso» que, en algunos de sus supuestos, tenía como origen la comisión de un hecho delictivo, tomado como indicio de la peligrosidad del autor (art. 3), y también en la habitualidad delictual (art. 4). Preveía dieciséis medidas de seguridad, cinco de ellas con privación de libertad (arts. 5 y 6): internamiento en establecimiento de custodia o trabajo; internamiento en establecimiento de reeducación; internamiento en establecimiento de preservación (eliminada por Ley 77/1978, de 26 de diciembre); arresto de fin de semana; y aislamiento curativo en casa de templanza. Otras cuatro afectaban a las libertades de circulación y residencia: obligación de declarar el domicilio o de residir en un lugar determinado; prohibición de residir en un lugar o territorio; prohibición de visitar establecimientos de bebidas alcohólicas y los lugares donde se hayan desarrollado las actividades peligrosas; y expulsión del territorio nacional, tratándose de personas extranjeras. Tres más suponían restricciones a otros derechos: privación del permiso de conducción de vehículos de motor o de obtenerlo; clausura de establecimiento; y sumisión a vigilancia de la autoridad. Por último, dos tenían contenido patrimonial: multa e incautación de dinero, y de efectos e instrumentos. La Ley no fue derogada formalmente hasta la vigencia del Código Penal de 1995 (Disposición derogatoria única 1.c) CP).

[56] La competencia para la declaración del estado peligroso y la aplicación de las medidas de seguridad correspondió a Juzgados Especiales de Peligrosidad y Rehabilitación Social desde 1974 (por efecto de la Ley 43/1974, de 28 de noviembre). A pesar de su denominación, la ley los concibió integrados en la jurisdicción ordinaria. En su redacción original la competencia había sido atribuida a los Jueces de Instrucción (art. 8 LPRS).

[57] STC 159/1985, de 27 de noviembre, FJ 2.

[58] *Ibidem.*

tratamiento de la peligrosidad a través de una medida de seguridad, aun seudopenal, ha de basarse en la comisión de un ilícito penal previo debidamente corroborado –por lo tanto, con salvaguarda del art. 24.2 CE[59]–. En coherencia, el Tribunal consideró inviable la concurrencia de medidas de la LPRS y de penas ante un mismo ilícito, por incurrir en violación del principio *non bis in idem*. No es posible «salvar la validez de la concurrencia de penas y medidas de seguridad diciendo que en un caso se sanciona la 'culpabilidad' y en el otro la 'peligrosidad'»[60].

El argumento sostiene, en fin, el carácter sancionador de las medidas de seguridad postdelictuales, únicas admisibles tras la vigencia de la CE en el entorno penal o asimilable. Sin embargo, no resulta claro si, más allá de las circunstancias de los casos, el Tribunal hubiese extendido ese carácter a supuestos de peligrosidad de la LPRS no basados en la comisión de ilícitos penales[61], y a medidas más livianas, que no implicaran privación de libertad o restricción de las libertades de circulación y residencia.

De hecho, el criterio del TC viró al considerar las medidas de seguridad estrictamente penales, previstas por el CP para sujetos inimputables. Valorando la constitucionalidad de la eximente por enajenación mental en el CP de 1973, el Tribunal acogió una lectura más «ortodoxa» de las medidas de seguridad, enfatizando su vínculo con la peligrosidad y no con la culpabilidad[62]. Las medidas atienden a la personalidad

---

[59] El Ministerio Fiscal buscó la inaplicación de la presunción de inocencia aduciendo el sentido propio de la peligrosidad, muy distinto al de la culpabilidad por un hecho delictivo: las medidas de seguridad «son la consecuencia que se anuda a un estado de peligrosidad que no es referible a ningún hecho aislado, sino al comportamiento general del sujeto, y han recibido consagración constitucional» en el art. 25.2 CE. Las medidas de la LPRS no son para el Ministerio Fiscal castigos penales, pero tampoco decisiones administrativas, por lo que no operaría el límite del art. 25.3 CE (STC 159/1985, de 27 de noviembre, Antecedente 5).

[60] STC 23/1986, de 14 de febrero, FJ 1.

[61] Los variopintos «supuestos del estado peligroso» del art. 2 LPRS acogían conductas no asimilables a ningún tipo penal, aun después de las reformas de 1974 (por Ley 43/1974, de 28 de noviembre) y 1978 (mediante Ley 77/1987, de 26 de diciembre, que eliminó del listado a «rufianes y proxenetas», a quienes realizaran «actos de homosexualidad», menores abandonados o rebeldes «moralmente pervertidos», y a quienes tuvieran trato con delincuentes o peligrosos sociales, o frecuentaran los lugares donde estos se reunieran habitualmente). Así, eran peligrosos sociales quienes: ejercieran habitualmente la prostitución; fomentaran la pornografía; fuesen mendigos habituales; ebrios habituales y toxicómanos; se comportaren de modo insolente, brutal o cínico; mostrasen «evidente predisposición delictiva» por su integración en bandas o pandillas; o portaren armas u objetos que hicieran presumible su uso como instrumento de agresión.

[62] A consecuencia de la cuestión de inconstitucionalidad elevada respecto al art. 8.1 CP 1973, modificado por LO 8/1983, de 25 junio. El juzgado promotor cuestiona la «peligrosidad absoluta» que acoge el precepto, es decir, el hecho de que imponga una presunción *iuris et de iure* de peligrosidad para

del sujeto enajenado y no a la gravedad del acto delictivo cometido. Así, «no tiene[n] como finalidad la sanción del hecho realizado»; «si el enajenado no puede quedar sometido a juicio de culpabilidad, tampoco puede experimentar un castigo por las acciones que lleve acabo, sino principalmente la prevención de [su] peligrosidad», y su posible curación[63].

Las medidas, respondiendo a una peligrosidad postdelictual y no vagamente «social», han de basarse en un previo hecho delictivo corroborado. Sin embargo, esa no es la causa de la medida, sino un requisito previo que se toma como indicio de la probabilidad de conductas delictivas futuras. No puede hablarse de sanción en sentido estricto. Apunta Requejo Rodríguez que las medidas solo podrían subsumirse en el concepto de sanción si este es ampliado, para acoger «los actos coactivos que reaccionan contra 'delitos aún no cometidos, pero cuya probable comisión futura se espera'», y que por lo tanto ya no serían respuesta a una previa ilicitud[64].

Tal expansión pondría a prueba la elasticidad del concepto «sanción». La alternativa, más acorde con su configuración normativa y la jurisprudencia constitucional, pasa por admitir la especificidad de las medidas en su condición preventiva, no asimilable al sentido sancionador de las penas. En esta clave, la manifestación penal del *ius puniendi* sería a su vez mixta: junto a las penas, alberga reacciones frente a la peligrosidad. Por lo tanto, los principios del derecho punitivo habrían de adaptarse al estatuto de las medidas penales preventivas[65]. Este acomodo es más necesario toda vez que, desde el año 2010, las medidas de seguridad pueden alcanzar a sujetos imputables a través de la libertad vigilada, a imponer en ciertos casos

---

todo enfermo mental autor de un delito «por el mero hecho de serlo e independientemente de la gravedad del mismo» (STC 24/1993, de 21 de enero, Antecedente 3.b).

[63] STC 24/1993, de 21 de enero, FJ 2.

[64] Requejo Rodríguez (2018, p. 18).

[65] Robles Planas ofrece otra solución, proponiendo un «derecho de medidas» separado de aquel propio de la pena, «orientado al tratamiento, reeducación y reintegración en mayor medida de lo que ha hecho hasta ahora». La intervención coactiva en ese ámbito separado del penal vendría «amparada por la lógica del estado de necesidad (defensivo)», pudiendo alcanzar la privación de libertad como mal necesario para conjurar el peligro (Robles Planas 2007, pp. 19-20). En este caso, el derecho punitivo se desglosaría en penas, medidas de seguridad y sanciones administrativas, como ámbitos claramente diferenciados. A nuestro juicio, dadas las consecuencias gravosas de las medidas previstas en el CP, equiparables a las penas en su contenido aflictivo, su mantenimiento dentro de la esfera penal presenta ventajas hermenéuticas desde una perspectiva garantista.

tras el cumplimiento de una pena privativa de libertad[66]. Sin embargo, el TC no ha explicitado esta incardinación de las medidas en el espacio del derecho punitivo, limitándose a deslindar su fundamento y finalidad respecto de las penas, en base a la contraposición peligrosidad-culpabilidad. Su tratamiento jurisprudencial expresa las dificultades de conceptualización de un recurso penal que no posee carácter de sanción[67].

Sin embargo, los apelativos «pena», «sanción», o «potestad sancionadora» no siempre son decisivos para atribuir carácter punitivo a una decisión jurídica. Inspirada por la «doctrina Engel» del TEDH, la jurisprudencia constitucional exige un análisis *ad casum* de las decisiones[68]. Trata de verificar que los postulados del art. 25 CE no alcancen «ámbitos que no sean los específicos del ilícito penal o administrativo, siendo improcedente su aplicación extensiva o analógica». La restricción de derechos no hace sancionadores a los actos, «si no representan el efectivo ejercicio del *ius puniendi* del Estado o no tienen un verdadero sentido sancionador»[69]. Esta aseveración del Tribunal –que, por otro lado, rompe la equivalencia entre *ius puniendi* y sanción al expresarlos

[66] Art. 106 CP, tras su reforma por LO 5/2010, de 22 de junio.

[67] Leal Medina ha subrayado estos problemas ya desde su admisión inicial en el sistema penal, que conllevó una crisis en la dogmática penal procedente de la Escuela Clásica. Las reiteradas propuestas de excluir las medidas del ordenamiento punitivo derivan de esas dificultades conceptuales (Leal Medina 2008, pp. 126-130).

[68] STEDH 5100/71, de 8 de junio de 1976, caso Engel y otros v. Países Bajos. El Tribunal Europeo enjuicia la autonomía de los Estados para calificar ilícitos como infracciones disciplinarias (militares, en el caso) o como delitos, desde la perspectiva de la aplicación de las garantías de los arts. 6 y 7 CEDH. El Tribunal establece que la autonomía conceptual del término «acusación penal» no es absoluta. Mientras los Estados tienen libertad para configurar conductas como ilícitos penales, en lugar de hacerlo como infracciones disciplinarias, la elección inversa «obedece a reglas más estrictas», ya que conlleva la exclusión de los preceptos citados, lo cual no puede quedar al albur de la voluntad soberana (FD 81). Así, son necesariamente «materia penal» «las privaciones de libertad susceptibles de ser impuestas a título represivo, excepto aquellas que [,] por su naturaleza, duración o sus modalidades de ejecución [,] no son susceptibles de causar un perjuicio importante» (FD 82). El TS utilizó esta doctrina para sostener la tesis de la identidad ontológica de penas y sanciones (STS de 20 de junio de 1991, FD 1º [ROJ 16051/1991), y el Constitucional ha apelado a ella para afirmar la aplicación adaptada de garantías penales sobre la potestad administrativa sancionadora (entre otras, SSTC 21/1981, de 15 de junio, FJ 9; 120/1994, de 25 de abril, FJ 2; 50/1995, de 23 de febrero, FJ 6; 89/1995, de 6 de junio, FJ 4; 45/1997, de 11 de marzo, FJ 3). En lo que ahora interesa, el TC ha proyectado también esa línea jurisprudencial del TEDH para indagar, más allá de la calificación legal, si, en un determinado supuesto, se aprecia ejercicio de la potestad sancionadora (STC 181/2014, de 6 de noviembre, FJ 5).

[69] STC 239/1988, de 14 de diciembre, FJ 2, resolución que puede considerarse *leading case* en la materia. En un sentido similar, SSTC 164/1995, de 13 de noviembre, FJ 4; 185/2016, de 3 de noviembre, FJ 13. De lo contrario, advierte el Tribunal, habría que asumir «que toda consecuencia jurídica desfavorable o la simple denegación de un beneficio encerraría un componente sancionador» (STC 48/2003, FJ 9).

de forma disyuntiva– impide, *sensu contrario*, la elusión del art. 25 CE a través de una mera calificación «no sancionadora» por parte del regulador.

Más allá de su calificación explícita, el sentido sancionador dependerá de la *función* o *finalidad* de la actuación regulada y del *carácter* o *contenido* de la consecuencia jurídica impuesta. La jurisprudencia practica un análisis de ambas facetas según los casos, primando en ocasiones la orientación funcional y, en otras, el sentido de la consecuencia normativa.

Para el TC, el criterio material prioritario para determinar el carácter punitivo de una decisión es la función que tiene encomendada en el sistema jurídico: «si tiene una función *represiva* y con ella se restringen derechos *como consecuencia de un ilícito*, habremos de entender que se trata de una pena en sentido material»[70]. En cambio, si la medida persigue finalidad distinta a la represiva no existirá punición, aunque implique consecuencias gravosas para los afectados[71]. Tampoco bastará que la medida se imponga como consecuencia de un incumplimiento previo de las obligaciones derivadas de una relación con la Administración[72], o tenga una finalidad disuasoria –toda acción punitiva persigue disuadir, pero el objetivo disuasorio no implica necesariamente punición–[73]. Tales condiciones han de aparecer, en todo caso, ligadas a la finalidad represiva de la medida: a su vocación de contener, detener o castigar conductas infractoras[74].

Las medidas penales de seguridad son ambivalentes también en cuanto a su finalidad represiva equiparable a las penas, al menos cuando se imponen a sujetos inimputables. Podría considerarse que la inclinación hacia la peligrosidad es en esos

[70] SSTC 164/1995, de 13 de noviembre, FJ 3; 276/2000, de 26 de noviembre, FJ 4; 48/2003, de 12 de marzo, FJ 9; 185/2016, de 3 de noviembre, FJ 13; (énfasis añadido).

[71] SSTC 239/1988, de 14 de diciembre, FJ 2; 276/2000, de 16 de noviembre, FJ 3; 215/2016, de 15 de diciembre, FJ 8.

[72] STC 181/2014, de 6 de noviembre, FJ 5.

[73] SSTC 164/1995, FJ 4; 276/2000, FJ 4. No obstante, el Tribunal reconoce que, aun no siendo determinante para calificar la medida, bajo determinadas circunstancias la función disuasiva «puede constituir un indicio de su carácter sancionador» (STC 291/2000, de 30 de noviembre, FJ 9).

[74] Atendiendo a la segunda acepción de la entrada «reprimir» en el DRAE, que apela a su significado jurídico-político. El Tribunal ha aludido en ocasiones a la finalidad «represiva, retributiva o de castigo» de la medida (SSTC 164/1995, FJ 4; 276/2000, FJ 3 y 4). La enumeración resulta redundante si atendemos al significado de los términos. Retribución y castigo son modos de represión, concepto que los aglutina.

casos más terapéutico-rehabilitadora que represiva; si bien su vocación aseguradora, profiláctica, permite apreciar una finalidad asimilable a las penas.

Más allá del ámbito penal, el amplio repertorio de la actuación administrativa dificulta la identificación del ingrediente punitivo en función de la gama de medidas de que dispone. Resulta evidente la exclusión del derecho punitivo de las decisiones restrictivas de derechos que, sin embargo, no se vinculen a ilícitos jurídico-públicos. Casos en los que no rigen las garantías del art. 25.1 CE, siquiera de forma analógica: reacciones ante ilícitos de derecho privado –civil[75] y laboral[76]–; medios de ejecución forzosa de actos administrativos[77]; estipulaciones accesorias que penalizan faltas del contratista en la contratación pública[78]; y actuaciones de poderes públicos que no gozan de potestad sancionadora en sentido administrativo[79], entre otros posibles.

El análisis de la finalidad represiva ha llevado al TC a negar el carácter punitivo de actuaciones administrativas, aun conectadas a ciertos ilícitos públicos: los acuerdos de cese de actividades ejercidas sin la concesión requerida, cuya finalidad es restablecer la legalidad conculcada, no la represión de conductas –expresión del privilegio de autotutela, no del *ius puniendi*[80]–; y el uso de medios de ejecución forzosa de actos administrativos, sin fines represivos ni retributivos, sino orientados a asegurar el cumplimiento de la obligación impuesta[81]. También ha rechazado la finalidad punitiva de algunas decisiones judiciales restrictivas de derechos, con trascendencia constitucional: no implica punición la declaración judicial de ilegalidad de partidos

[75] STC 73/1982, de 2 de diciembre, FJ 3.

[76] STC 69/1983, de 26 de julio, FJ 4.

[77] STC 239/1988, de 14 de diciembre, FJ 2, sobre aplicación de la multa coercitiva.

[78] STS de 18 de mayo de 2005, FD 4º [ROJ 3177/2005]. Tampoco constituye sanción la resolución del contrato administrativo con pérdida de fianza y abono de daños y perjuicios (STS de 7 de abril de 1988, FD 5º [ROJ 2507/1988].

[79] Por ejemplo, en STC 133/2018, de 13 de diciembre, sobre la actividad parlamentaria investigadora, el Tribunal descarta su naturaleza jurisdiccional, al tiempo que niega que las Cámaras gocen de «facultades directamente sancionadoras». Aunque cuentan con potestad disciplinaria *ad intra*, la carencia de poder sancionador general impide que puedan adoptar decisiones de tal carácter «en relación ni con el objeto ni con los sujetos de la investigación» parlamentaria (FJ 8).

[80] STC 119/1991, de 3 de junio, FJ 3, sobre resoluciones administrativas que acordaron la interrupción de emisiones de radio por carecer de concesión, y el precintado de los equipos utilizados para ellas. En STC 185/2016, de 3 e noviembre, FJ 13, el Tribunal ha reiterado que las medidas de restauración de la legalidad no tienen carácter sancionador, por faltarles la finalidad represiva. Estas actuaciones no deben confundirse con la revocación de autorizaciones, cuya calificación resulta más compleja, según veremos enseguida.

[81] STC 239/1988, de 14 de diciembre, FJ 2.

políticos, pues su objetivo no es retributivo, sino garantizar que la actuación de los partidos respete sus condiciones definidoras, cualificadas constitucionalmente[82]. Y, extendiendo el argumento sobre los medios administrativos de autotutela ejecutiva, tampoco suponen castigo las multas coercitivas previstas como coerción o estímulo para el cumplimiento de las resoluciones dictadas por el TC, o como disuasión de su incumplimiento[83]; y la misma finalidad posee la suspensión de funciones de autoridades o empleados públicos por incumplimientos de resoluciones de dicho Tribunal, que no aspira a infligir un castigo por el comportamiento antijurídico, sino facilitar su plena ejecución –si bien esta postura no resultó unánime–[84].

Más matices ha merecido la calificación de la revocación de autorizaciones administrativas que, para el Tribunal, en algunas ocasiones tiene dimensión sancionadora. Cuando la revocación se base en el incumplimiento de los requisitos establecidos por el ordenamiento para el desarrollo de la actividad autorizada, se estará ante una mera aplicación de dicho ordenamiento por parte de la Administración, sin carácter punitivo. Caso distinto es la denominada «revocación-sanción», donde «la revocación de la licencia responde a un más amplio margen de apreciación en manos de la Administración, que se ve posibilitada para valorar determinadas conductas como contrarias al ordenamiento»[85]; se aprecia, pues, la finalidad represiva propia de la

[82] STC 48/2003, de 12 de marzo FJ 9. La medida puede acordarse conforme al art. 9.2 y 3 LO 6/2002, de 27 de junio, de Partidos Políticos.

[83] STC 215/2015, de 15 de diciembre, FJ 8. La medida está prevista en el art. 92.4.a) LO 2/1979, de 3 de octubre, del TC (LOTC). Como toda multa coercitiva, posee algunos rasgos externos que «pudieran conferirles cierta apariencia sancionadora»: la imposición de una obligación de pago a una persona responsable de un incumplimiento, que incide negativamente sobre su patrimonio. Este contenido aflictivo no afecta, sin embargo, a la función de autotutela que justifica la medida.

[84] STC 185/2015, de 3 de noviembre, FJ 15. La medida está contemplada en el art. 92.4.b) LOTC. La sentencia contó con el voto discrepante de la magistrada Adela Asúa Batarrita, con la adhesión este punto concreto de los magistrados Fernando Valdés Dal-Ré y Juan Antonio Xiol Ríos, firmantes de sus propios votos. Según este argumento discrepante, el análisis de la mayoría sobre el carácter punitivo de la suspensión de funciones «resulta muy rudimentario: todo se reduce a atribuirle a la suspensión una función no punitiva de forma apodíctica y reiterativa». A juicio de la magistrada discrepante, la medida no responde a la lógica de las medidas cautelares (pues la resolución, obviamente, ya se ha producido), ni a la propia de los medios de ejecución (quien es suspendido en el cargo deja, precisamente, de estar en situación de cumplir con el pronunciamiento). Debe entenderse «una reacción correctora de carácter individualizado ante un supuesto de incumplimiento de una resolución jurisdiccional» que tiene, pues, «finalidad represiva, retributiva o de castigo».

[85] STC 181/1990, de 15 de noviembre, FJ 4. El TS ha negado también el carácter punitivo de las revocaciones por desaparición de las condiciones que justificaron su otorgamiento, aun tratándose de autorizaciones discrecionales (SSTS de 27 de enero de 1996, FD 7º [ROJ 425/1996]; de 24 de octubre de 1998, FD 2º [ROJ 6159/1998]).

sanción. El Tribunal ha exigido indagar, además, en la causa de la revocación. Con independencia de su calificación legal, se producirá una revocación-sanción cuando la norma anude la extinción de la licencia a una infracción cometida por el titular en el ejercicio de la actividad. Caso en el que la revocación «se configura materialmente como una sanción accesoria»[86].

Todavía en el contexto de la actuación administrativa de autorización, el TS ha negado sistemáticamente el carácter punitivo del otorgamiento, renovación y revocación de permisos de armas. Se trata de un supuesto de especial interés, ya que tales decisiones dependen, entre otros parámetros, de una valoración administrativa sobre la peligrosidad del solicitante, lo que nos aproxima a las decisiones de prevención securitaria[87]. La jurisprudencia ha calificado dicha valoración de discrecional, reconociendo a la Administración una amplia facultad de juicio sobre la conducta y los datos a partir de los cuales estimar el riesgo en el uso de armas[88]. No estamos ante una manifestación del derecho punitivo del Estado, sino del «imprescindible control administrativo de la subsistencia de las circunstancias, aptitudes o condiciones exigibles para ser titular del permiso o licencia»[89]. En su razonamiento, el TS defiende la libertad

[86] STC 181/2014, de 6 de noviembre, FJ 5 y 6.

[87] El art. 98.1 RD 137/1993, de 29 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de Armas, disponía en su redacción original que «En ningún caso podrán tener ni usar armas, ni ser titulares de las licencias o autorizaciones correspondientes, las personas cuyas condiciones psíquicas o físicas les impidan su utilización, *y especialmente aquellas personas para las que la posesión y el uso de armas representen un riesgo propio o ajeno*» (énfasis añadido). Su reciente reforma por RD 726/2020, de 4 de agosto (en vigor desde el 5 de noviembre de 2020), ha concretado dicho riesgo, especificando ahora su afección «a la seguridad pública, la seguridad ciudadana, la defensa nacional y el interés general». Ha añadido, además, que «Entre otros extremos, el hecho de haber tenido una condena por un delito doloso violento se considerará indicativo de dicho riesgo». El reglamento de 1993 dio cumplimiento al mandato de desarrollo de los arts. 3, 6 y 7 de la derogada LO 1/1992, de 21 de febrero, sobre protección de la seguridad ciudadana (LOPSC-1992). Hoy esa remisión al reglamento para determinar el control administrativo sobre las armas se encuentra en los arts. 28 y 29 LO 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana (LOPSC). A diferencia de la norma anterior, dicho art. 29 LOPSC impone que, para la concesión de las licencias, permisos y autorizaciones, se tengan en cuenta «la conducta y los antecedentes del interesado», con referencia expresa a los antecedentes penales. Lo cual ha motivado la reforma del Real Decreto 137/1993 en 2020.

[88] Entre otras, SSTS de 27 de enero de 1996, FD 7º [ROJ 425/1996]; de 6 de noviembre de 2009, FD 1º [ROJ 6676/2009]; de 21 de octubre de 2011, FD 2º [ROJ 6640/2011]; de 20 de abril de 2012, FD 4º [ROJ 2832/2012]. Precisamente, la reciente reforma del art. 98.1 RD 137/1993 ha querido acotar la discrecionalidad con ciertas referencias para la valoración del riesgo –seguridad pública, seguridad ciudadana, defensa nacional, interés general, y consideración de los antecedentes penales–; valoración que, no obstante, sigue estando escasamente determinada, dada la amplitud de las referencias citadas.

[89] La jurisprudencia que reitera este criterio es abundante. Véanse, entre otras muchas, SSTS de 27 de enero de 1996, FD 7º [ROJ 425/1996]; de 20 de enero de 1997, FD 2º [ROJ 217/1997]; de 5 de octubre de 1998, FD 5º [ROJ 2001/1998]; de 3 de marzo de 2000, FD 3º [ROJ 2331/2000]; de 4 de octubre de

de apreciación de la autoridad administrativa, que excede la mera constatación de antecedentes penales, queriendo deslindar lo punitivo de lo preventivo como ámbitos separados de actuación pública. Mientras la acción punitiva protege un bien jurídico respecto a hechos ya ciertos, en materia de licencia de armas «rige la prevención y por ello se ha de valorar que la conducta del solicitante de la licencia es intachable [,] en el sentido de no atisbar un mínimo riesgo de un uso incorrecto de la misma [...]»[90]. Punición y prevención parecen oponerse en la lógica del TS.

La peculiaridad del régimen de permisos de armas estriba en que la valoración administrativa de la peligrosidad se prevé como condición para su otorgamiento en la propia norma. Este dato lo hace diferir de los casos de revocación-sanción estudiados por el TC. Sin embargo, la discrepancia en el juicio entre ambos Tribunales es evidente. Para el Constitucional el carácter punitivo de una revocación depende de: la amplitud valorativa en manos de la Administración –el hecho de que la decisión revocadora no derive de una simple aplicación del ordenamiento positivo, sino que incorpore una más indeterminada valoración de las conductas–; y de la causa de tal revocación –su ligazón con una infracción jurídica previa–. Para el Supremo, pese a la libertad reconocida a la Administración para evaluar la conducta potencial del sujeto, lo determinante es la formalidad jurídico-administrativa de la medida –una autorización discrecional–, sin que la finalidad preventiva de la regulación la haga merecedora de calificación punitiva –más bien lo contrario–. Parece discutible, sin embargo, que el régimen de autorización y revocación de permisos de armas carezca de la finalidad represiva de ilícitos (aquí en modo preventivo) que el TC ha anudado a lo punitivo, por más que la medida restrictiva consista en la privación de una licencia, y no una sanción *stricto sensu*.

Pero, según indicábamos *supra*, la función o finalidad de las medidas restrictivas no es el único canon empleado por el TC para identificar su naturaleza punitiva. En ocasiones, el *carácter*, *contenido* o *sentido* de la restricción de derechos impuesta ha

2002, FD 2º [ROJ 6482/2002]; de 8 de mayo de 2003, FD 1º [ROJ 3142/2003]; de 24 de abril de 2007, FD 10º [ROJ 3508/2007]; de 12 de febrero de 2008, FD 7º [ROJ 1253/2008]; de 21 de octubre de 2011, FD 2º [ROJ 6640/2011]; de 27 de enero de 2012, FD 1º [ROJ 229/2012]; de 15 de febrero de 2012, FD 1º y 2º [ROJ 616/2012]; de 14 de marzo de 2012, FD 2º [ROJ 1491/2012]; de 20 de abril de 2012, FD 4º [ROJ 2832/2012]; de 30 de julio de 2014, FD 4º [ROJ 3377/2014].

[90] STS de 20 de julio de 2015, FD 2º [ROJ 3421/2015]. Por ello no rige la presunción de inocencia. El órgano administrativo puede tener en cuenta «la existencia de la sentencia dictada por la Jurisdicción penal, aunque no sea firme, como una manifestación más de la conducta del recurrente que ha de ser ponderada» (STS de 2 de junio de 1998, FD 2º [ROJ 3616/1998]); y también «los antecedentes que constan en las oficinas de policía» (STS de 6 de noviembre de 2009, FD 1º [ROJ 6676/2009]).

servido para otorgar significado represivo, más allá del *nomen iuris* y de la funcionalidad atribuida. Para lo cual es determinante «la irrogación de un mal añadido al que de suyo implica el cumplimiento forzoso de una obligación ya debida [,] o a la imposibilidad de seguir desarrollando una actividad a la que no se tenía derecho»[91]. En tal caso, la cualidad de la consecuencia jurídica declinará la finalidad de la medida hacia la punición, pese a no ser esa su función aparente[92].

Así sucede, por ejemplo, en la calificación de los recargos tributarios y por cuotas a la Seguridad Social. Pese a su cierta apariencia sancionadora (por ser respuesta a una conducta tipificada como ilícito, y su contenido económico), su finalidad no es represiva sino resarcitoria, disuasoria de impagos y de estímulo para el cumplimento de las obligaciones[93] –de tributación y cotización–. Sin embargo, cuando sus cuantías alcancen ciertos umbrales, próximos a las multas por los incumplimientos, los recargos adquirirán sentido sancionador[94]. La función punitiva se deduce entonces de la intensidad de la restricción impuesta, y se suma a aquellas de indemnización, disuasión y estímulo[95], ya que su aplicación no supone dispensar un trato muy distinto del que implicaría aplicar las sanciones correspondientes[96].

El criterio del Tribunal resulta menos nítido al considerar supuestos de actuación securitaria preventiva. En el caso de las medidas de seguridad previstas en el CP, descartada como vimos su finalidad punitiva, su contenido aflictivo tampoco ha merecido una vinculación clara con el *ius puniendi*, aun cuando pueda implicar privación de libertad. La contraposición culpabilidad-peligrosidad ha evitado en ese

---

[91] SSTC 48/2003, de 12 de marzo, FJ 9; 185/2016, de 3 de noviembre, FJ 13.

[92] Este criterio hermenéutico ha sido practicado también por el TS. Le valió para atribuir sentido materialmente sancionador a la decisión de expulsión del cuerpo de la Guardia Civil durante el «periodo de reenganche», admitida por el art. 1.2 del derogado RD 353/1977, de 25 de febrero, sin carácter formal de sanción. Para el Tribunal, «se trata de un acto administrativo que incide de un modo particularmente desfavorable en la posición del que la sufre [,] ya que le origina una restricción de sus derechos de gran intensidad» (STS de 26 de septiembre de 2005, FD 4º [ROJ 5552/2005]).

[93] STC 121/2010, de 29 de noviembre, FJ 7.

[94] STC 164/1995, de 13 de noviembre, FJ 4, que descarta el carácter punitivo de un recargo tributario del 10% de la deuda, por no aproximarse al importe de las sanciones tipificadas por el incumplimiento de pago.

[95] STC 291/2000, de 30 de noviembre, FJ 10, que aprecia carácter punitivo en un recargo tributario del 100% de la deuda.

[96] STC 276/2000, de 14 de diciembre, FJ 5, que entiende punitivo un recargo tributario del 50% de la deuda, cuantía que coincidía exactamente con la sanción mínima prevista en la legislación tributaria. El mismo criterio siguió el TS en STS de 18 de junio de 2003, FD 3º [ROJ 4231/2003].

caso, por el momento, asimilar las medidas al fin represivo de las penas, a pesar de la índole de las consecuencias impuestas[97].

El razonamiento sobre el carácter de las restricciones ha llevado a conclusiones dispares al enjuiciar la panoplia de medidas previstas en la legislación de extranjería, frente a las entradas irregulares en el territorio nacional o las tentativas de hacerlo. La expulsión de personas extranjeras se tipifica formalmente como sanción, sea administrativa[98] o judicial penal[99]. Sin embargo, las medidas de «devolución» y «rechazo en frontera», de tono preventivo, son más ambiguas en su configuración normativa[100]. Hasta el punto de llegar a merecer sendas aclaraciones jurisprudenciales sobre su contenido sancionador.

El Tribunal descartó el carácter punitivo de la medida de devolución, al menos cuando se impone a las personas extranjeras «que pretendan entrar ilegalmente en el país»[101]. Esta decisión administrativa «no supone el ejercicio del *ius puniendi* estatal, sino que se dicta como una medida de restitución de la legalidad conculcada», sobre los requisitos de entrada en el territorio nacional. Si bien, a renglón seguido, aclara la cualidad preventiva de la medida, adoptada para «evitar la contravención del

[97] Según STC 24/1993, de 21 de enero, FJ 2, ya aludida. Sin embargo, el Ministerio Fiscal había sugerido años antes la consideración punitiva de las medidas, apelando implícitamente a su naturaleza de represión de ilícitos: «[j]unto a los delitos y las penas, contenido clásico del derecho punitivo, adquieren carta de naturaleza en nuestro ordenamiento jurídico [...] el estado de peligrosidad y las medidas de seguridad, en régimen de coexistencia» (STC 34/1986, de 21 de febrero, Antecedente 6). El Tribunal no entró a conocer sobre el fondo, por considerar que en los procesos judiciales previos no se había efectuado una mínima delimitación del contenido de los derechos fundamentales que se ahora se pretendían violados.

[98] El art. 57 LOEX configura claramente la expulsión como sanción administrativa frente a conductas tipificadas en la propia norma como infracciones muy graves, o graves en ciertos casos.

[99] Al menos cuando opera como sustitución de penas privativas de libertad *ex* art. 89 CP. Cuando funciona como sustitución de medidas de seguridad, en cambio, la calificación de la expulsión se ve afectada por la propia ambigüedad en la calificación punitiva de aquellas. Esta segunda posibilidad está contemplada para personas extranjeras no residentes legalmente, en los arts. 96.3.2ª y 108 CP.

[100] En cambio, la «denegación de entrada», prevista en el art. 26 LOEX, no está orientada a la prevención de un ilícito. Se refiere a la evitación de entrada en el país, a través de un paso fronterizo habilitado, de las personas extranjeras que no cumplan los requisitos establecidos para la entrada. El régimen que la Ley detalla es más garantista que en el caso de las medidas de prevención. La persona denegada tiene derecho a una resolución motivada, con información completa sobre los recursos a interponer contra esta, derecho a la asistencia letrada –incluida la de oficio– y de intérprete, desde el momento mismo de efectuarse el control en el puesto fronterizo.

[101] Art. 58.3.b) LOEX. Por otro lado, la letra a) del precepto admite la medida sobre quienes «habiendo sido expulsados contravengan la prohibición de entrada en España». En este caso, la devolución parece equipararse a la expulsión, como modalidad específica de esta y con una funcionalidad similar. En tal caso es ineludible atribuir el sentido sancionador propio de la expulsión.

ordenamiento jurídico de extranjería [...] a través de un cauce flexible y rápido»[102]. Busca la indemnidad del orden jurídico ante una amenaza inminente de transgresión, en realidad ya incipiente. Por lo que, en la orden de devolución, no concurre «función represiva, retributiva o de castigo». La finalidad no reactiva, sino preventiva hacia el ilícito, conduce al Tribunal a excluir la medida del espacio del derecho punitivo. El sentido de la restricción, materialmente equiparable a la expulsión en cuanto a la restricción impuesta, no merece en este caso su interpretación como acto de punición.

El juicio del Tribunal varía, sin embargo, al considerar la prohibición de entrada que la Ley imponía de forma aparejada a la devolución[103]. Tal restricción no formaba parte de la decisión administrativa de devolución y, de hecho, tenía a su juicio «una naturaleza diferente, propia de una sanción administrativa impuesta como consecuencia de una concreta conducta, el incumplimiento de las condiciones para la entrada y permanencia en España». La medida de devolución –no punitiva– impide aplicar las garantías procesales del art. 24.2 CE, lo que hace admisible para el Tribunal su flexible configuración legal de tramitación sin expediente –con tal de que se respeten las previsiones generales de notificación, audiencia y posibilidad de recurso–. En cambio, el sentido materialmente punitivo (sancionador en sentido estricto) de la prohibición de entrada aparejada, hace inviable su adopción sin las garantías propias de cualquier actividad administrativa sancionadora, siendo exigible la apertura y tramitación de un auténtico procedimiento contradictorio[104].

Ambas medidas –devolución y prohibición de entrada– se preveían como acciones jurídicas sucesivas frente a un mismo hecho: la pretensión de entrada irregular; y el tipo de restricción impuesta era equiparable: la imposibilidad de acceso al territorio, inmediato en un caso y posterior en el otro. El Tribunal, sin embargo, apreció en ellas orientaciones diversas, preventiva frente a reactiva, deduciendo calificaciones distintas con consecuencias rotundas en los regímenes jurídicos exigibles.

La argumentación del TC ha sido similar al enjuiciar la validez del «rechazo en frontera» en el marco del régimen especial de Ceuta y Melilla, incorporado a la LOEX

[102] STC 17/2013, de 31 de enero, FJ 12.

[103] Último inciso del art. 58.7 LOEX (antiguo art. 58.6, renumerado por LO 2/2009, de 11 de diciembre), introducido por LO 14/2003, de 20 de noviembre.

[104] La omisión de tales garantías implicó que la prohibición de entrada aparejada a la devolución fuera declarada inconstitucional y nula (STC 17/2013, de 31 de enero, FJ 12).

por la LOPSC[105]. La medida permite el repudio directo de las personas extranjeras detectadas tratando de superar los elementos de contención fronterizos, existentes en el perímetro de las ciudades autónomas, con el fin de cruzar irregularmente la frontera española. Dado que la disposición pretende «impedir su entrada ilegal en España», el sentido preventivo fue objeto de discusión en el recurso de inconstitucionalidad que dio lugar al pronunciamiento del Tribunal[106]. Los recurrentes interpretaron la medida como un nuevo régimen de devolución, que exceptúa el ordinario. La Abogacía del Estado, en cambio, la entendió diversa por su especial intensidad preventiva: al no haberse culminado la entrada ilegal, el rechazo «opera en una fase previa a la eventual devolución o expulsión». El problema del cruce fronterizo, y por lo tanto del sentido preventivo de la medida, pretendió ser resuelto gubernativamente a través del concepto «operativo» de frontera de cuño policial. En esta lectura, la entrada en el territorio nacional no se produce de manera efectiva hasta que las personas extranjeras logren traspasar la línea formada por los cuerpos de los Guardias Civiles desplegados eventualmente en el espacio inmediatamente anterior al vallado fronterizo (plenamente, por lo tanto, en suelo español)[107]. La noción de «frontera operativa» es ejemplo de la anamorfosis que sufren en ocasiones las categorías jurídicas, al ser presionadas por imperativos de eficacia preventiva.

En cualquier caso, para el Tribunal, la finalidad del rechazo en frontera es equiparable a la devolución, «evitar la contravención del ordenamiento jurídico de extranjería». Pero no constituye propiamente devolución, sino un régimen nuevo caracterizado por su pragmatismo en la respuesta que articula. No es una actuación administrativa formal, sino de prevención fáctica: «una actuación material de vigilancia

[105] DA 10ª LOEX, añadida por DF 1.1 LOPSC.

[106] STC 172/2020, de 19 de noviembre, fruto del recurso de inconstitucionalidad interpuesto por más de cincuenta diputados de los grupos parlamentarios Socialista, La izquierda Plural, Unión Progreso y Democracia y Mixto del Congreso de los Diputados, en relación con diversos preceptos de la LOPSC. El análisis del rechazo en frontera se concreta en su FJ 8. Existe un segundo pronunciamiento sobre la medida, consecuencia del recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Parlamento de Cataluña, que remite a los argumentos y al fallo de la Sentencia previa (STC 13/2021, de 28 de enero, FJ 2.e).

[107] Sobre esta cuestión, *vid.* Martínez Escamilla *et al.* (2015, pp. 12-15). Para los autores el tenor de la LOEX no admite dudas sobre el carácter preventivo del rechazo en frontera. Ahora bien, su aplicación habría de ser coherente con esa configuración normativa: ha de entenderse inaplicable cuando la persona extranjera haya descendido completamente la valla interior fronteriza de las ciudades autónomas; pero tampoco se ha de acudir a la medida cuando la persona sea interceptada en la zona de intermedia entre la valla perimetral y la interior, o encaramada a cualquiera de las vallas, ya que toda la estructura de vallado está ubicada por completo en territorio español.

orientada a restablecer inmediatamente la legalidad transgredida por el intento de cruce irregular de frontera»; «una actuación material de carácter coactivo». Tampoco implica sanción, ni punición en un sentido más amplio, con lo que las exigencias procedimentales son livianas, más aún que en el caso de la devolución. El rechazo en frontera exhibe un funcionalismo preventivo redoblado que parece alejar el sentido punitivo. Para el Tribunal la carencia de procedimiento, en este caso la ausencia de cualquier formalidad jurídica para ejecutar la medida, no supone óbice de constitucionalidad, con tal de que su aplicación sea individualizada, exista posibilidad de revisión judicial y se respeten las obligaciones internacionales asumidas[108].

b) Consideración de las medidas preventivas con privación de libertad

La delimitación del derecho punitivo ha llevado al TC a aplicar criterios, formales y materiales, que arrojan soluciones distintas según los casos. Hemos atendido al significado general de tales criterios y a su proyección sobre ciertas disposiciones, reactivas y preventivas. Profundizar en el posible tenor punitivo de las medidas preventivas securitarias requiere considerar aquellas que implican privación de libertad. Dada su capacidad aflictiva, y el estatus constitucional específico de las privaciones de libertad, han merecido atención específica en la jurisprudencia. Al margen de la caracterización punitiva de las medidas de seguridad penales, ya tratada, existen instrumentos preventivos que suponen restricción de la libertad de movimiento, en la legislación procesal penal y administrativa.

En general, el ordenamiento punitivo remite a los arts. 25 y 24.2 CE, contenedores de las garantías que encorsetan su aplicación. Las restricciones a la libertad trasladan el centro de atención al art. 17 CE, horizonte de validez de tales medidas. De este precepto deduce el TC un principio hermenéutico absoluto: el art. 17.1 CE «obliga a interpretar restrictivamente cualquier excepción a la regla general de

[108] Esos tres requisitos sintetizan la interpretación conforme exigida por el Tribunal para salvar la constitucionalidad del precepto, a pesar de que este no concrete garantías ni criterios de aplicación. El voto particular, formulado por la magistrada María Luisa Balaguer Callejón, considera inadmisible que una medida tal, con impacto evidente en la esfera de derechos fundamentales, pueda considerarse una mera actuación material que no precise procedimiento administrativo. Sin cauce procedimental no resulta verosímil el cumplimiento de ninguno de los requisitos interpretativos del fallo. Sin procedimiento no puede hacerse efectivo el derecho a la tutela judicial efectiva, garantizar la interdicción de la arbitrariedad, ni el control judicial de la actuación administrativa. A juicio de la magistrada, el tratamiento del rechazo en frontera habría de asimilarse, al menos, al de la devolución.

libertad»[109]. Postulado de toda expresión de derecho punitivo, en realidad de cualquier medida que restrinja la libertad, aunque se la niegue punitiva, ya sea sancionadora, o preventiva.

El TC ha sido taxativo al apreciar el sentido punitivo de la prisión provisional. Lo ha hecho atendiendo a la intensidad aflictiva de la medida, pese a su formalidad procesal y a sus finalidades explícitas, no sancionadoras[110]. El alcance «meramente preventivo o cautelar de la prisión provisional no pued[e] en modo alguno ocultar la efectiva limitación de la libertad personal del inculpado en la causa penal»[111]. Al margen de su consideración formal, el Tribunal subraya la analogía entre la privación de libertad preventiva y la que es producto de la sanción penal, en virtud de la sentencia que finaliza el proceso[112]. Ambas «afectan de la misma manera, [...] aunque difieran entre sí por el título jurídico que autoriza al Estado» a adoptarlas. Tampoco estima relevante que se adopte con finalidad cautelar, o bien preventiva, ambas presentes en los distintos casos de aplicación de la medida[113].

Esta calificación punitiva enfatiza los límites que acotan su aplicación, que aspiran al equilibrio entre los deberes estatales, simultáneos, de perseguir el delito con eficacia y asegurar la libertad de la ciudadanía[114]. Tensión apreciable en todo recurso securitario de prevención. En este caso, el imperativo de eficacia topa con una interpretación estricta de sus límites, dada la afirmación punitiva de la medida. El

---

[109] STC 112/1988, de 8 de junio, FJ 3.

[110] Los arts. 502 y ss. LECrim configuran la medida como excepcional, sujeta a condiciones estrictas, y con las finalidades tasadas del art. 503.1.3º: asegurar la presencia del investigado o encausado en el proceso cuando pueda inferirse racionalmente un riesgo de fuga; evitar la ocultación, alteración o destrucción de fuentes de prueba relevantes para el enjuiciamiento, siempre que exista un peligro fundado y concreto; y/o evitar que el investigado o encausado pueda actuar contra bienes jurídicos de la víctima. Como puede apreciarse, la aplicación de la medida requiere evaluar riesgos conductuales del sujeto, por lo que habremos de volver sobre ella en el capítulo siguiente. Regresaremos sobre los supuestos de aplicación al abordar las valoraciones jurídicas de peligrosidad de los sujetos. Para un análisis detallado del sentido de la medida, sus fines y presupuestos, *vid.* Damián Moreno (2004).

[111] SSTC 32/1987, de 12 de marzo, FD 3; y 117/1987, de 8 de julio, FJ 2.

[112] Esta analogía se ve corroborada por la exigencia de que el tiempo de prisión preventiva sufrida se abone para el cumplimiento de la posterior condena (art. 58 CP).

[113] Barallat López discrimina los supuestos de aplicación según esas distintas finalidades. La función cautelar se verifica en los supuestos que atienden al *periculum in mora* (riesgo de fuga, y riesgo de ocultación, alteración o destrucción de fuentes de prueba). La preventiva se aprecia en el caso del art. 503.1.3º.c) LECrim –cuando la medida pretenda evitar que se actué contra bienes jurídicos de la víctima– y del art. 503.2 –impedir la reiteración delictiva– (Barallat López 2004, pp. 117-125).

[114] STC 41/1982, de 2 de julio, FJ 2.

Tribunal sostiene su carácter excepcional (*ex* art. 17.1 CE) y, obviamente, la prohibición de retroactividad como disposición desfavorable (art. 9.3 CE). Pero afirma también la presunción de inocencia (art. 24.2 CE), aun siendo una medida presidida por la evaluación de ciertos riesgos y no por un juicio de culpabilidad. A pesar de su apariencia procesal «adjetiva», exige además la aplicación de la ley más favorable: un aspecto central en los pronunciamientos del Tribunal en vía de amparo para aclarar el plazo máximo de duración de la medida[115].

En este caso, la fuerte equivalencia sustantiva entre la medida considerada y la sanción penal, llevan a acoger una decisión formalmente preventiva bajo el manto del derecho punitivo.

Tratamiento similar, equiparable a una medida punitiva, ha merecido el internamiento de personas extranjeras en centros específicos para asegurar su posterior. Se trata de una medida cautelar personal de carácter jurisdiccional, pero sin vinculación penal[116].

El TC ha exigido excepcionalidad y respeto al principio *favor libertatis* en su aplicación, admisible solo por las «razones de cautela o de prevención» contempladas en la norma y debidamente valoradas por el órgano judicial[117]. A diferencia de la prisión provisional, de naturaleza procesal penal, en este caso se admite la detención con carácter cautelar en establecimientos sin carácter penitenciario, en dos modalidades conexas a actuaciones administrativas: bien cuando, habiéndose resuelto denegación de entrada en frontera, el regreso al país de origen se vaya a retrasar más de 72 horas; bien como medida cautelar en ciertos supuestos, mientras se sustancia el expediente administrativo de expulsión, con el fin de asegurar la resolución final que pueda recaer[118].

---

[115] En las citadas SSTC 32/1987 y 117/1987.

[116] Tomé García (2006, p. 21). Como tal, comparte los rasgos de toda medida cautelar: instrumentalidad, provisionalidad, proporcionalidad, y exigencias *fumus bonis iuris* y *periculum in mora.*

[117] STC 115/1987, de 7 de julio, que resuelve el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Defensor del Pueblo contra varios preceptos de la antigua Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España (FJ 1).

[118] La medida se previó en el art. 26.2 de la derogada LO 7/1985, como posibilidad restringida a tres causas de expulsión: encontrarse la persona ilegalmente en territorio español por carecer del permiso exigible; estar implicado en actividades contrarias al orden público o a la seguridad interior o exterior del Estado o realizar cualquier tipo de actividades contrarias a los intereses españoles o que pudieran perjudicar las relaciones con otros países; y carecer de medios lícitos de vida, ejercer la mendicidad o desarrollar actividades ilegales.

Esa vinculación con actuaciones administrativas, no penales, suscitó dudas sobre la compatibilidad de la medida con la prohibición del art. 25.3 CE. El TC reconoció sus diferencias con la prisión provisional y cualquier supuesto de detención preventiva, en la que los órganos administrativos actúan como auxiliares de la justicia. Aquí «el internamiento persigue un interés específico estatal, relacionado con la policía de extranjeros», actuando el órgano administrativo instructor «como titular de intereses públicos propios»[119]. Pese a ello, el Tribunal sostuvo la naturaleza judicial, y no gubernativa, de la decisión. Exigió para ello una interpretación conforme de su configuración normativa, que garantizase la auténtica valoración judicial de las condiciones para la adopción de la medida preventiva. La referencia a la intervención judicial no puede interpretarse como una mera «puesta en conocimiento», sino que la decisión misma debe sustanciarse en sede judicial[120]. La solicitud de autorización habrá

La redacción original de la LOEX, junto con su adopción en casos de denegación de entrada, vinculó el internamiento como medida cautelar a cuatro infracciones que conllevaran expulsión (original art. 58, con remisión a distintos apartados de los arts. 49 y 50): participar en actividades contrarias a la seguridad nacional o que pudieran perjudicar las relaciones con otros países; participar en actividades contrarias al orden público previstas como muy graves en la LOPSC; inducir, promover, favorecer o facilitar la inmigración clandestina de personas en tránsito o con destino al territorio español; y la participación en actividades ilegales (las tres primeras infracciones muy graves, y esta última grave).

Tras reforma por LO 8/2000, de 22 de diciembre, y además de algunas variaciones en la redacción y la eliminación de la genérica «participación en actividades ilegales», se admitieron otras tres infracciones graves como habilitantes del internamiento, cuando conlleven expulsión: se contempla, de nuevo, el encontrarse irregularmente en territorio español por carecer de permiso, bajo ciertas condiciones –modificadas parcialmente, después, por LO 14/2003, de 20 de noviembre–; haber incumplido las medidas impuestas por razón de seguridad pública, de presentación periódica o de alejamiento de fronteras o núcleos de población concretos, que se hubiesen acordado previamente; y la participación en actividades contrarias al orden público previstas como graves en la LOPSC –ya no solo muy graves– (art. 62, con remisión a distintos apartados de los arts. 53 y 54, según la nueva numeración dada a la norma).

Por último, la modificación de la LOEX por LO 2/2009, de 11 de diciembre, sumó una causa más de internamiento como medida cautelar frente a la expulsión, de evocación penal: que la persona extranjera haya sido condenada, dentro o fuera de España, por una conducta dolosa que constituya en España delito sancionado con pena privativa de libertad superior a un año, salvo que los antecedentes penales hayan sido cancelados.

[119] STC 115/1987, FJ 1, interpretando el art. 26.2 LO 7/1985.

[120] El citado art. 26.2 LO 7/1985 disponía que «La autoridad gubernativa que acuerde tal detención se dirigirá al Juez de Instrucción del lugar en que hubiese sido detenido el extranjero, en el plazo de setenta y dos horas, *interesando* el internamiento a su disposición en centros de detención o en locales que no tengan carácter penitenciario» (énfasis añadido). Para el TC, «interesar» había de equivaler a «demandar o solicitar del juez la autorización» para llevar a cabo el internamiento (STC 115/1987, FJ 1). El art. 62 LOEX (art. 58 en su versión original) ha corregido toda ambigüedad, al menos cuando el internamiento se adopta como mediad cautelar: «La autoridad gubernativa podrá proponer al Juez de Instrucción competente correspondiente que disponga su ingreso en un centro de internamiento en tanto se realiza la tramitación del expediente sancionador»; decisión judicial que se adoptará en auto motivado y previa audiencia del interesado (art. 62). En caso de internamiento para el retorno tras denegación de entrada, el tenor del art. 60.2 LOEX hubo de ser clarificado también por el TC. Dispone el precepto que «la autoridad que hubiera denegado la entrada *se dirigirá* al Juez de Instrucción para que determine el

de producirse en el plazo de 72 horas al que el art. 17.2 CE limita la duración máxima de la detención preventiva[121].

La medida se configura legalmente con diversas restricciones, en cuanto al carácter no penitenciario de los centros de internamiento, la indemnidad del resto de derechos de las personas internadas[122], y su duración: como medida cautelar, la medida se mantendrá «por el tiempo imprescindible para los fines del expediente», con el límite máximo de 60 días[123]. Junto a todo ello, el TC dispensa a la medida un tratamiento equiparable a las restricciones punitivas, proyectando sobre ella las garantías procesales del art. 24.2 CE[124].

Sin embargo, la jurisprudencia constitucional se ha ajustado a un sentido estricto de castigo para excluir el carácter sancionador de las «medidas de seguridad» que pueden adoptarse en el curso del internamiento. Lo ha hecho al enjuiciar la validez de las medidas de «contención física» y «separación preventiva»[125], dos actuaciones de

---

lugar donde hayan de ser internados» las personas extranjeras hasta el momento del regreso. Expresión que, de nuevo, «debe ser entendida como equivalente a demandar o solicitar del juez la autorización [...], siendo el órgano judicial el que habrá de adoptar libremente la decisión» (STC 236/2007, de 7 de noviembre, FJ 15, en recurso de inconstitucionalidad contra el art. 60 LOEX, en su redacción dada por LO 8/2000). Además, durante el internamiento, la persona extranjera «se encontrará en todo momento a disposición de la autoridad judicial que lo autorizó» (art. 60.3 LOEX).

[121] Inicialmente conforme al art. 26.2 LO 7/1985, hoy en los arts. 60.1 y 64.1 LOEX.

[122] Arts. 60.2 y 62bis.1 LOEX. Los centros, además, deben contar con «servicios sociales, jurídicos, culturales y sanitarios». La reforma por LO 14/2003 detalló el régimen de la medida y el estatuto de las personas internadas, en cuanto a sus derechos y deberes (arts. 62 *bis* y 62 *ter*, respectivamente), los derechos de información y presentación de reclamaciones (art. 62 *quáter*), las medidas de seguridad susceptibles de ser adoptadas en el interior de los centros (art. 62 *quinquies*) y el funcionamiento y régimen interior de tales establecimientos (art. 62 *sexies*).

[123] Art. 62.2 LOEX. El plazo máximo procede de la reforma por LO 2/2009, que elevó los 40 días de la regulación original. Como advirtió el TC, el plazo de 40 días coincidía con el límite previsto para la detención preventiva en casos de extradición, según el art. 16.4 del Convenio Europeo de Extradición de 1957 (SSTC 115/1987, FJ 1; 260/2007, de 20 de diciembre, FJ 20, en este caso resolviendo recurso de inconstitucionalidad contra el art. 62 LOEX, tras ser reformado por LO 8/2000). La reforma de 2009 rompe esa equivalencia entre ambos plazos, en el marco de un conjunto de modificaciones tendentes, según la norma, a «dotar de mayor eficacia y más garantías» a las medidas de suspensión y devolución (Exposición de Motivos, VII, LO 2/2009). En cualquier caso, la duración del internamiento puede ser menor si así se dispone por decisión judicial. Además, el límite es taxativo. No se admiten prórrogas ni nuevos internamientos en el curso de un mismo expediente de expulsión.

[124] La constitucionalidad de la medida se verifica, para el Tribunal, en el respeto a los arts. 17.2 y 25.3 CE, pero también de la ausencia de colisión con el art. 24.2 CE, pues «no se deduce limitación alguna de los derechos de defensa del extranjero ni se impide su intervención en el correspondiente procedimiento» (STC 115/1987, FJ 1).

[125] STC 17/2013, de 31 de enero, que resuelve el recurso de inconstitucionalidad contra el art. 62 quinquies.2 LOEX, añadido por LO 14/2003. El precepto, rubricado «medidas de seguridad», habilita «medios de contención física personal o separación preventiva del agresor en habitación individual para evitar actos de violencia o lesiones de los extranjeros, impedir actos de fuga, daños en las instalaciones

policía que implican coacción administrativa para la prevención de alteraciones del orden y protección de la seguridad en los establecimientos[126]. Para el TC, la finalidad de tales medidas es puramente securitaria-preventiva, garantizar la normalidad frente a la eventual peligrosidad y agresividad de los internos, y carece por ello de sentido sancionador. Lo relevante es que este recurso coactivo «no busca la disuasión en la realización de determinados comportamientos o el castigo de los mismos una vez producidos», sino reaccionar frente a conductas que arriesgan la seguridad en el centro. No persigue fines propios del castigo, sino «la simple aplicación del ordenamiento por parte de la Administración», si bien con un sentido securitario[127].

El Tribunal niega el carácter sancionador de las medidas al no constituir castigo, lo que limita la valoración de su constitucionalidad al juicio de proporcionalidad de la restricción impuesta al art. 17.1 CE. En este caso, el contenido aflictivo de las medidas no fue considerado para su calificación punitiva. La finalidad securitaria-preventiva, no retributiva, bastó para descartar el significado represivo, incluso de la «separación preventiva» que conlleva aislamiento. Sin embargo, nótese que el argumento del

---

del centro o ante la resistencia al personal del mismo en el ejercicio legítimo de su cargo». El artículo prohíbe el uso de tales medios con finalidad sancionadora, y los configura como último recurso, «cuando no exista otra manera menos gravosa para conseguir la finalidad perseguida y por el tiempo estrictamente necesario».

[126] Estas medidas pueden incluirse en la categoría de la coacción administrativa directa. Se entiende por tal el uso de la fuerza por parte de las Administraciones Públicas, no con el objetivo de ejecutar forzosamente un acto administrativo previo –como sucede en el uso de la compulsión sobre las personas (art. 100.1.d) LPAC)–, sino para el restablecimiento del orden público cuando este se ha visto perturbado, *o amenaza con hacerlo*. Los estudios sobre este tipo de coacción son escasos entre la doctrina administrativista, de modo que el análisis monográfico más actualizado sigue siendo el de Agirreazkuenaga (1991).

[127] STC 17/2013, FJ 15. El Tribunal no aprecia inconstitucionalidad en el precepto que, a su juicio, delimita suficientemente los supuestos de aplicación y salva el juicio de proporcionalidad en su restricción del art. 17.1 CE: «nos encontramos ante un supuesto de medidas coercitivas respecto a las que cabe resaltar que su adopción sólo está justificada en supuestos concretos, legalmente definidos en atención a ciertas conductas de los internos que la Administración está obligada a impedir o evitar [...]. [E]s evidente que los derechos de los internados no son absolutos [,] sino que pueden verse en determinados momentos limitados por razones de seguridad del centro y peligrosidad o agresividad de los en él internados». Subraya, además, la supervisión judicial exigida por el art. 62quinquies.3. El recurso de inconstitucionalidad cuestionó también la validez del párrafo primero del precepto, que admite la práctica registros a los internados, «siempre que fuera necesario para la seguridad en los centros». En este caso no se discute sobre el carácter sancionador de la medida, que parece descartado de partida. El Tribunal impone una interpretación conforme. El registro «únicamente podrá adoptarse cuando resulte imprescindible ante concretas situaciones que pongan en riesgo la seguridad del establecimiento, viniendo obligada la Administración a justificar en cada caso la adopción de la medida y su alcance, así como a informar al afectado de la dimensión y la intensidad del registro» (FJ 14).

Tribunal no descarta manifestaciones punitivas de tipo preventivo, disuasorias de comportamientos previos al ilícito.

Resulta de interés el Voto Particular a la sentencia, que propone una reflexión más pausada sobre el sentido coactivo de las citadas medidas[128]. El voto coincide con la mayoría en que estas no constituyen sanciones. Sin embargo, aprecia una insuficiente concreción de las condiciones de aplicación, y de ponderación legislativa en la restricción de los derechos fundamentales afectados. La medida de separación preventiva, pese a no constituir castigo en sentido estricto, tiene un «carácter marcadamente cercano a una sanción de aislamiento». La ausencia de forma sancionadora excluye la aplicación de las garantías del art. 24.2 CE; sin embargo, su contenido coercitivo, materialmente próximo a la sanción, impone restricciones legales que aseguren una ponderación aceptable con el art. 17.1 CE. En concreto, el voto estima insalvable la constitucionalidad del art. 62 *quinquies*.2 LOEX por la ausencia de límite temporal máximo para la medida de separación –que durará «lo estrictamente necesario», según la norma–. El aspecto temporal es problemático en las medidas securitarias preventivas de tracto sucesivo, abocadas a valorar la persistencia del peligro o el riesgo considerado. En este caso, el voto discrepante entiende inasumible la carencia de un límite temporal taxativo, problema que la exigencia de control judicial sobre la medida no sana[129]. La consideración del contenido de la medida, asimilable a lo punitivo, valdría para esgrimir un juicio de validez más estricto que implica garantías jurídicas adicionales. La posición minoritaria se separó pues de la opinión mayoritaria, que la reputaba mera práctica securitaria de carácter material, aneja a las labores de vigilancia en los centros.

Un último conjunto de acciones anticipatorias de seguridad, con privación de libertad, remite al instituto de la detención preventiva, delimitado por el art.17 CE en sus apartados 2 y 3, junto con el procedimiento de «habeas corpus» del apartado 4[130]. El

[128] Voto formulado por el magistrado Pablo Pérez Tremps a la STC 17/2013, con la adhesión de las magistradas Adela Asúa Batarrita y Encarnación Roca Trías, y el magistrado Fernando Valdés Dal Ré.

[129] El voto discute también el juicio de constitucionalidad sobre la regulación de inspecciones y registros del apartado primero del art. 62 quinquies LOEX. Los magistrados discrepantes aprecian una «abrumadora» «falta de calidad en la ley», al apenas detallar las condiciones de aplicación de ambas medidas de seguridad que permitieran salvaguardar, en este caso, el art. 18.1 CE.

[130] El Tribunal ha sostenido que «debe considerarse como detención cualquier situación en que la persona se vea impedida u obstaculizada para autodeterminar, por obra de su voluntad, una conducta lícita». La ha calificado como «una pura situación fáctica» que se adopta fuera de todo cauce

precepto, ha corroborado el TC, se refiere a la detención preventiva como medida cautelar procesal penal[131]. Sin embargo, ha requerido que las garantías en él dispuestas se proyecten a otros casos de privación policial de libertad, distintos a la detención preventiva en sentido estricto, pero asimilables. El Tribunal ha practicado una labor hermenéutica sobre el apartado segundo del precepto, para semejar otras medidas securitarias no penales, en atención a su función y contenido[132]. Su lectura ha de ser coherente con el apartado primero, que abarca «cualesquiera 'casos' de pérdida de libertad»[133]. Así, el límite temporal de 72 horas del art. 17.2 CE es absoluto para cualquier privación de libertad sin autorización judicial. Proscribe medidas equiparables a la detención preventiva de duración indefinida[134].

Desde ese parámetro se valoró la situación de detención policial de personas extranjeras previa a la autorización judicial de su internamiento en un centro –con vistas a su expulsión, o en tanto se sustancia el regreso tras la denegación de entrada en frontera–[135]. Se trata de una medida que aúna elementos cautelares y coercitivos, más o menos intensos según los supuestos[136].

---

procedimental (STC 98/1986, de 10 de julio, FJ 4). Incorporando las causas que la habilitan, Queralt Jiménez propone definir la detención preventiva como «[c]ualquier privación de libertad de movimientos que sufre un sujeto y motivada por la evidencia o la sospecha de estar implicado en un hecho punible, ya sea encerrándolo en un lugar o no dejándole salir de él [,] o inmovilizándolo». Todo ello antes de que el sujeto sea puesto a disposición judicial con posible incoación de diligencias penales, como función propia de policía judicial (Queralt Jiménez 2012, pp. 249-250).

[131] STC 107/1985, de 7 de octubre, FJ 3.

[132] «El ámbito de discrecionalidad del legislador para configurar otros casos de privación de libertad debe ser objeto de control de constitucionalidad a la luz de los criterios que inspiran las garantías dispuestas en los apartados dos y tres de este precepto [art. 17 CE] y en función de la finalidad, naturaleza y duración de la privación de libertad de que se trate» (*ibidem*).

[133] STC 341/1993, de 18 de noviembre, FJ 6.

[134] *Ibidem*. La remisión a la ley del art. 17.1 CE «no implica que quede el legislador habilitado para prever otras privaciones de libertad de duración indefinida, incierta o ilimitada».

[135] La LO 7/1985 hablaba expresamente de «detención preventiva» (art. 26.2), si bien el TC no la entendió directamente subsumible en el art. 17.2 CE, al carecer de sentido penal. La LOEX habla en cambio de «detención» y de «detención cautelar» gubernativa, en sus arts. 60.4 y 61.1.d).

[136] Narváez Rodríguez aprecia tres variantes. Un uso «genuinamente cautelar» de la detención, en el lapso previo a la solicitud de internamiento en el marco de procedimientos sancionadores de extranjería en los que cabe imponer la expulsión (art. 61.1.d) LOEX). Otro de tipo mixto, cautelar y coercitivo, cuando se impone a quienes contravienen la prohibición de entrada y a quienes pretenden entrar ilegalmente, en tanto se practica su retorno –la medida se dirige a garantizar la disponibilidad de la persona y a facilitar la ejecución de la orden– (art. 58.6 LOEX). Por último, un supuesto sin carácter cautelar, donde la medida opera como una verdadera medida de ejecución: cuando, ya firme una orden de expulsión, la detención se practica directamente para aplicar aquella (Narváez Rodríguez 2008, 113-115).

Ese periodo previo de detención implica privación de libertad, aun cuando se produzca en la «zona de rechazados» de un aeropuerto o dependencias similares. Ha de considerarse, para el Tribunal, una «verdadera 'situación fáctica' de detención preventiva» sujeta al límite de 72 horas del art. 17.2 CE. Es decir, este plazo no es mera decisión legislativa *ex* arts. 60.1 y 64.1 LOEX, sino requisito de constitucionalidad[137]. Es insoslayable, también, la garantía de «habeas corpus» del apartado cuarto del precepto[138].

Fuera de la materia de extranjería, el mismo criterio aplicó el Tribunal al enjuiciar la medida de «retención» como intervención para la protección de la seguridad ciudadana. Fue innovación de la LOPSC-1992 con continuidad en la vigente LOPSC de 2015. Su utilidad, tanto preventiva como inquisitiva, es instrumental respecto a la diligencia policial de identificación, admisible así mismo para la prevención y persecución de ilícitos. Ante la imposibilidad de practicar una identificación, la llamada retención permite a los agentes conducir a la persona concernida a dependencias policiales con el fin de culminar la diligencia. Se trata en todo caso de una «identificación no pre-procesal»[139], es decir, no fundada en hechos que puedan dar lugar de manera inmediata a un proceso penal en ejercicio de funciones de policía judicial, pues en tal caso procedería la detención preventiva en sentido estricto.

El art. 16.1 LPOSC 2015 permite a los agentes requerir la identificación de personas y otras comprobaciones en la vía pública, en ejercicio de sus funciones de indagación y *prevención delictiva*, así como para la sanción de infracciones penales y administrativas, con las siguientes condiciones disyuntivas: que existan indicios de que las personas concernidas hayan podido participar en la comisión de una infracción (función reactiva ante ilícitos penales y administrativos); o se considere razonablemente necesaria para prevenir la comisión de un delito (función preventiva restringida a ilícitos penales)[140]. La norma ha limitado las posibilidades de uso de la diligencia de

[137] STC 115/1987, FJ 1.

[138] SSTC 21/1996, de 12 de febrero; 174/1999, de 27 de septiembre.

[139] Álvarez Álvarez (2008, p. 155).

[140] El precepto contiene una alusión expresa a «la identificación de personas cuyo rostro no sea visible total o parcialmente por utilizar cualquier tipo de prenda u objeto que lo cubra, impidiendo o dificultando la identificación». Especificación que parece superflua, ya que aun en tal supuesto la diligencia está supeditada «a los efectos indicados» previamente. Es decir, la indagación de la

identificación respecto al antiguo art. 20.1 LOPSC-1992, que la admitía, sin mayor precisión, cuando fuera necesaria para el ejercicio de las funciones de indagación o prevención para la protección de la seguridad ciudadana encomendadas a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad[141].

Los presupuestos de la retención, sin embargo, no han variado en lo esencial[142]. Conforme al art. 16.2 LOPSC es pertinente, en caso de no lograrse la identificación, con el fin de *impedir la comisión de un delito* o sancionar una infracción. En continuidad con la norma de 1992, los fines preventivos de la retención se refieren solo a la evitación de ilícitos penales. Ello, pese a que el Anteproyecto de la Ley Orgánica pretendió ampliar también el alcance preventivo de la retención para evitar infracciones administrativas[143].

El precepto acoge, en realidad, dos tipos de retención de distinta intensidad restrictiva. La identificación policial *in situ* (sin traslado) constituye ya una «retención simple». Una «mera inmovilización momentánea de la persona» o «inmovilización provisionalísima»[144]. La segunda modalidad es la «retención con traslado» o retención en sentido propio. La primera (mera identificación) supone una «restricción» de la libertad, sin alcanzar una auténtica privación del derecho fundamental[145]. En cambio, el

---

participación en una infracción, ante la existencia de indicios; o la necesidad de evitar la comisión de un delito.

[141] El art. 1 LOPSC orientaba esas tareas al aseguramiento de la convivencia ciudadana, la erradicación de la violencia y la utilización pacífica de las vías y espacios públicos, así como *prevenir la comisión de delitos y faltas*.

[142] No obstante, el precepto incluye algunas novedades en cuanto a la habilitación de la medida. Sigue siendo esencial la imposibilidad de practicar la identificación en el lugar requerido, pero ahora se menciona también: la negación a identificarse por parte de la persona interpelada, y que la identificación tampoco haya podido culminarse por vía telemática o telefónica. Además, se exige que la retención se practique en las dependencias policiales «más próximas» en las que se disponga de los medios adecuados para practicar la diligencia. En cuanto a la negativa a identificarse, la LOPSC-1992 remitía ya, expresamente, a las consecuencias que pudieran derivarse de la aplicación del CP y la LECrim (art. 20.4, hoy en el art. 16.5 LOPSC, que alude también las posibles consecuencias en el marco de infracciones y sanciones de la propia Ley).

[143] El Consejo General del Poder Judicial, en su Dictamen sobre el Anteproyecto, rechazó con rotundidad la constitucionalidad de tal pretensión, ya que excedía el canon de validez impuesto por el TC en su doctrina sobre la retención (pp. 25-27 del Dictamen, disponible en: https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder_Judicial/Consejo_General_del_Poder_Judicial/Actividad_del_CGPJ/Informes/Informe_al_Anteproyecto_de_Ley_Organica_de_Proteccion_de_la_Seguridad_Ciudadana).

[144] Conforme a las expresiones que propone Martín Ríos (2018, p. 93).

[145] La distinción entre «privación» y «restricción» de la libertad ha sido abordada por el TEDH en relación al art. 5 del Convenio (STEDH 7367/76, de 6 de noviembre de 1980, caso Guzzardi c. Italia, FD 93). El punto de vista del TC sobre la identificación es coherente con su jurisprudencia sobre otras formas

TC no albergó dudas sobre el carácter privativo de libertad de la retención con traslado, aun cuando su duración sea mucho menor que otras medidas de limitación deambulatoria[146]. Descartó sin embargo que vulnerase la prohibición del art. 25.3 CE, dada la ausencia de sentido sancionador en la restricción impuesta, orientada estrictamente a la identificación personal[147]. El Tribunal la entendió asimilable a la detención preventiva, aplicando en consecuencia la doctrina general derivada del art. 17 CE, si bien con algunos matices.

Por una parte, la ausencia de límite temporal taxativo en la redacción original del art. 20.2 LOPSC-1992 –la retención podía prolongarse «por el tiempo imprescindible», sin mayor concreción– no podía significar duración indefinida, por imperativo del art. 17.2 CE. Es obvio que resulta improcedente aplicar la limitación general de 72 horas para la detención preventiva. Pero la ausencia de un plazo concreto de menor duración en la norma no se estimó determinante de inconstitucionalidad. La sujeción de la medida al «tiempo imprescindible» se consideró bastante, dada su equivalencia con el tenor constitucional referido al «tiempo estrictamente necesario» para realizar las actuaciones que justifican la detención. Según el TC, el procedimiento de «habeas corpus» del art. 17.4 CE, aplicable también a la medida de retención, habría de servir de garantía a esa restricción temporal –si bien la efectividad de esta garantía es muy

---

de limitación puntual de la libertad de movimiento por imperativo policial. Así, había negado que exista privación de libertad en el sometimiento a pruebas de alcoholemia de conductores de vehículos. No apreció afección significativa a la libertad en sentido constitucional ni, por lo tanto, situación análoga a la detención preventiva (STC 107/1985, de 7 de octubre, FJ 3). La medida es fruto de la sujeción a las normas de la policía de tráfico –policía especial, y no genérica de seguridad pública–. En consecuencia, la medida es admisible incluso de manera preventiva, aun sin indicio alguno de infracción. El TS ha descartado también el carácter privativo de libertad, no solo de la diligencia policial de identificación, sino también de cacheo (registro corporal): «aunque éstas comporten inevitablemente molestias, su realización y consecuente inmovilización del ciudadano durante el tiempo imprescindible para su práctica, supone para el afectado un sometimiento legítimo, desde el punto de vista constitucional, a las normas de la policía», sin afección significativa al art. 17 CE (SSTS de 15 de abril de 1993, FD 3º y 6º [ROJ 9923/1993 y 16890/1993]). El TC ha abordado la constitucionalidad de los registros corporales desde la perspectiva del derecho a la intimidad personal (art. 18.1 CE) e incluso de la integridad física (art. 15 CE), pero no de la posible limitación a la libertad de movimientos. *Vid.* SSTC 37/1989, de 15 de febrero, FJ 4; 207/1996, de 16 de diciembre, FJ 4; 206/2007, de 24 de septiembre, FJ 3 a 8; y las recientes SSTC 172/2020, de 19 de noviembre, FJ 4 y 13/2021, de 28 de febrero, FJ 3, ambas enjuiciando la validez constitucional de los «registros corporales externos» regulados en el art. 20 LOPSC.

[146] STC 341/1993, de 18 de noviembre, FJ 6, analizando la constitucionalidad del art. 20.2 LOPSC-1992.

[147] Tanto el art. 20.2 LOPSC-1992, como el art. 16.2 LPOSC 2015, recalcan que la retención se practicará «a los solos efectos» de identificación. En su estudio de la norma de 1992, el TC insistió en que «la norma no permite en modo alguno interrogar o investigar a la persona sobre más extremos que los atinentes, rigurosamente, a su identificación» (*ibidem*).

cuestionable en una privación de libertad de este cariz[148]–. Hoy el art. 16.2 LOPSC limita aún la medida al «tiempo estrictamente necesario», pero ha concretado su duración máxima al plazo de 6 horas[149].

El TC también entendió aplicable al régimen de la retención, parcialmente, las garantías del art. 17.3 CE. A pesar del silencio que al respecto guardaba la LOPSC-1992, para el Tribunal resultó obvia la exigencia de información inmediata al retenido sobre los motivos de ejecución de la medida. Sin embargo, la exclusión de obligación de declarar y la garantía de asistencia de abogado tendrían sentido solo en casos de detención preventiva en sentido estricto, para asegurar la corrección de los interrogatorios. La finalidad estrictamente identificatoria de la retención las haría impertinentes[150]. La regulación de 2015 ha incorporado este criterio, exigiendo que la persona sea «informada de modo inmediato y comprensible de las razones de la solicitud y del requerimiento a acompañar a dependencias policiales» (art. 16.2, párrafo 2º, LOPSC)[151]. Además, la nueva regulación ha querido rodear de garantías adicionales la ejecución de la medida, exigiendo: proporcionalidad, igualdad de trato y no discriminación por circunstancias personales o sociales: unos principios, por lo demás, exigibles de suyo en atención al texto constitucional[152].

---

[148] Álvarez Álvarez (2008, p. 170), quien considera el procedimiento de habeas corpus un «recurso estéril» ante la retención.

[149] La duración de las retenciones practicadas es uno de los datos a consignar en el libro-registro de identificaciones y retenciones que deben mantener los cuerpos policiales, ya por imperativo del art. 20.3 LOPSC-1992 (hoy en el art. 16.3 LOPSC). El registro ha de especificar también los motivos y circunstancias de cada identificación practicada. Estará siempre a disposición de la autoridad judicial y del Ministerio Fiscal, y la Administración competente remitirá a este, mensualmente, extracto de las diligencias efectuadas con el tiempo utilizado en cada caso. La actual regulación exige que los asientos se cancelen de oficio a los tres años de su registro. El art. 16.4 LOPSC ha incorporado una garantía adicional relativa a la duración de las retenciones: una vez finalizada la retención, a la persona afectada se le habrá de «expedir un volante acreditativo del tiempo de permanencia» en las dependencias policiales, además de «la causa y la identidad de los agentes actuantes».

[150] Málaga Diéguez cuestionó la consistencia del argumento del TC sobre la impertinencia del derecho a la asistencia letrada (Málaga Diéguez 2001, p. 166). Esa exclusión hace que, de forma sorprendente, el «retenido» cuente con menos garantías que bajo la declaración del estado de excepción, que no suspende el art. 17.3 CE (Castillo Blanco 1993, p. 446).

[151] Esta previsión normativa no elimina los problemas de la efectividad de las garantías, dada la peculiar naturaleza de la medida. Sigue vigente la «incertidumbre insuperable sobre su modo de aplicación efectiva» que Casal Hernández advertía sobre los límites que el TC exigió en su interpretación de la retención en la LOPSC-1992 (Casal Hernández 1998, p. 338).

[152] «En la práctica de la identificación se respetarán estrictamente los principios de proporcionalidad, igualdad de trato y no discriminación por razón de nacimiento, nacionalidad, origen racial o étnico, sexo, religión o creencias, edad, discapacidad, orientación o identidad sexual, opinión o cualquier otra circunstancia personal o social». Habremos de volver sobre los eventuales efectos

Homologar la retención con la detención preventiva sirvió para salvar la constitucionalidad de la medida. Sin embargo, implicó tensionar en exceso la lógica del art. 17 CE al validar, en definitiva, privaciones de libertad por razones de seguridad pública, incluso preventivas, ajenas a un proceso penal. Los votos particulares al juicio mayoritario del TC objetaron que la retención se instalaba en una zona intermedia, entre libertad y detención, en aras de la eficacia policial, que resultaba jurídicamente inasumible[153]. La retención no es una detención de policía judicial por no ajustarse a los requisitos de la LECrim. Si lo fuere, la regulación de la LOPSC resultaría superflua[154]. No obstante, en esos términos, el espacio de aplicación efectiva de la medida en sentido preventivo es difícil de concretar: la retención ha de ser necesaria para prevenir un delito, sin ser aplicable todavía la detención pre-procesal admitida por la LECrim[155].

---

discriminatorios de las identificaciones policiales al considerar la admisibilidad de criterios nomotéticos en la justicia punitiva.

[153] Votos particulares a la STC 341/1993 del magistrado Carlos de la Vega Benayas y del magistrado Julio Diego González Campo. El Tribunal había descartado expresamente que «puedan encontrarse zonas intermedias entre detención y libertad» (STC 98/1986, de 10 de julio, FJ 4). Sobre los problemas de deslinde de la medida con la detención *vid.* Martín Ríos (2008, pp. 100 y ss.).

[154] Las funciones de policía judicial están descritas en el art. 282 LECrim: «averiguar los delitos públicos que se cometieren en su territorio o demarcación», practicando «las diligencias necesarias para comprobarlos y descubrir a los delincuentes, y recoger todos los efectos, instrumentos o pruebas del delito de cuya desaparición hubiere peligro, poniéndolos a disposición de la autoridad judicial». Los supuestos admisibles de detención en el marco de esas funciones se prevén en los arts. 489 a 501 LECrim. Solo en un caso se contempla con carácter estrictamente preventivo, la detención de quien «intentare cometer un delito en el momento de ir a cometerlo» (art. 490.1º, en relación con el art. 492.1º LECrim).

El art. 490.2º LECrim contiene otro supuesto liminalmente preventivo: la actuación frente al «delincuente in fraganti». La situación de flagrancia delictiva es considerada en el art. 18.2 CE para exceptuar la inviolabilidad del domicilio, admitiendo en tal caso entrada o registro por la autoridad pública, sin consentimiento del titular ni resolución judicial. El precepto fue objeto de interpretación en la propia STC 341/1993 para enjuiciar la validez de la redacción dada originalmente al art. 21.2 LOPSC-1992: «[...] será causa legítima para la entrada y registro en domicilio por delito flagrante el conocimiento fundado por parte de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad que les lleve a la constancia de que se está cometiendo o se acaba de cometer alguno de los delitos que, en materia de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, castiga el Código Penal, siempre que la urgente intervención de los agentes sea necesaria para impedir la consumación del delito, la huida del delincuente o la desaparición de los efectos o instrumentos del delito». Para el TC flagrancia, a los efectos del art. 18.2 CE, significa conocimiento o percepción evidente de que se esté cometiendo un delito o acabe de cometerse. «Conocimiento fundado» y «constancia» rebajaban el grado de certeza sobre los hechos por parte de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad. Tampoco la «urgencia» de la intervención equivalía a la flagrancia exigida por la norma constitucional. En consecuencia, el art. 21.2 LOPSC-1992 permitiría entradas y registros domiciliarios «basados en conjeturas o sospechas»; la indeterminación de sus expresiones confería al precepto «un alcance que la Constitución no admite» (FJ 7). Fue declarado por ello inconstitucional y nulo.

[155] Álvarez Álvarez (2008, p. 163). El margen es estrecho: han de ser actos que revelen la intención de cometer un delito, sin sobrepasar aún el umbral de la tentativa punible (Casal Hernández 1998, p. 350). Sobre el régimen de la detención preprocesal véase también Varela Castejón y Ramírez Ortiz (2010).

Tampoco podría concebirse como respuesta sancionadora, pues en tal caso chocaría con la prohibición del art. 25.3 CE[156]. Ni es reconducible a los casos de privación de libertad amparados por el texto constitucional. Aquí, la asimilación de la medida securitaria a otros supuestos de detención policial sin autorización judicial condujo a una interpretación expansiva de la norma constitucional, no con sentido tuitivo, sino con el fin de amparar actuaciones coactivas de dudoso encaje[157].

Junto con los arts. 24.2 y 25, el art. 17 CE opera como centro de gravedad constitucional para lo punitivo y otras medidas asimilables. Cobra especial relevancia ante las intervenciones policiales, tanto de auxilio penal como de seguridad pública. La jurisprudencia constitucional ha dado a ciertas medidas restrictivas de la libertad un tratamiento asimilable a las disposiciones punitivas (caso de la libertad provisional). En otros, sin que esa equiparación sea explícita, el contenido de las medidas ha llevado a proyectar exigencias jurídicas que impiden contemplarlas como simples actuaciones materiales de coacción, anexas a genéricas funciones de vigilancia o prevención securitaria.

c) Derecho punitivo, represión del delito y seguridad pública

El concepto de sanción ha acaparado los esfuerzos dogmáticos sobre la capacidad punitiva del Estado, dando lugar en ese empeño a la noción misma de derecho punitivo. Sin embargo, en su delimitación del *ius puniendi*, la jurisprudencia constitucional hace un uso ambivalente de las nociones «sanción», «punición», «represión», «retribución» y «prevención». El vínculo bidireccional entre lo sancionador y lo punitivo halla matices según la particularidad de la medida considerada. La pauta para identificar los contornos del derecho punitivo es triple: la tipificación formal de las medidas como recursos sancionadores; la finalidad represiva atribuida; y el carácter de la restricción

[156] La privación de libertad mediante retención, si es únicamente por indocumentado (sospechoso) «no es constitucional, y si lo es por sospechoso de delito no documentado podrá hacerse o practicarse la detención, pero ya al amparo de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, y con las garantías constitucionales, todas, no las que indica la mayoría» (voto discrepante del magistrado Carlos de la Vega Benayas).

[157] Tras la aprobación de la LOPSC-1992, la doctrina advirtió las dificultades para buscar acomodo a la medida de retención en el esquema de intervenciones policiales sobre la libertad personal vigente hasta la fecha. Una «figura extraña», al admitirse al margen del proceso penal y sus garantías, en expresión de Casal Hernández (1998, 323). No obstante, la retención tiene equivalentes en países de nuestro entorno europeo. *Vid.* el análisis comparado a fecha de aprobación de la norma de 1992, para los casos francés, alemán, italiano y portugués, ofrecido por Asencio Mellado (1993, pp. 33 y ss.).

de derechos impuesta, que pueda asimilarse a una medida punitiva. Cada criterio permite matizar al anterior, verificando aplicaciones materiales, no explícitas, del *ius puniendi* o, al menos, ejercicios de coacción asimilables a aquel.

Las medidas securitarias preventivas no han encontrado un acomodo claro en ese esfuerzo hermenéutico. Su vocación anticipatoria escapa a una comprensión de lo punitivo que pivota sobre la idea de reacción al ilícito. En varios casos, la finalidad formal preventiva ha apartado otras consideraciones sustantivas sobre el sentido de las medidas y su intensidad aflictiva. Sin embargo, el criterio no puede asumirse con rigidez, y el propio TC se ha separado de él al calificar algunos instrumentos como preventivos, en fallos o en votos discrepantes. El tenor aflictivo de las medidas les emparenta en ocasiones con el poder punitivo público. Pero esos matices pierden fuerza más allá del caso objeto de pronunciamiento.

Las actuaciones de prevención securitaria quedan entonces, en casos relevantes, privadas de un sólido fundamento jurídico. En ciertos casos, medidas restrictivas intensas han merecido exigencias procesales mínimas[158]. Esta indeterminación es inquietante en un contexto de «giro preventivo» en las políticas de seguridad, donde la gestión de los ilícitos se dispersa en medidas anticipatorias de distinta naturaleza formal, poblando un espacio anterior a la verificación del ilícito y su sanción. La racionalización punitiva supone una búsqueda de medios eficientes en el gobierno de la desviación, acentuando recursos de prevención que logren evitar la infracción mediante intervenciones ágiles y jurídicamente flexibles[159]. Sin embargo, el propio TC ha

[158] Por ejemplo, en el caso de las acciones preventivas de devolución y rechazo en materia de extranjería, las derivadas del art. 106 CE, interpretado a su vez de forma minimalista. Para el Tribunal, dicho precepto no garantiza «un derecho a la completa tramitación de un procedimiento administrativo en materia de extranjería que concluya, en todo caso, con una resolución sobre el fondo del asunto». Las garantías de la disposición se satisfacen con el derecho al examen judicial de la actuación administrativa, lo que a su vez se asegura mediante la motivación de la decisión y su carácter impugnable (STC 17/2013, de 31 de enero, FJ 11).

[159] Así, por ejemplo, la medida de retención policial tiene «el objetivo aparentemente no confesado pero evidentísimo» de evitar el control judicial en el requerimiento de identificación. En general, la LOPSC trató de «trasladar habilitaciones jurídico-procesales –previstas para una policía judicial dependiente en un modelo claro de seguridad dirigida por los jueces– a habilitaciones gubernativas» (Castillo Blanco 1993, pp. 448 y 453). Si atendemos al rechazo de personas extranjeras en la frontera de Ceuta y Melilla, su configuración como respuesta coactiva directa «supone la imposibilidad material de una formalización de los actos administrativos de conformidad con los cánones ordinarios», con contenido declarativo previo, notificación y, en su caso, ejecución tras el eventual incumplimiento por el interesado (Ruiz Sutil 2016, p. 332).

recordado el carácter de las garantías constitucionales como límites al principio de eficacia en las prácticas punitivas[160].

Es plausible que todo el aparato penal, tanto penas como medidas de seguridad del CP, se integren en el espacio jurídico punitivo. Aun conducidas por la peligrosidad, la aplicación de las medidas de seguridad está precedida de una comisión delictiva judicialmente corroborada –con debida salvaguarda del art. 24.2 CE– y su contenido aflictivo es semejable al de las penas. También resultan subsumibles en aquel espacio medidas cautelares y preventivas de tipo procesal penal que implican restricción de la libertad. Aun sin finalidad de sanción, su contexto judicial penal y la entidad de la restricción impuesta merecen, de nuevo, aproximar su tratamiento al del castigo.

La heterogeneidad de las medidas preventivas en el plano administrativo complica aportar reglas generales sobre su carácter jurídico-punitivo. Existen acciones no sancionadoras que suponen privación de libertad más o menos prolongada, mientras otras suponen formas diversas de coacción; algunas son adoptadas en el marco de regulaciones generales sobre seguridad pública, otras en sectores concretos de ordenación; ciertas se imponen por decisión judicial, otras simplemente ejecutiva; en ocasiones suponen coerción ante una amenaza inminente, mas en otras aspiran a evitar actos tipificados como ilícito. Algunas de ellas han sido leídas como «meras» actuaciones materiales de prevención securitaria o de coerción sin apenas relevancia formal, mientras otras merecen mayores exigencias jurídicas, próximas a los actos de punición.

Las actuaciones preventivas de policía judicial penal, restrictivas de la libertad, responden sin duda al art. 17 CE. El problema de caracterización se presenta en el elenco de intervenciones de policía de seguridad pública, de corte preventivo y ajenas formalmente al cauce penal, aunque a menudo con vínculos funcionales, si se ejercen con fines de prevención delictual.

Sin embargo, la noción de «seguridad pública» plantea sus propias dificultades de delimitación. Junto a su sinónimo «seguridad ciudadana» cuenta con reconocimiento constitucional en la configuración de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad[161]. Conforme

[160] SSTC 41/1982, de 2 de junio, FJ 2; 341/1993, de 18 de noviembre, FJ 7.

[161] El art. 104.1 CE atribuye a la institución policial la misión de «proteger el libre ejercicio de los derechos y libertades y garantizar la seguridad ciudadana»; el art. 149.1.29ª atribuye al Estado la competencia sobre «la seguridad pública», sin perjuicio de la creación de policías según los regímenes

a su temprana delimitación por el TC, y su vigente definición normativa, las expresiones abarcan un conjunto heterogéneo de actuaciones dirigidas a la protección de personas y bienes, y al mantenimiento de la tranquilidad y el orden en la ciudadanía [162]. Otorgan unidad a un elenco diverso de potestades y medidas consideradas desde su finalidad tuitiva de ciertos bienes jurídicos e intereses colectivos laxamente identificados (personas, bienes, tranquilidad, orden) [163]. Comprenden acciones reactivas, pero sobre todo de prevención. El grueso de la seguridad pública son intervenciones policiales, aunque no solo[164].

La dificultad del concepto se debe, en buena parte, al *efecto gravitatorio* del dúctil concepto de riesgo[165]. A menudo, resulta complejo deslindar las medidas de policía de seguridad de aquellas otras de policía especial, anejas a las potestades de

---

autonómicos. La equivalencia entre ambas expresiones ha sido confirmada por el legislador en el Preámbulo de la LOPSC. La faceta de policía judicial de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad está prevista en el art. 126 CE, como un ámbito materialmente distinto. Mientras el concepto de seguridad ciudadana es el eje de la LOPSC, la LOFCS, gira en torno al de seguridad pública.

[162] STC 33/1982, de 8 de junio, FJ 3, donde la noción se deslinda de la aún más expansiva «orden público»: la seguridad «se centra en la actividad, dirigida a la protección de personas y bienes (seguridad en sentido estricto) y al mantenimiento de la tranquilidad u orden ciudadano, que son finalidades inseparables y mutuamente condicionadas». La seguridad pública o ciudadana aspira a delimitar un ámbito para el ejercicio de concretas potestades, frente a la habilitación genérica que ha portado históricamente la cláusula de orden público. Esa generalidad e indeterminación, que admitió una invocación expansiva de situaciones de peligro para justificar medidas de restricción, fue denunciada ya por los profesores Martín-Retortillo Baquer (1975) y García de Enterría y Fernández (1981, pp. 159 y ss.).

La definición normativa vigente en la LOPSC acoge el concepto jurisprudencial: la tutela de la seguridad ciudadana se logra «mediante la protección de personas y bienes y el mantenimiento de la tranquilidad de los ciudadanos», para lo cual se regula «un conjunto plural y diversificado de actuaciones de distinta naturaleza» (art. 1.2 LOPSC). La norma de 1992 proponía en cambio una definición más enumerativa. Se trataba de «asegurar la convivencia ciudadana, la erradicación de la violencia y la utilización pacífica de las vías y espacios públicos», así como «prevenir la comisión de delitos y faltas» (art. 1.2 LOPSC-1992).

Con todo, los conceptos de orden público, seguridad pública y seguridad ciudadana son notablemente imprecisos en su uso, a nivel constitucional y de legislación ordinaria (Castillo Blanco 1993, p. 424). La LOFCS reconoce en su Preámbulo la dificultad conceptual de la «seguridad pública», «toda vez que no permite delimitaciones o definiciones, con el rigor y precisión admisibles en otras materias». Pese a su uso habitual como sinónimos, recientemente el TC ha entendido la seguridad ciudadana integrante «de la más amplia materia de la seguridad pública» (STC 172/2020, de 19 de noviembre, FJ 8.B).

[163] La jurisprudencia ha insistido en la amplitud del concepto y en la diversidad de medidas que admite (SSTC 59/1985, de 6 de mayo, FJ 3; 104/1989, de 8 de junio, FJ 3; 154/2005, de 9 de junio, FJ 5).

[164] «La actividad policial es una parte de la materia más amplia de la seguridad pública» (STC 175/1999, FJ 7).

[165] Advierte el Preámbulo de la LOFCS que «las normas ordenadoras de la seguridad pública no contemplan realidades fácticas tangibles, sino eventos meramente previstos para el futuro, respecto a los cuales se ignora el momento, el lugar, la importancia y, en general, las circunstancias y condiciones de aparición».

gestión en un dominio administrativo concreto. Parejo Alfonso propone el tipo de riesgo o peligro considerado en cada caso como criterio delimitador. «El riesgo a que se refiere la noción de seguridad pública (y de orden público) deriva directamente de acciones (individuales o colectivas) dirigidas a perturbar la situación de normalidad mínima». En cambio, aquel a que se refiere la noción de policía administrativa especial «deriva del estado (o situación) de las cosas y del desarrollo de actividades privadas lícitas sujetas a control administrativo» [166] . No obstante, existen sectores de competencia administrativa que, por la integración de perspectivas de seguridad u orden públicos, evidencian regulaciones de auténtica policía de seguridad. Así sucede, ha sostenido Velasco Caballero, en la gestión pública de la inmigración y la extranjería[167].

La delimitación de la seguridad pública o ciudadana se ha afrontado en la jurisprudencia constitucional con ocasión de controversias competenciales. El concepto de derecho punitivo se ha dilucidado con fines sustantivos para especificar un régimen de garantías. Sin embargo, la seguridad pública delimita el espacio donde los contornos del derecho punitivo se tornan más difusos: las acciones de intervención policial para la prevención de ilícitos, no inscritas en los cauces del proceso penal, aunque con eventual sentido punitivo.

La vocación preventiva de ese espacio de intervención –redoblada en la LOPSC– permite trazar un paralelismo entre el derecho administrativo «securitario» y el derecho

[166] Parejo Alfonso (2008, p. 72). Así, el art. 2.2 LOPSC excluye de su ámbito de aplicación «las prescripciones que tienen por objeto velar por el buen orden de los espectáculos y la protección de personas y bienes a través de una acción administrativa ordinaria», aun cuando implican intervención policial. Lo decisivo es que esta se enmarque en el ejercicio habitual de las potestades administrativas en el ámbito competencial correspondiente.

[167] Para el autor el «eje de esa policía de seguridad es la frontera», lo que no significa que la policía de administrativa de inmigración sea solo «control de fronteras». La perspectiva de seguridad pública discurre hacia funciones de seguridad interior relacionadas con la extranjería (Velasco Caballero 2006, pp. 230-231). Esta comprensión securitaria se ve confirmada por la introducción del régimen del rechazo en frontera en la LOEX a través de la LOPSC (DA 1ª). La Disposición fue añadida al proyecto del texto legal en fase de enmiendas parlamentarias. En sede constitucional se discutió sobre su conformidad con la doctrina del TC sobre el ejercicio del derecho de enmienda en el procedimiento parlamentario, que exige «una conexión mínima de homogeneidad con el texto enmendado» (por todas, STC 119/2011, de 5 de julio, FJ 6). En este caso, sostiene el Tribunal, la enmienda no transgrede esa necesaria conexión: el régimen del rechazo en frontera hace frente «a la situación de riesgo que se produce en los perímetros fronterizos de Ceuta y Melilla –frontera exterior de la Unión Europea– por la presión migratoria. Es por ello que esta cuestión no se puede calificar de totalmente extraña a la seguridad ciudadana». Ello, apostilla el Tribunal, «sin que se pretenda, en ningún caso, asociar necesariamente el fenómeno de la inmigración de personas extranjeras con un incremento de la inseguridad ciudadana» (STC 172/2020, de 19 de noviembre, FJ 8.B).

penal de la peligrosidad[168]. Igual que sucede con la sanción de delitos e infracciones, la prevención de «riesgos o peligros de lesión o perturbación de la seguridad y el orden» es zona de contacto e incluso solapamientos entre derecho penal y administrativo[169]. El giro hacia la prevención en las políticas de seguridad tiende a difuminar las fronteras entre acción preventiva de policía administrativa de seguridad y acción judicial penal, con «tendencia a nuevas formas de imbricación entre el derecho penal y el administrativo»[170]. El sentido de lo punitivo es menos dependiente de la forma «sanción» y reclama mayor atención a los criterios de delimitación material.

A nuestro juicio, la calificación de las disposiciones preventivas requiere volver a la idea de ilícito como eje del derecho punitivo, antes que a la naturaleza de la sanción y su equiparación ontológica con la pena[171]. La relevancia definitoria de la infracción puede deducirse del carácter represivo que el TC aprecia en cualquier intervención punitiva. «Reprimir» significa castigar un ilícito, pero también contenerlo o detenerlo *a priori*. La finalidad represiva, y no tanto sancionadora en sentido reactivo, habría de determinar el significado punitivo de una decisión jurídica.

Dicha finalidad puede ser explícita, pero también implícita. Puede apreciarse en la función que la medida desempeña sustantivamente en determinado contexto de gobierno; o puede inferirse de la restricción que impone, siendo equiparable en su intensidad a otras formalmente punitivas.

Esta lectura permite conceptualizar el derecho punitivo como el conjunto de reacciones jurídico-públicas de contenido aflictivo ante alteraciones actuales *o potenciales* de una norma o un bien jurídico con el fin de reprimir el ilícito[172].

La aplicación de estos criterios será más obvia o requerirá mayor esfuerzo interpretativo, según las variantes jurídico-formales que presenten las regulaciones

---

[168] Presno Linera (2016, p. 34).

[169] Parejo Alfonso (2008, pp. 17-20).

[170] *Ibidem* pp. 128 y ss. y 131. Por ejemplo, en el caso de las medidas policiales preventivas «no penales» de la LOPSC, existe un riesgo evidente de uso impropio con fines pre-procesales, con merma de las garantías que asisten al detenido en sentido ortodoxo (Asencio Mellado 1993, p. 39).

[171] Precisamente, el anhelo de *prevenir un ilícito* califica a la seguridad pública o ciudadana frente al concepto más nebuloso de orden público, que alude a intereses valiosos para la convivencia sin una necesaria concreción normativa (Parejo Alfonso 2008, pp. 74 y ss.).

[172] Tomamos de Cano Campos (2017, 212) las alusiones al carácter aflictivo y al cuestionamiento de una norma como elementos del derecho punitivo, si bien rehacemos la definición según nuestro propio criterio.

preventivas: tipificación penal en forma de medidas de seguridad; previsión como medidas cautelares vinculadas al proceso penal; positivación administrativa con finalidades explícitas de contención o evitación de ilícitos; o, incluso, incorporación en actuaciones alejadas formalmente de lo punitivo, como el régimen de autorizaciones u otras acciones de policía administrativa especial. La función represiva será evidente o colateral en mayor o menor grado, según los casos. Además, en ese ejercicio de valoración habrá de influir la vinculación, o no, de la medida preventiva con la comisión previa de un ilícito, sea penal o administrativo, que lleve a la adopción de medidas anticipadas ante la virtualidad de nuevas infracciones.

En sentido estricto, derecho punitivo significa disposiciones sancionadoras, penales y administrativas, como reacción a un ilícito. En sentido lato alberga, además, un conjunto no tasado de medidas con caracteres distintos a la sanción, pero de contenido aflictivo equiparable y adoptadas en consideración de ilícitos jurídico-público, sean consumados o potenciales.

5.2 Concepto jurídico-normativo de peligro y riesgo

Una vez tratada en la relación entre punición y prevención toca ahora ahondar en la acción preventiva: el modo en que peligro y riesgo son incorporados normativamente como eje de la prevención securitaria.

Apreciamos dos tipos de influencia en la regulación jurídica[173]. Peligro y riesgo actúan como principios orientadores de la legislación y la actuación pública, a la evitación de amenazas y distribución de sus efectos. En todo caso, no son conceptos jurídicos sino conceptos diluidos en la configuración jurídico-normativa al servicio de su funcionalidad. Pero pueden presentarse como conceptos normativos dotados de sustantividad propia en la norma enunciada. Entonces, riesgo y peligro se erigen como como criterio valorativo, como *ratio decidendi*. En el primer caso, los conceptos definen la política normativa; en el segundo, son elementos integrantes del tipo jurídico configurado.

Ambas influencias son patentes en las distintas parcelas del derecho punitivo. En derecho penal la función preventiva –general o especial, positiva o negativa– se despliega, habitualmente, frente a resultados lesivos dignos de reproche: adopta un carácter reactivo ante el daño consumado. Los conceptos de riesgo y peligro aparecen coyunturalmente en el tipo, precisamente, para virar su orientación hacia lesiones potenciales. En derecho administrativo sancionador, en cambio, el riesgo es criterio de política normativa[174]. Los aparatos sancionadores aspiran a confrontar toda infracción en un sector de gestión pública, estimando relevante cualquier transgresión, a menudo con independencia de su resultado lesivo. No obstante, riesgo y peligro se adoptan también, en ocasiones, como conceptos jurídicos típicos.

Nuestro interés se centrará, dejando a un lado otros usos subsidiarios de ambos, en los supuestos en que riesgo y peligro son elementos típicos determinantes de una decisión aplicativa de la norma.

---

[173] Esta doble vertiente es expuesta por Esteve Pardo para analizar el impacto jurídico del principio de precaución (Esteve Pardo 2009, p. 143). Adoptamos su planteamiento para aplicarlo a la influencia general de los conceptos de riego y peligro en el derecho punitivo.

[174] Nieto (2012, p. 345).

Su pertenencia al tipo admite distinta orientación según el evento al que apunten. Es preciso distinguir entre normas que consideran la peligrosidad de *conductas* concretas (acciones peligrosas), y normas que aluden a la peligrosidad del *sujeto*, como fuente de conductas potenciales. Se trata de la distinción que Jiménez de Asúa trazara ya entre «peligro objetivo» (el que dimana de ciertos actos punibles teniendo en cuenta el riesgo del bien jurídico amenazado de manera inminente) y «peligro subjetivo» (estado peligroso del individuo)[175]. Si bien, toda medida preventiva se vincula con la peligrosidad o el riesgo, solo algunas estiman la peligrosidad del sujeto mediante prognosis de sus conductas.

A continuación, abordaremos las dos clases de decisión, según se orienten a la peligrosidad de las conductas o de los sujetos. Dejaremos para el apartado siguiente el estudio de los criterios de constitucionalidad de la estimación de la peligrosidad del sujeto, según la jurisprudencia. En el capítulo siguiente analizaremos los supuestos discriminando entre diversos ámbitos del ordenamiento jurídico: derecho penal, penitenciario, procesal penal y administrativo de policía (de seguridad pública y especial).

5.2.1 Peligrosidad de las conductas y del sujeto

La inclusión del riesgo y peligro como conceptos jurídico-normativos exige que el operador varíe su punto de vista temporal en el cálculo. Estos conceptos abren en el supuesto de hecho de la norma un espacio de evaluación de eventos hipotéticos. El operador no se limita a verificar un hecho acaecido, sino que ha de valorar la posibilidad de que *algo* pueda acaecer. Por tanto, riesgo y peligro incoan siempre una decisión anticipatoria.

De modo que cualquier variante de aplicación de la norma propone un futurible. Y frente a cada situación, un distinto cálculo. Pretendemos ordenar esas modalidades normativas según el desplazamiento temporal al que se ve abocado el decisor.

Caben tres tipos de decisión jurídica orientada por el riesgo o el peligro, agrupadas a su vez en dos categorías. Para cada tipo de supuesto, la magnitud de futuro

[175] Jiménez de Asúa (1920, pp. 19-20).

temporal se indica mediante un recurso lingüístico: el tiempo verbal como expresión de compromiso entre pasado y futuro.

a) Ilícitos de peligro

Una primera categoría designa la *peligrosidad de una conducta*, en función de la potencialidad de sus efectos, el «riesgo jurídicamente relevante». Un estado de peligro capaz de provocar la reacción del ordenamiento jurídico, con atribución de responsabilidad al autor causante de la acción u omisión[176].

En esta categoría subsumimos dos tipos de decisión. Por un lado, aquellas que implican una perspectiva temporal conjugada en *pretérito anterior*. Este tiempo verbal denota una acción pasada, pero encadenada en el tiempo (es decir, futura) a otra también ya acaecida. Así, exige valorar el peligro o el riesgo existente cuando sucedió la conducta considerada.

Estamos ante las infracciones de peligro, en el ámbito penal o administrativo sancionador. En ellos la condición de lesión se ve sustituida por la de mero peligro. El desvalor de resultado se escala hasta el momento de la amenaza. Para verificar la comisión del ilícito, el operador jurídico deberá detectar el riesgo que *hubo de haberse creado* en el pasado. El peligro que requiere el tipo puede ser concreto: amenaza efectiva creada por la conducta; abstracto: riesgo potencial derivado de la acción, sin necesidad de que se haya hecho efectivo; o incluso hipotético: la conducta idónea para generar un riesgo concreto para el bien jurídico, aunque no se haya producido en para el caso.

Los delitos de peligro han sido abordados ampliamente por la doctrina penal, aunque no existe consenso en el análisis, siquiera terminológico[177]. En especial, es polémica su distinción con los ilícitos «de mera actividad», equiparados en ocasiones a los de peligro abstracto. Se trata sin embargo de modalidades distintas de tipificación, que conllevan estimaciones diversas del riesgo.

---

[176] Castaldo (1997, pp. 234-235).

[177] *Vid.*, entre otros muchos, Barbero Santos (1973), Torío López (1981), Hirsch (1996), Terradillos Basoco (1999), Corcoy Bidasolo (1999), Hefendehl (2001), Mendoza Buergo (2001b), Cerezo Mir (2002), Acale Sánchez (2002), Romeo Casabona (2002 y 2005), Duff (2010), Novoa Monreal (2012), Buján (2013).

Siguiendo a Acale Sánchez, ambas categorías existen en planos dogmáticos distintos[178]. Los delitos de peligro se contraponen a los de lesión del bien jurídico y apuntan al desvalor del resultado, entendido este como un desvalor estrictamente jurídico. La distinción es la ya señalada: en las infracciones de lesión se exige un menoscabo efectivo del bien jurídico; en las de peligro, basta una conducta que lo amenace.

La categoría «delitos de mera actividad» se opone, en cambio, a la de «delitos de resultado», entendido como un efecto «natural» de la conducta y separable espacio-temporalmente de la acción. Estos delitos incorporan tal efecto como elemento del tipo; los de mera actividad, en cambio, prescinden de ese dato para que el ilícito se entienda producido.

Tanto los delitos de resultado como de mera actividad (según exijan un efecto natural separado de la acción, o se satisfagan con independencia de este) pueden ser, a su vez, de lesión o de peligro (dependiendo de menoscabo, o no, del bien jurídico). En este último caso, además, pueden ser de peligro concreto o abstracto (en función de que la puesta en peligro contemplada sea efectiva o potencial).

En el CP abundan las normas de peligro, ya en la parte general[179]. Pero, sobre todo, esta técnica normativa ha proliferado en la parte especial del Código –esta es una de las críticas centrales del «derecho penal del riesgo»[180]–. Así sucede en el tipo del delito ambiental[181], los delitos de riesgo catastrófico[182] y la mayoría de los tipos contra la seguridad vial, fundados en la creación de riesgos para la circulación[183], por citar solo algunos ejemplos.

---

[178] Acale Sánchez (2000 y 2002).

[179] El art. 11.b) CP impone la equiparación entre omisión y acción en la comisión delictiva cuando «el omitente haya creado una ocasión de riesgo para el bien jurídicamente protegido mediante una acción u omisión precedente».

[180] *Vid.*, desde distintos puntos de vista, Herzog (1993 y 2003), Cuesta Aguado (2000), Mendoza Buergo (2001a y 2006), Quintero Olivares (2003), Prittwitz (2003 y 2012), Feijoo Sánchez (2006), Pérez Cepeda (2007 y 2008), Hassemer (2008), García Amado (2010), Pérez Alonso (2012).

[181] El art. 325 CP considera penalmente relevante una conducta ilegítima según las normas administrativas de tuición ambiental, cuando «cause o *pueda causar* daños sustanciales a la calidad del aire, del suelo o de las aguas, o animales o plantas». Contempla como subtipo agravado el caso en que las conductas «*pudieran* perjudicar gravemente el equilibrio de los sistemas naturales», y todavía más «si *se hubiera creado un riesgo* de grave perjuicio para la salud de las personas» (énfasis añadidos).

[182] Capítulo I, Título XVII, arts. 341 a 350 CP.

[183] Arts. 380 a 385 CP.

En todo caso, la valoración que se exige al aplicador de la norma varía en los cuatro supuestos de delitos de peligro, según se trate de un tipo de resultado o de mera actividad, y según el peligro contemplado sea concreto o abstracto[184]. En los de peligro concreto lo relevante es que un bien jurídico entre en el radio de acción de una determinada conducta, con la probabilidad de ser lesionado. La valoración posterior se basa en las circunstancias objetivas de tal situación. En los de peligro abstracto, lo riesgoso es una característica de la conducta, al margen de que un bien jurídico sea puesto en peligro efectivo. En tal caso, la valoración se centra en la posición del autor y su círculo de acción, con el fin de calibrar, *a posteriori*, la peligrosidad de su conducta. En ambos casos, cuando el tipo sea de resultado, las valoraciones serán dependientes del hecho determinado (distinto de la acción). Si el delito es de mera actividad, bastará con verificar la conducta típica para, acto seguido, valorar su afección riesgosa, concreta o abstracta, al bien jurídico[185].

---

[184] Tomamos estas formas de valoración de Hirsch (1996), aunque con una sistematización distinta a la que propone. Como sucede en parte de la doctrina penalista, el autor no deslinda lesión/peligro de resultado/mera actividad, por lo que la puesta en peligro del bien jurídico requiere siempre afección a un «objeto» (natural). El peligro es entonces una forma de resultado, aún no lesivo. En consecuencia, en los delitos de mera actividad no se exigiría desvalor de resultado. No obstante, la propuesta conceptual de Hirsch es original, ya que enmienda la terminología habitual sobre los delitos de peligro. Propone hablar, por un lado, de delitos «de peligrosidad del bien jurídico» para identificar aquellos que atienden a la puesta en peligro concreta de un bien jurídico, lo que en su perspectiva implica afección riesgosa a un objeto (en el esquema que seguimos, esta variante equivale a los delitos de resultado y peligro); por otro, de delitos «de acción peligrosa», para señalar los que consideran la peligrosidad de una conducta, con independencia de que un objeto sea puesto efectivamente en peligro (lo que equivale, para nosotros, a los delitos de mera actividad y peligro). En su opción sistemática la distinción concreto/abstracto solo opera en esta segunda categoría, pues los delitos de «peligrosidad del bien jurídico» exigirán siempre una amenaza concreta al objeto que encarna el bien jurídico. Los aquí denominados delitos de resultado y peligro abstracto no encuentran acomodo sencillo en ese esquema, requiriendo una interpretación distinta de su estructura típica.

[185] Utilizando los ejemplos de Acale Sánchez (2002, pp. 27-28), el art. 346 CP, en sede de delitos de estragos, contiene un tipo *de resultado y peligro concreto*: castiga a quienes «provocando explosiones o utilizando cualquier otro medio de similar potencia destructiva, causaren la destrucción» de ciertas infraestructuras o bienes (resultado fáctico exigido), «cuando los estragos comportaran necesariamente un peligro para la vida o integridad de las personas» (peligro concreto creado). El art. 354 CP, en sede de delitos de incendios forestales, configura un ilícito *de resultado y peligro abstracto*: pena al que «prendiere fuego a montes o masas forestales» (resultado) «sin que llegue a propagarse el incendio de los mismos» (se atiende al peligro potencial de la acción, sin requerir una puesta en peligro concreta). El art. 261 CP, en sede de insolvencias punibles, es un delito *de mera actividad y peligro concreto*: sanciona al que «en procedimiento concursal presentare, a sabiendas, datos falsos relativos al estado contable» (no hay exigencia de resultado, basta con la simple acción típica de falseamiento), «con el fin de lograr indebidamente la declaración de aquel» (la conducta ha de suponer una puesta en peligro concreta del bien jurídico, si bien no se requiere lesión efectiva). Por último, el art. 341 CP, en sede de delitos relativos a la energía nuclear, presenta un tipo *de mera actividad y peligro abstracto*: penaliza a quien «libere energía nuclear o elementos radiactivos» (mera acción) «que pongan en peligro la vida o la salud de las personas o sus bienes, aunque no se produzca explosión» (peligro potencial).

La «peligrosidad de las conductas» no es extraña al derecho administrativo sancionador, pero el esquema propuesto no puede proyectarse con facilidad. El motivo es que, en los ilícitos administrativos, desvalor de la acción y del resultado se reconducen habitualmente a la comisión de la acción típica que, a menudo, supone desobediencia a la Administración. Es decir, en derecho administrativo sancionador abundan los ilícitos meramente «formales», lo que no equivale sin más a ilícitos de mera actividad: toda infracción formal lo es; pero, además de la ausencia de resultado en el tipo, en estas tampoco hay deber de comprobar peligrosidad alguna de la conducta, siquiera potencial. Es la propia norma la que delimita de antemano el riesgo prohibido, al someterla a ciertas exigencias de policía administrativa[186]. Por ello los tipos de peligro son menos habituales en derecho administrativo. Las infracciones formales responden a una normativización difusa del riesgo como criterio de política normativa. Solo pueden incluirse dentro de los tipos de peligro en sentido lato, en la medida en que la valoración del riesgo creado se sustituye por la decisión normativa que la contiene. La infracción formal de la norma constituye ya fuente de peligro para un determinado interés jurídico.

Nieto observa aquí una cierta «desconfianza» en la capacidad de valoración de la Administración y el control de su discrecionalidad. Los tipos de peligro apelan a la constatación del riesgo por parte de quien sanciona –obviamente, la valoración es estrictamente judicial en el ámbito penal–. En el ejercicio de la potestad sancionadora, la búsqueda de seguridad jurídica incita a la sustitución de esa valoración por «el mecanismo automático de la mera inobservancia de la norma». El resultado es paradójico: en derecho penal, en origen un ordenamiento de resultados, se acoge ampliamente el delito de peligro; en derecho administrativo sancionador, de suyo un sistema normativo de riesgos, «se escamotea el peligro real o concreto» –e incluso abstracto–[187].

[186] Nieto (2012, p. 396).

[187] Nieto (2005, p. 401). El autor considera que esta técnica regulativa supone generalizar los tipos de peligro abstracto en derecho administrativo. No compartimos esta perspectiva, ya que esa clase de infracción requiere aún un juicio sobre el desvalor de la conducta (aptitud para generar el riesgo, como peligro potencial). Como hemos señalado, en derecho administrativo proliferan los ilícitos formales, que implican una presunción de peligrosidad *ex lege*, todavía más rotunda.

Pero esta diferenciación no es absoluta. Existen en el CP ilícitos de configuración meramente formal[188]. A su vez, el derecho administrativo sancionador incorpora en ocasiones tipos de peligro. A menudo, la consideración del riesgo creado se adopta para cualificar la gravedad del ilícito o la severidad de la sanción. Mientras la infracción básica se tipifica como formal, supuestos agravados se prevén como ilícitos de peligro[189].

Así sucede, si acudimos a la LOPSC, con la celebración de reuniones o manifestaciones en el espacio público incumpliendo las exigencias formales de la LO 9/1983, de 15 de julio, reguladora del derecho de reunión. El art. 37.1 LOPSC estima como infracción leve la realización irregular de la actividad –infracción meramente formal–. El art. 36.7 tipifica como infracción grave la negativa a la disolución de reuniones y manifestaciones ordenadas por la autoridad, concurriendo los supuestos del art. 5 LO 9/1983, cuyo apartado b) se refiere a *alteraciones del orden público*, *con peligro para personas o bienes* –ilícito, por lo tanto, de resultado y peligro concreto–[190]. El art. 35.1 califica de infracción muy grave la celebración de reuniones no comunicadas o prohibidas en ciertos espacios cuando, además, *se haya generado un*

[188] Así sucede en el art. 379 CP, en sede de los delitos contra la seguridad vial. El tipo considera delictiva la circulación de un vehículo de motor o un ciclomotor a una velocidad superior en sesenta kilómetros por hora en vía urbana, o en ochenta en vía interurbana, a la permitida reglamentariamente. El art. 383 CP tipifica como delito la negativa a someterse a las pruebas de consumo de alcohol y drogas por parte del conductor que sea requerido por un agente de la autoridad. En ambos casos no se exige ningún resultado lesivo para el bien jurídico para apreciar la comisión del delito, pero tampoco la creación de ningún peligro específico (más bien, el peligro para el bien jurídico es presumido absolutamente en la tipificación de la conduta).

[189] Por ejemplo, el art. 31 del Real Decreto Legislativo 1/2016, de 16 de diciembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de prevención y control integrados de la contaminación, utiliza como criterio de gradación entre diversas infracciones administrativas, graves y muy graves, el que «se haya producido un daño o deterioro grave para el medio ambiente o *se haya puesto en peligro grave para la seguridad o la salud de las personas*» (énfasis añadido).

[190] Aunque en este caso se requiere resultado y peligro concreto, las infracciones de desobediencia suelen tipificarse como formales. Por ejemplo, el art. 36.6 LOPSC sanciona como infracción grave la «desobediencia o resistencia a la autoridad o a sus agentes en el ejercicio de sus funciones, cuando no sean constitutivas de delito, así como la negativa a identificarse a requerimiento de la autoridad o de sus agentes o la alegación de datos falsos o inexactos en los procesos de identificación». Esta previsión explícita de la negativa a identificarse como infracción –que, además, podrá dar lugar a la retención con traslado– es una novedad de la LOPSC. La norma de 1992 contenía solo un tipo genérico de desobediencia («desobedecer los mandatos de la autoridad o de sus agentes, dictados en directa aplicación de lo dispuesto en la presente Ley, cuando ello no constituya infracción penal»). En él podría subsumirse la negativa a identificarse, pero no parecía abarcar la aportación de datos falsos o inexactos. En todo caso, la desobediencia constituía infracción leve (art. 26.h) LOPSC-1992), frente a su calificación como grave en la norma vigente.

riesgo para la vida o la integridad física de las personas[191] –tipo de mera actividad y posiblemente, a tenor del precepto, de peligro abstracto–. La norma contiene también otras variantes de tipificación, incluidas infracciones de lesión[192].

La proliferación de delitos de peligro es síntoma de la denominada «administrativización» del derecho penal. Con tal diagnóstico la doctrina no ha pretendido argumentar isomorfismo en la técnica normativa. Como hemos señalado, los tipos de peligro no han sido pauta en derecho administrativo sancionador. A lo sumo, el fenómeno se ha extendido en paralelo al ámbito penal, en la transición de la policía administrativa hacia la gestión de riesgos de la que ha hablado Esteve Pardo[193].

La «administrativización» alude al viraje en la función que la intervención penal asume. La tipificación de delitos de peligro es el modo en que el aparato penal acoge un sentido regulativo propio de la gestión administrativa. En concreto, la incorporación de peligro y riesgo como conceptos normativos permite al tipo penal imbricarse en un «contexto» en el que opera como mecanismo de control junto a otras formas de regulación. Tiñe el recurso penal de instrumentalidad, mermando su racionalidad valorativa[194]. Como advirtió Silva Sánchez, en esta deriva lo relevante no es, en sí, el riesgo concreto normativizado; lo decisivo es que expresa la atención punitiva hacia «fenómenos estructurales, globales o sistémicos», una «visión macroeconómica o macrosocial» o una «lesividad global derivada de la acumulación»[195]. Lo cual implica un modo peculiar de entender lesividad e imputación, que, a menudo, no serán ya lesividad concreta ni imputación individual en sentido ortodoxo. Con ello el derecho penal deviene instrumento de gestión ordinaria, ingrediente de un entramado de

[191] En concreto, las reuniones o manifestaciones deberán haberse celebrado «en infraestructuras o instalaciones en las que se prestan servicios básicos para la comunidad o en sus inmediaciones, así como la intrusión en los recitos de estas, incluido su sobrevuelo».

[192] El art. 35.2 LOPSC contiene un ilícito de mera actividad (tanto activa como omisiva) y lesión, relativa a la tenencia o manejo de armas, explosivos y artículos pirotécnicos sin autorización. Entiende infracción muy grave la «fabricación, reparación, almacenamiento, circulación, comercio, transporte, distribución, certificación, enajenación o utilización de armas reglamentarias, explosivos catalogados, cartuchería o artículos pirotécnicos, incumpliendo la normativa de aplicación, *careciendo de la documentación o autorización requeridas o excediendo los límites autorizados* cuando tales conductas no sean constitutivas de delitos así como la *omisión, insuficiencia o falta de las medidas de seguridad o precauciones* que resulten obligatorias, *siempre que en tales actuaciones se causen perjuicios muy graves*» (énfasis añadido).

[193] Esteve Pardo (1999, 2003, 2005, 2009, 2012).

[194] Alcácer Guirao (1999, pp. 177 y ss.).

[195] Silva Sánchez (2001, pp. 14-15).

técnicas de gobierno o de un «complejo legal», retomando la expresión de Rose y Valverde[196]. Y, en esa vinculación, los órganos administrativos del sector adquieren protagonismo también en el proceso penal, aportando criterios para la valoración del riesgo[197].

Este viraje instrumental denota gerencialismo al afrontar la seguridad. Junto con la normativización del riesgo, comprende otros fenómenos bidireccionales entre lo penal y lo administrativo, dentro del espacio jurídico-punitivo. Por ejemplo, la despenalización de conductas para tipificarlas como infracción administrativa buscó en 2015 –con la simultánea reforma del CP y aprobación de la nueva LOPSC– una gestión más ágil de ciertos «ilegalismos»[198]. Una expansión de la potestad administrativa sancionadora que denota una estrategia «burorrepresiva» en la gestión de la seguridad pública[199]. En el sentido inverso de la relación, O'Malley ha apreciado esa inercia gerencial en el amplio uso penal de la sanción económica. La multa es esencialmente regulatoria: no se interesa por disciplinar; busca simplemente reducir la frecuencia de la infracción. Es una técnica punitiva para la gestión de riesgos, que denota la utilización del aparato penal como herramienta regulativa de control[200].

La tipificación de infracciones de peligro es un fenómeno normativo relevante en el derecho punitivo motivado por la juridificación del riesgo. No obstante, dentro de nuestra clasificación, la estructura típica de los ilícitos de peligro implica la alteración más leve de la perspectiva temporal clásica (retrospectiva) del derecho. La valoración

---

[196] Rose y Valverde (1998).

[197] Alonso Gallo (2006, p. 33).

[198] Así lo recriminó el Consejo de Estado en su Dictamen sobre el Anteproyecto de reforma del CP: «la despenalización de conductas ha de encontrar su fundamento en el principio de intervención mínima del derecho Penal, más que venir impulsada por un objetivo de agilizar el funcionamiento de la Administración de Justicia. Y ello, no solo por la necesidad de que el Estado dé adecuada respuesta a las conductas que tengan un reproche social digno de sanción penal –en última instancia, como alternativa a la autotutela privada–, sino porque la despenalización de las conductas mediante su remisión a la vía civil o administrativa no supone necesariamente un ahorro de medios, sino un traslado de la carga de un ámbito a otro» (Dictamen 358/2013, de 27 de junio, Consideración 4ª.A). Sobre esta cuestión *vid.* Avezuela (2017, p. 240).

[199] El concepto «burorrepresión» identifica un uso gubernativo intensivo de los instrumentos sancionadores, en especial para «gobernar» las acciones de contenido político de movimientos sociales, políticos y ciudadanos. Denota el desplazamiento de los recursos penales por los administrativos en las estrategias de contención de la protesta social. Esta línea de análisis cobró vigencia en España en el contexto de la gestión política de la recesión económica a partir del año 2010 y, en especial, en la tramitación de la LOPSC. Véanse los ensayos contenidos en Oliver Olmo (2013).

[200] O'Malley (2009a; 2010a, pp. 81-91; 2010b).

hacia el futuro se refiere a una conducta ya realizada y se mantiene en un tiempo pasado, como relación entre dos momentos ya pretéritos en el instante de decidir. La decisión se basa en la entidad del riesgo generado cuando acaeció la conducta –o la omisión de una conducta–, y el carácter antijurídico de dicho riesgo. En la medida en que la existencia del riesgo se verifica en un momento pasado, nos ubicamos todavía en el terreno de la culpabilidad, que es siempre un diagnóstico con proyección hacia el pasado[201]. No implica prognosis, es decir, conocimiento anticipado de algún suceso[202].

En cambio, los otros dos modos de incorporación normativa del riesgo y peligro sí implican prognosis, al exigir una valoración proyectada hacia el futuro respecto al momento en que la decisión ha de ser adoptada.

b) Decisiones basadas en prognosis

Todavía en la categoría de peligrosidad de las conductas, identificamos un tipo de decisión conjugada en *futuro simple*, atendiendo a un hecho *por venir*. En estos casos la norma impele al aplicador a una valoración que evite una consecuencia concreta indeseada. Es un requerimiento que exige una estimación de hechos futuros específicos.

Así se prevé, a ciertos efectos cautelares, en la regulación general del procedimiento administrativo común y de los procesos judiciales penales[203]. También,

[201] Romeo Casabona (1986, p. 21).

[202] Fuera del ámbito punitivo, esta mirada retrospectiva sobre el riesgo creado es relevante también para el análisis de causalidad para la atribución de responsabilidad patrimonial a la Administración. La valoración del riesgo asumido por el interesado con su conducta y el generado por elementos concurrentes, desde la perspectiva del daño producido, sirve de criterio para el reparto de culpas en la jurisprudencia. Esta operación es frecuente en los casos de responsabilidad por accidentes de circulación vinculados al estado de la vía o con daños causados por la propia infraestructura (*vid.*, a mero título de ejemplo, las SSTS de 6 de marzo de 2001 [ROJ 1740/2001]; de 27 de octubre de 2014 [ROJ 4325/2014]; de 23 de julio de 2015 [ROJ 3526/2015]; de 8 de marzo de 2016 [ROJ 1002/2016]).

[203] El art. 56 LPAC permite la adopción de medidas provisionales por parte del órgano administrativo competente para asegurar la eficacia de la resolución que pudiera recaer, «si existen elementos de juicio suficientes para ello», es decir, en atención a la posibilidad de que tal eficacia pueda verse comprometida a lo largo del procedimiento. En el contexto penal, el art. 127ter CP, en sede de consecuencia accesorias del delito, admite que el juez o tribunal acuerde el decomiso de bienes incluso aunque no medie sentencia de condena, si en el proceso ha quedado acreditada una situación patrimonial ilícita, y además se verifica, entre otras circunstancias, «que el sujeto haya fallecido o sufra una enfermedad crónica que impida su enjuiciamiento y *exista el riesgo de que puedan prescribir los hechos*». El art. 302 de la LECrim habilita al Juez de Instrucción a declarar total o parcialmente secreto un proceso penal, por tiempo no superior a un mes, cuando resulte necesario para: «*evitar un riesgo grave* para la vida, libertad o integridad física de otra persona», o para «*prevenir una situación* que pueda

con vocación preventiva, en el contexto de la seguridad ciudadana, en la aplicación de la diligencia policial de identificación para evitar la comisión de un delito (art. 16.1 LOPSC). Y en otros ámbitos de intervención administrativa, sin sentido punitivo, como la protección ambiental[204], la tuición de los consumidores y usuarios[205], la salud pública[206] o la protección de menores por parte de los servicios sociales públicos[207]. En ocasiones, las normas administrativas trasladan este tipo de juicio a los propios administrados, impelidos a una valoración prudente de los riesgos de sus conductas[208].

---

comprometer de forma grave el resultado de la investigación o del proceso» (énfasis añadidos en todos los casos).

[204] Por ejemplo, el art. 23.2 del Real Decreto Legislativo 1/2016, de 16 de diciembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de prevención y control integrados de la contaminación, ha impuesto una gestión del riesgo a la persona titular de una instalación cuyas actividades están sujetas a autorización ambiental integrada. En concreto, si la instalación ha causado una contaminación significativa del suelo o las aguas subterráneas que «*cree un riesgo significativo* para la salud humana o para el medio ambiente debido a las actividades llevadas a cabo por el titular antes de que la autorización para la instalación se haya actualizado», dicho titular deberá adoptar las medidas necesarias para que el emplazamiento «ya no cree dicho riesgo» (énfasis añadido).

[205] El Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y usuarios y otras leyes complementarias, estima «seguros» los bienes o servicios que, «en condiciones de uso normales o razonablemente previsibles, incluida su duración, no presenten *riesgo alguno* para la salud o seguridad de las personas, o únicamente los *riesgos mínimos* compatibles con el uso del bien o servicio y *considerados admisibles* dentro de un nivel elevado de protección de la salud y seguridad de las personas» (art. 11.2). Además, «*ante situaciones de riesgo* para la salud y seguridad de los consumidores y usuarios», las Administraciones públicas competentes «podrán adoptar las medidas que resulten necesarias y proporcionadas *para la desaparición del riesgo* [...]» (art. 15.1; énfasis añadidos).

[206] La Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública, al regular las actuaciones en sanidad exterior, habilita que el personal de tales servicios sanitarios responda «ante cualquier evento que *pueda suponer un riesgo* de salud pública en las fronteras españolas [...]» (énfasis añadido).

[207] En concreto, la intervención pública para la protección de los menores no solo se produce en casos de desamparo, sino también ante situaciones de riesgo para el menor, antes de que aquel desamparo llegue a suceder. Así, el art. 17.1 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil, considera como tal situación de riesgo: «aquella en la que, a causa de circunstancias, carencias o conflictos familiares, sociales o educativos, el menor se vea perjudicado en su desarrollo personal, familiar, social o educativo, en su bienestar o en sus derechos de forma que, sin alcanzar la entidad, intensidad o persistencia que fundamentarían su declaración de situación de desamparo y la asunción de la tutela por ministerio de la ley, sea precisa la intervención de la administración pública competente, para eliminar, reducir o compensar las dificultades o inadaptación que le afecten y evitar su desamparo y exclusión social, sin ser separado de su entorno familiar». El propio precepto aporta ciertos indicadores que han de servir para la valoración del riesgo: tener un hermano declarado en tal situación –salvo posibles cambios en las circunstancias familiares– y la concurrencia de circunstancias o carencias materiales (que, sin embargo, no podrán determinar por sí mismas una declaración de desamparo).

[208] Como hemos citado, así sucede en el art. 23.2 RD Legislativo 1/2016. En otras ocasiones las normas administrativas imponen a la ciudadanía el «deber de cautela», en una suerte de proyección del principio precautorio. En el contexto de la pandemia provocada por el SARS-CoV-2, el Real Decreto-ley 21/2020, de 19 de junio, ha regulado ese «deber de cautela y protección»: «Todos los ciudadanos deberán adoptar las medidas necesarias para evitar la generación de riesgos de propagación de la enfermedad COVID-19, así como la propia exposición a dichos riesgos, con arreglo a lo que se establece en este real

A diferencia del primer tipo de decisión, propia de una valoración «estática» del riesgo creado, mediante la subsunción en la definición de un riesgo o peligro típicos de la situación acontecida, se reclama ahora un juicio «dinámico» sobre los acontecimientos en curso. La decisión es más ejecutiva, debiendo decantarse por la adopción, o no, de ciertas medidas ante la posibilidad o probabilidad de que acontezca un hecho concreto. En el caso de las decisiones cautelares, habrá de valorarse la verosimilitud de que se materialice el riesgo que, para la buena consecución de los fines del procedimiento y los intereses asociados, contempla la norma. En las decisiones policiales conjugadas en futuro simple, como la diligencia preventiva de identificación, se tratará de una decisión instantánea, *in situ*, sobre la inminencia de un hecho delictivo que justifique la medida.

El juicio se proyecta sobre la eventualidad de un suceso, aunque puede verse modulado por su conexión con las características del sujeto de la acción. No obstante, esa consideración del sujeto es solo un aspecto conexo al hecho cuya virtualidad es considerada por la norma. Bien entendido que una valoración «simple» orientada al futuro, no resta complejidad a la prognosis. Se trata de recalcar su orientación a estimar la probabilidad de un hecho o situación concreta.

El tercer tipo de incorporación normativa del riesgo y peligro se refiere a previsiones normativas que no consideran ya la peligrosidad de un hecho o conducta específicos, sino *la del sujeto mismo*.

La decisión proyectada al futuro se torna aquí mucho más ambiciosa: considera las potencialidades de acción de un individuo. Para este tipo de valoración no es suficiente una proyección simple desde el presente para anticipar un evento concreto. Ahora es necesaria la recreación anticipada de todo un escenario hipotético para una potencial verificación en un momento futuro. Exige al operador jurídico concebir el

---

decreto-ley. Dicho deber de cautela y protección será igualmente exigible a los titulares de cualquier actividad regulada en este real decreto-ley». Esta exigencia estaba contemplada ya, con carácter más general, en el art. 7ter.1 de la Ley 17/2015, de 9 de julio, del Sistema Nacional de Protección Civil: «Los ciudadanos deben tomar las medidas necesarias para evitar la generación de riesgos, así como exponerse a ellos [...]».

Otro caso de traslación de la responsabilidad de decisión sobre el riesgo es la exigencia de consentimiento informado en materia sanitaria, regulado en el art. 8 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica: «Toda actuación en el ámbito de la salud de un paciente necesita el consentimiento libre y voluntario del afectado una vez que, recibida la información prevista en el artículo 4, haya valorado las opciones propias del caso». Esa información a suministrar al paciente incluye, entre otros extremos, la finalidad y naturaleza de cada intervención, sus riesgos y consecuencias.

futuro como ya conocido. Por eso, el desplazamiento que el operador ha de efectuar no tiene su correlato lingüístico en el futuro simple, sino en el *futuro anterior* o *futuro perfecto*[209]. Exige considerar cómo será la conducta del sujeto en un periodo temporal futuro. El juicio atiende a su evolución «previsible» en un cierto lapso temporal.

Cuando el regulador incorpora en la norma este tipo de decisión, exige de la capacidad técnica del operador una pericia capaz de esbozar anticipadamente un contexto de acción multifactorial. El desarrollo de las tecnologías actuariales, hasta las recientes formas de riesgo algorítmico, expresan una complejidad creciente de esta clase de valoración. Complejidad en cuanto al número y tipo de variables concernidas y las relaciones observadas entre ellas, cada vez menos lineales.

Hablamos de *peligrosidad del sujeto* para denotar que el peso de la decisión se traslada, desde el hecho o la conducta concreta, hacia el individuo en sí. Aunque se trate de predecir la eventualidad de una acción –o, más bien, en esta modalidad, de una cierta clase de acciones–, el juicio se posa sobre el individuo, cuya peligrosidad o condición riesgosa se evalúa. El hecho considerado es solo el punto de referencia para valorar las expectativas conductuales sobre aquel.

La noción de peligrosidad en sentido estricto, como peligrosidad del sujeto, ha vinculado históricamente la regulación jurídica con las ciencias del comportamiento, la psiquiatría y la criminología. A ello se ha unido hoy la ciencia de datos de metodologías *α-operatorias*. Por ello, la categoría delimita un espacio de fricción inestable entre normatividades (la jurídica y, en origen, la médico-legal como desgranara Foucault)[210]. Y de ahí, lógicamente, el carácter polémico del concepto de peligrosidad del sujeto para el derecho y la criminología. Una tensión perenne, sin duda[211].

Para López-Rey, su labilidad hace de la peligrosidad una noción, más que un concepto. Frente al individuo culpable, el peligroso es solo «resultado de un empirismo fundado sobre casos individuales sometidos a generalización relativamente

[209] Tomamos la expresión de Bigo (2013), que la emplea para referirse a las prácticas de predicción vinculadas a nuevas tecnologías securitarias de anticipación.

[210] Foucault (1975a, pp. 392 y ss., 545 y ss.; 1978a; 1999). Foucault, Simon y Elden (2017).

[211] Andrés-Pueyo señala la paradoja de que la peligrosidad, siendo «una de las aportaciones más exitosas de la criminología», ha provocado siempre «insatisfacción» entre juristas, criminólogos, forenses y filósofos (Andrés-Pueyo 2013, p. 483).

exagerada»[212]. Su genealogía revela esos problemas de concreción, con quiebros y vaivenes en su comprensión: entre cualidad intrínseca del individuo, producto del del ambiente social, o resultado de la intersección de factores subjetivos y objetivos[213]. La irrupción de la justicia punitiva actuarial sería, así vista, un nuevo episodio de esta ya larga historia de remiendos conceptuales[214].

La valoración de la peligrosidad del sujeto se sitúa en un plano muy distinto a las otras dos formas de normativización del riesgo y peligro. Propone un juicio integral sobre el individuo o, al menos, de amplias facetas de su comportamiento: peligrosidad como «una cualidad, una aptitud personal, unas características que definen al sujeto»[215]. Esta ambiciosa amplitud delata la heterogeneidad de la noción y, por lo mismo, su ambivalencia.

Pese a los esfuerzos de la criminología por deslindar los términos, la peligrosidad del sujeto supone pronóstico diferente, atendida la orientación epistemológica de quien la formula[216]. En un sentido jurídico, tiende a equipararse con *reincidencia*, principalmente delictual. En clave forense, se entiende más bien como un *estado psicológico y mental*. La perspectiva criminológica, en cambio, la ha asimilado tradicionalmente a ciertas *modalidades delictivas* especialmente violentas. Según el tipo de peligro considerado, puede enunciar una *peligrosidad criminal* –refiriéndose a la probabilidad de que el sujeto cometa futuros hechos tipificados como delitos–, o una *peligrosidad social* –aludiendo a la probabilidad, mucho más ambigua, de que ejerza conductas socialmente nocivas–. Y, según sus condicionantes jurídicos, puede configurarse como *peligrosidad postdelictual* –cuando evalúa a personas que previamente hayan cometido un delito, tomado ya como indicio de peligrosidad–, o *predelictual* –si no hay exigencia de delictividad previa, de manera que la valoración de

[212] López-Rey Arrojo (1983, p. 20).

[213] Muestra de esta discusión, dentro de la amplia utilización de la peligrosidad por el sistema punitivo franquista, es el trabajo de Del Rosal (1961, pp. 398 y ss.).

[214] Leal Medina ha subrayado esta evolución heterogénea y compleja, así como la imposibilidad de comprender la peligrosidad como una construcción conceptual propiamente jurídica (Leal Medina 2008, p. 197).

[215] Romeo Casabona (1986, p. 24).

[216] El triple significado que sigue es aportado por Andrés-Pueyo (2013, p. 492). A su juicio, «las dificultades ontológicas [sic] del concepto vienen de la combinación grosera de los tres referentes».

peligrosidad se desencadena por otro tipo de indicio–[217]. Además, el juicio de peligrosidad puede aplicarse sobre sujetos considerados total o parcialmente *inimputables* por sus condiciones personales, o bien plenamente *imputables*[218].

En su acepción tradicional, la apreciación de la peligrosidad requiere un trabajo clínico en dos tiempos. Primero, valoración de la peligrosidad en sí, estimando factores diversos. Segundo, prognosis, o juicio sobre la probabilidad de conducta futura, a partir de los factores valorados[219]. Sin embargo, la justicia actuarial redefine la noción de peligrosidad como riesgo, altera su sentido clínico original y configura nuevos procedimientos de valoración.

Las aplicaciones que han merecido mayor atención, por su incardinación en el aparato punitivo penal, han sido las referidas a la peligrosidad criminal postdelictual de personas inimputables –esto es, la aplicación de las medidas de seguridad previstas en el CP–. Pero, en modo alguno, la presencia de la peligrosidad del sujeto en nuestro ordenamiento punitivo se limita a tales supuestos, según veremos en el capítulo siguiente.

La peligrosidad del sujeto apela a una decisión jurídica muy distinta de otras experiencias normativas del riesgo y el peligro aludidas: por el tipo de inseguridad que evoca, la clase de desplazamiento temporal, la complejidad de la prognosis y el tipo de técnicas que estimula. La incorporación de la racionalidad formal y pragmática del riesgo, en su sentido actuarial, tiene implicaciones particulares en esta clase de prognosis punitiva. Es aquí donde la dimensión *poiética* de las técnicas, en modo de dispositivo de gobierno, construye el sujeto. El riesgo aspira a una evaluación de la

---

[217] Sobre esta doble clasificación *vid.* Leal Medina (2008, pp. 215-236) y Armaza Armaza (2011, pp. 119-126).

[218] Las nociones de peligrosidad incorporadas normativamente combinan estas variantes, a veces de formas no excluyentes. Por ejemplo, la Recomendación CM/Rec(2014)3, del Comité de Ministros de los Estados miembros del Consejo de Europa, relativa a los delincuentes peligrosos, aplica el término a la persona «que ha sido condenada por un delito sexual muy grave, o con violencia contra las personas también muy grave, y que presenta una alta probabilidad de volver a cometer nuevas infracciones sexuales o con violencia contra las personas muy graves» (Anexo a la Recomendación, art. 1). La definición se refiere a una peligrosidad estrictamente criminal y postdelictual. Asume el sentido jurídico de reincidencia, si bien modulado en clave criminológica, al restringirse a ciertas modalidades delictivas graves. En atención al ámbito de aplicación de la recomendación, la definición alude exclusivamente a sujetos imputables (art. 2.b).

Por otro lado, Martínez Garay observa poca precisión conceptual de la jurisprudencia al emplear los términos, al manejar peligrosidad criminal y social como nociones intercambiables (Martínez Garay 2014, p. 7, nota 13).

[219] Romeo Casabona (1986, pp. 14 y ss.).

persona en su potencia conductual, aun asumiendo los costes de la operación en términos de metonimia.

La peligrosidad del sujeto revela un registro peculiar del derecho punitivo, no solo preventivo, sino abiertamente profiláctico o inmunitario, basado en la categorización de los infractores. El juicio sobre el sujeto, en función de la valoración de sus conductas, se reemplaza por una valoración del sujeto en atención a sus conductas virtuales.

El contraste entre las variantes de juridificación del riesgo y el peligro en el derecho punitivo puede esquematizarse como sigue:

CUADRO 5. Incorporación del riesgo/peligro como conceptos jurídico-normativos

Categoría	*Desplazamiento temporal en la valoración*	*Modo de valoración*	*Prognosis*	*Técnica normativa*
PELIGROSIDAD DE LA CONDUCTA	**Pretérito anterior** (se hubo realizado, hubo ocurrido)	Creación de un riesgo en un momento ya pasado (valoración de la entidad del riesgo o peligro y carácter antijurídico del mismo, en el momento en que se realizó la conducta)	**No**	Ilícitos de peligro (sustitución de la lesión por la creación de un riesgo o peligro)
	Futuro simple (se realizará, ocurrirá)	Eventualidad de que suceda una conducta o hecho concretos (valoración simple de la posibilidad o probabilidad)	**Sí**	Previsión normativa de la decisión, con mayor o menor especificación de los parámetros jurídicos de valoración
PELIGROSIDAD DEL SUJETO	**Futuro anterior o perfecto** (se habrá realizado, habrá ocurrido)	Eventualidad de las conductas de un sujeto, en función de las expectativas sobre el sujeto mismo (valoración compleja de la posibilidad o probabilidad)	**Sí**	Previsión normativa de la decisión, con mayor o menor especificación de los parámetros jurídicos de valoración, o con remisión a técnicas extrajurídicas (clínicas o actuariales)

5.2.2 La doctrina constitucional sobre la peligrosidad del sujeto

Valorar la peligrosidad del sujeto supone un juicio ajeno, y distinto, a la lógica de la culpabilidad. Lo que nos lleva a la pregunta sobre el encaje constitucional de un juicio sobre el sujeto, que requiere una suerte de culpabilidad anticipada por hechos todavía no sucedidos.

Explorar con este fin la jurisprudencia constitucional es un ejercicio limitado por dos motivos. Primero, porque las valoraciones del TC son muy dependientes de las distintas medidas preventivas en las que opera la peligrosidad del sujeto. Segundo, porque sus pronunciamientos se refieren solo a disposiciones de derecho punitivo en sentido estricto, o muy próximas a este, que ha entendido reconducibles a los arts. 24 y 25 CE. Las sentencias con doctrina relevante para caracterizar la peligrosidad conciernen a casos con privación de libertad en distintas variantes; como medida de seguridad para imputables en la antigua LPRS; como medida penal de internamiento para inimputables según el CP; como medida procesal de prisión provisional; como decisión sobre la suspensión de penas de prisión; y valoraciones en el ámbito penitenciario relativas a permisos de salida e intervención de comunicaciones a reclusos «peligrosos».

Resulta por tanto problemático deducir de todo ello principios dogmáticos generales. Y, en este sentido, estimamos plausible la ausencia de un concepto jurisprudencial de peligrosidad del sujeto. El TC no ha acogido por tanto una definición de peligrosidad, limitándose a asumir las propuestas del Ministerio Fiscal: la peligrosidad supone «un pronóstico de comportamiento futuro que revele la probabilidad de comisión de nuevos hechos», basado en el «hecho y circunstancias del sujeto»[220]; el estado peligroso «no radica tanto en un hecho aislado y autónomo, sino en el total comportamiento del sujeto»[221].

No aspiramos, por lo tanto, a ofrecer unos contornos nítidos de las condiciones de validez constitucional de los juicios de peligrosidad, limitándonos a identificar las afecciones a la norma constitucional consideradas por el TC en distintas decisiones sobre la peligrosidad del sujeto, aunque sus soluciones estén circunscritas al caso. Estas

[220] STC 8/2001, de 15 de enero, Antecedente 7º.

[221] STC 34/1986, de 21 de febrero, Antecedente 6º.

afecciones pueden agruparse en tres bloques. Primero, consideraciones sobre los principios de legalidad y de *non bis in idem*. Segundo, las relaciones entre peligrosidad y presunción de inocencia. Tercero, consideraciones sobre los factores admisibles para la valoración de la peligrosidad.

Las apreciaciones del Tribunal están presididas por un criterio general: el tratamiento diferenciado que las regulaciones dispensan al sujeto, respecto al ordinario uso de la culpabilidad, no incurre en vulneración del principio de igualdad[222]. Es decir, las medidas punitivas orientadas a la peligrosidad requieren una valoración diferenciada de las basadas en la culpabilidad.

a) La erosión del principio de legalidad

El principio de legalidad fue canon de enjuiciamiento sobre la aplicación de las medidas con privación de libertad de la LPRS. Esta valoración, sin embargo, estuvo condicionada por las peculiaridades de la norma preconstitucional, creadora de un «derecho de peligrosidad social» diferenciado del penal y administrativo sancionador, si bien con nexos sustantivos con ambos.

Las valoraciones del TC se refieren a casos en que el «estado peligroso» se dedujo de conductas tipificadas también como delito en el CP[223]. Desde la perspectiva del art. 25.1 CE el problema considerado fue doble. Por un lado, para el TC el precepto constitucional hace inviable la imposición de medidas de seguridad predelictuales. Por mucho que las conductas consideradas para deducir la peligrosidad sean materialmente delictivas, la aplicación de la medida se produjo sin una declaración judicial de responsabilidad en sede penal. Se hizo, por lo tanto, con vulneración del principio de legalidad penal. Por otro, la coincidencia típica de la conducta, al tiempo delito y causa de peligrosidad, no permite imponer al sujeto pena y medida de seguridad sin

[222] STC 24/1993, de 21 de enero, FJ 3. El Tribunal analiza la compatibilidad con el art. 14 CE del tratamiento específico que el CP dispensa a los sujetos inimputables a través de las medidas de seguridad. Recuerda su doctrina sobre el principio de igualdad: el art. 14 CE obliga a no introducir diferenciaciones carentes de fundamento o no articuladas en torno a rasgos o elementos que resulten pertinentes para la diferenciación. Cuando existe dicho fundamento o rasgos relevantes, el trato diferenciado no resulta disconforme con el principio. Así sucede, sostiene el TC, en la dicotomía culpabilidad/peligrosidad.

[223] STC 23/1986, de 14 de febrero, FJ 1. En el caso, la conducta del sujeto que motivó la declaración de peligrosidad fue el tráfico de drogas, según la previsión del art. 2.8º LPRS; conducta subsumible también en el art. 344 CP 1973. En el mismo sentido, véase la STC 21/1987, de 19 de febrero, FJ 1.

vulneración del principio *non bis in idem*, que el Tribunal deriva del propio art. 25.1 CE[224].

Podría deducirse de aquí la prohibición rotunda de que un mismo hecho sea causa de imposición de una pena y, a su vez, factor de peligrosidad. Pero esta conclusión sería precipitada atendiendo al juicio del TC. Su aplicación del principio *non bis in idem* al caso se basa, en realidad, en la asimilación de las medidas de seguridad de la LPRS a las penas por delito del CP. El Tribunal considera espurio que, en este contexto de penalidad *sui generis*, se pretenda salvar la doble punición alegando distinto fundamento (peligrosidad y culpabilidad, respectivamente). No puede obviarse que la LPRS deducía cuasi automáticamente el estado peligroso de ciertos hechos y conductas, en este caso delictivos. Para el TC sus medidas, al menos las más gravosas, eran materialmente sanciones penales, impuestas por la vía alternativa de la jurisdicción de peligrosidad social.

Una interpretación en tales términos del *non bis in idem* parece hoy poco sostenible, si consideramos los supuestos admitidos por el CP en los que un mismo hecho delictivo, produce efectos en el plano de la culpabilidad y de la peligrosidad.

La incorporación de la libertad vigilada como medida de seguridad penal, también para sujetos imputables que habrán de cumplirla tras la pena privativa de libertad, expresa ese efecto duplicado[225]. El art. 106.2 CP impone además una presunción *ope legis* de peligrosidad: el órgano judicial *deberá* aplicar la medida, amén de la pena pertinente, en los delitos en que así se prevea. La validez de esta configuración de la libertad vigilada no ha sido formalmente discutida ante el TC. Pese al doble efecto del hecho delictivo y la presunción absoluta de peligrosidad, es plausible que la diversidad de pena (orientada a la culpabilidad) y medida de seguridad (enfocada en la peligrosidad) escape a la acción del principio *non bis in idem*, solo aplicable a consecuencias jurídicas por un mismo hecho para un mismo sujeto, con el mismo fundamento.

El Tribunal ha tenido ocasión de enjuiciar la validez de la imposición, también forzosa, de la pena de prohibición de aproximarse a la víctima en delitos cometidos en

[224] Aunque tal principio no tiene reconocimiento constitucional expreso, el TC lo entiende «íntimamente unido a los de legalidad y tipicidad de las infracciones recogid[o]s en el art. 25.1 de la norma fundamental» (STC 159/1985, de 27 de noviembre, FJ 3).

[225] Véanse los arts. 96.3.3ª y 106 CP, en redacción dada por LO 5/2010, de 22 de junio.

el ámbito doméstico o hacia la pareja o ex pareja, por imperativo del art. 57.2 CP[226]. En este caso, la doble imposición viene justificada por la finalidad peculiar de la pena de alejamiento, diversa de otras a imponer en los delitos concernidos. Pese a tratarse de una pena, y no de una medida de seguridad, el TC reconoce en ella una «función asegurativo-cautelar de protección subjetiva de la víctima», variante de los fines preventivos que conlleva toda sanción penal[227]. De hecho, la duda de constitucionalidad no se suscitó en torno al principio *non bis in idem*, sino a la personalidad de las penas –implícito también en el art. 25.1 CE–, dada la imposición forzosa del alejamiento y la proporcionalidad de la medida.

La prohibición de doble punición fue parámetro de enjuiciamiento de la agravante por reincidencia[228]. Esta implica la consideración de un hecho delictivo pasado, ya penado, para cualificar la pena por un hecho posterior. Para el TC esta cualificación tampoco incurre en doble punición ilegítima, dado que el castigo recae únicamente sobre el hecho posterior. Los anteriores son solo «tenidos en cuenta», no vueltos a sancionar[229].

Más recientemente, el Tribunal ha entendido que considerar la reiteración delictiva, para agravar la respuesta penal, solo cabe respecto a ilícitos con condena firme en otros procesos, o que sean enjuiciados y condenados en el propio proceso en el que la reiteración vaya a ser estimada. No cabe, pues, basar el juicio en infracciones no

---

[226] La llamada «pena de alejamiento» está regulada en el art. 48.2 CP, e implica la «prohibición de aproximarse a la víctima, o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal», e impide «acercarse a ellos, en cualquier lugar donde se encuentren, así como acercarse a su domicilio, a sus lugares de trabajo y a cualquier otro que sea frecuentado por ellos». La pena suspende así mismo el régimen de visitas, comunicación y estancia con los hijos. El art. 57.2 CP exige la imposición de dicha pena, en caso de comisión de los delitos enumerados en el apartado primero del precepto, cuando se ejerzan contra la pareja o expareja sentimental, o contra las personas en él enumeradas integradas en el núcleo de convivencia familiar, con la siguiente duración máxima: diez años si el delito fuera grave, cinco si fuera menos grave.

[227] STC 60/2010, de 7 de octubre, FJ 10, que resuelve cuestión de inconstitucionalidad contra el art. 57.2 CP, en cuanto establece en ciertos supuestos la obligatoriedad de la pena del art. 48.2 CP.

[228] STC 150/1991, de 4 de julio, resolviendo cuestión de inconstitucionalidad contra el art. 10.15 del anterior CP 1973, que establecía: «Son circunstancias agravantes: [...] Ser reincidente. Hay reincidencia cuando al delinquir el culpable hubiere sido ejecutoriamente condenado por otro u otros delitos comprendidos en el mismo título de este Código». El actual art. 22.8ª CP acoge esta misma agravante, con algunas especificaciones adicionales: los delitos cometidos y el actual han de ser de la misma naturaleza; no se computan los antecedentes que hayan sido o deban ser cancelados ni los correspondientes a delitos leves; y las condenas firmes impuestas en otros Estados de la UE producen efectos de reincidencia.

[229] *Ibidem*, FJ 9.

enjuiciadas en firme en ningún proceso –meramente denunciadas, todavía en fase de enjuiciamiento, o con sentencia aún sin firmeza–. Ello supondría desconocer las exigencias probatorias deducidas del art. 24.2 CE para destruir la presunción de inocencia[230]. El Tribunal, sin embargo, no aprecia que la agravación por reiteración suponga afección ilegítima al principio de culpabilidad por el hecho. La admisibilidad de la reiteración, en sí, parece fuera de toda duda, siempre y cuando se base en decisiones previas o simultáneas que hayan respetado la presunción de inocencia del ahora reincidente.

En todo caso, el fundamento de la agravante por reincidencia es polémico, sin que exista consenso sobre su relación con la peligrosidad. El TC se limita a constatar la diversidad de interpretaciones, sin decantarse. La reincidencia se ha entendido como síntoma de mayor peligrosidad del autor, pero también de mayor culpabilidad, de la necesidad de efectos preventivos adicionales, de una especial perversidad del sujeto, de su habitualidad delictiva, o de desprecio y rebeldía hacia el ordenamiento jurídico, entre otras lecturas. En cualquier caso, para el Tribunal la agravante salva el principio *non bis in idem*, así como otras dudas de constitucionalidad que abordaremos después. Sin embargo, el TS sí ha apreciado cierta afección al principio en el caso de la cualificación por multirreincidencia, introducida para los delitos de hurto por LO 1/2015, de 30 de marzo. Para el Tribunal la diferencia con la doctrina jurisprudencial estriba en que, ahora, se trata de la cualificación de un subtipo concreto que produce un «salto punitivo» de enorme entidad. La objeción se dirige, en concreto, al hecho de que la «agravación hipercualificada» exija considerar, incluso, la comisión previa de delitos

[230] SSTC 185/2014, de 6 de noviembre y 3/2015, de 19 de enero (por remisión a la anterior). Las sentencias resuelven cuestiones de inconstitucionalidad formuladas contra el art. 623.1 CP, que aplica preceptivamente la pena de localización permanente en caso de reiteración de hurtos, especificando que «[p]ara apreciar la reiteración, se atenderá al número de infracciones cometidas, *hayan sido o no enjuiciadas*, y a la proximidad temporal de las mismas» (énfasis añadido). El Tribunal considera inasumible que la expresión «hayan sido o no enjuiciadas» admita basar la agravación en hechos meramente denunciados o simplemente imputados al sujeto. «Considerar que el hecho típico de comisión de una falta de hurto se prueba en la medida en que está acreditada la existencia de una denuncia o una imputación de la conducta delictiva es una conclusión incompatible con la presunción de inocencia y el principio de culpabilidad» (STC 185/2014, FJ 4º). No anula el precepto, sino que salva su vigencia imponiendo una interpretación conforme. Ha de entenderse que el tipo admite considerar dos tipos de infracciones pasadas: las que «hayan sido enjuiciadas» en otros procesos con sentencia firme; y las que «no lo hayan sido» en otros procesos, pero vayan a serlo en el vigente con la correspondiente condena (FJ 9º).

leves de hurto ya penados de escaso grado de ilicitud[231]. Esto sitúa al precepto «en un terreno muy próximo a la infracción del principio de proporcionalidad de las penas e incluso cercano a la vulneración del principio *non bis in idem*»[232].

Estas advertencias son relevantes para considerar las prácticas actuariales de valoración de la peligrosidad, pues los antecedentes delictivos son un factor recurrente en los instrumentos cuantitativos de cálculo de riesgos.

El principio de legalidad fue aplicado también, en su manifestación como exigencia de taxatividad, para valorar la regulación de las medidas de seguridad para inimputables en el antiguo CP 1973. La duda de validez se suscitó en torno a la duración de las medidas que, en aquel texto, carecía de toda determinación ni límite[233]. Como hemos apuntado ya, la dimensión temporal es un aspecto jurídico relevante en las medidas preventivas. Siendo la peligrosidad un «estado» prolongado en el tiempo, exige un juicio sucesivo y no solo instantáneo referido al momento de comisión de una conducta, como sucede con la culpabilidad. La regulación se enfrenta a esa complejidad temporal, que ha de someter a criterios mediante límites máximos y/o posibilidades de

[231] La cualificación supone que el hurto enjuiciado sea castigado con la pena de prisión de uno a tres años. La pena se impondrá en su mitad superior si, además, concurre alguna otra de las circunstancias previstas en el propio art. 235 CP.

[232] STS 481/2017, de 28 de junio, FD 4º.2. El Tribunal impone una lectura restringida del art. 235.1.7ª CP, que atienda solo a los antecedentes penales por delitos de hurto menos graves, excluyendo aquellos por delitos leves. La Sentencia contó con el voto particular del magistrado P. Llarena Conde, con la adhesión de otros cinco magistrados. Estiman que la agravante específica de multirreincidencia para el delito de hurto es expresión de la lucha contra una realidad delincuencial concreta, que «lleva al legislador a diferenciar estas conductas, [...] constituyéndose como un interés legítimo de la política criminal del Estado». A juicio de los magistrados discrepantes, la multirreincidencia revela, más allá del hecho penado, una actitud del sujeto: «Cuando una cosa acaece una vez, resulta ser casual. Lo que acontece dos veces, cuando no es un suceso ordinario, es ya contemplado como algo accidental. Que se repita por tercera vez, permite constatar una tendencia. Pero que la misma actuación se reitere por cuarta vez [...], es demostrativo de una actitud ante el bien jurídico que se protege y ante la antijuridicidad de su transgresión». Si la política estadounidense de la hipercualificación por multirreincidencia utilizó la imagen de los tres *strikes* en béisbol (*three strikes and you're out*), los magistrados ofrecen una especie de traducción a la española para ilustrar su argumento: «nos encontramos ante la tarjeta roja, por acumulación de tarjetas amarillas».

[233] STC 24/1993, de 21 de enero, sobre la cuestión de inconstitucionalidad formulada respecto al art. 8.1 CP 1973, cuyo párrafo segundo establecía: «Cuando el enajenado hubiere cometido un hecho que la Ley sancione como delito, el tribunal decretará su internamiento en uno de los establecimientos destinados a los enfermos de aquella clase, *del cual no podrá salir sin previa autorización del mismo tribunal*» (énfasis añadido). Téngase en cuenta que el actual CP sí somete a límites explícitos la duración de las medidas de seguridad: «no pueden resultar ni más gravosas ni de mayor duración que la pena abstractamente aplicable al hecho cometido, ni exceder el límite de lo necesario para prevenir la peligrosidad del autor» (art. 6.2 CP).

revisión sucesiva. Se trata en definitiva de un problema de taxatividad en la norma, al menos cuando la medida esté condicionada por el art. 25.1 CE.

La ausencia de límite temporal expreso en las medidas para inimputables no supuso, sin embargo, óbice para la constitucionalidad de su regulación en el CP anterior. Por un lado, el Tribunal no encuentra desproporcionado que las medidas sean indeterminadas y se hagan depender de la evolución e la enfermedad, dada su vinculación con la peligrosidad y no con la culpabilidad[234]. Por otro, la proyección del principio de legalidad resultó paradójica. Para el TC, la débil taxatividad del tipo en cuanto a la duración de las medidas se ve sanada por la posibilidad reconocida al órgano judicial para limitarlas[235]. Desde su reforma en 1983, el precepto incorporó la posibilidad de que el Tribunal sentenciador, a la vista de los informes facultativos sobre «el enajenado» y otras actuaciones, sustituyera el internamiento por otra medida no privativa de libertad, desde el comienzo o durante su ejecución[236]. Es decir, la carencia de un elemento típico sustancial (duración de la medida) se entiende suplida, desde el punto de vista de la taxatividad, por el margen reconocido al aplicador judicial para determinarlo de forma «dinámica», según la evolución del sujeto afectado. Se trata de una flexibilización del requisito de taxatividad motivada por la fluidez del juicio de peligrosidad.

El TC ha aceptado también la carencia de límite temporal expreso en la intervención de las comunicaciones en el ámbito penitenciario, por razón de la peligrosidad del recluso afectado. La regulación de esta medida en la LOGP es muy laxa, apelando a una decisión ampliamente discrecional de la Dirección del centro[237]. El

---

[234] *Ibidem*, FJ 3.

[235] *Ibidem*, FJ 5.

[236] Posibilidad añadida al art. 8.1 CP 1973 por LO 8/1983, de 25 de junio.

[237] El art. 51.5 LOGP admite que las comunicaciones orales y escritas de los internos puedan ser «suspendidas o intervenidas motivadamente por el Director del establecimiento, dando cuenta a la autoridad judicial competente». Los motivos que pueden llevar a acordar la medida son, por lo tanto, indeterminados. Esta previsión es desarrollada por el art. 43 RP, que añade requisitos procedimentales: exige informe previo de la Junta de Tratamiento si la medida se fundamenta en el tratamiento penitenciario, y especifica que habrá de comunicarse al Juez de Vigilancia en caso de que afecte a penados, y a la autoridad judicial correspondiente si se trata de detenidos o presos provisionales. Esta restricción de las comunicaciones por «motivos penitenciarios» no deben confundirse con las que se acuerden en el marco de la investigación de posibles delitos, conforme a los arts. 579 y ss. LECrim. Estas últimas no se basarán, obviamente, en la peligrosidad apreciada en el sujeto afectado, sino en atención a la obtención de información relevante.

En cuanto al régimen de aplicación de la medida, el precepto plantea problemas por su falta de concreción. El TC ha especificado que el acuerdo que imponga la restricción ha de contener los elementos

Tribunal consideró válido el acuerdo de intervención que solo exigía su levantamiento «en el momento en que deje ser necesaria por cesación o reducción de las circunstancias que la justificaron». Estima suficiente esta alusión a la vigencia de las causas motivadoras de la intervención[238]. Es decir, la determinación temporal de la medida no significa necesariamente fijar una fecha concreta de finalización. Puede hacerse depender de la desaparición de la condición o circunstancia concreta que la justificó[239].

b) Presunción de inocencia y presunción «de inocuidad»

El segundo tipo de afección que se deduce de la jurisprudencia constitucional se refiere a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE). La compatibilidad entre esta garantía y el juicio de peligrosidad se antoja, a priori, difícil. Afirmar la peligrosidad de un sujeto significa atribuirle una probabilidad alta de cometer hechos ilícitos, con consecuencias jurídicas restrictivas. Funciona, por lo tanto, como una suerte de presunción de culpabilidad por hechos futuros. Por ello, la salvaguarda del art. 24.2 CE solo puede operar en sentido estricto cuando la valoración de peligrosidad requiera,

---

que permitan su revisión judicial, en cuanto a su idoneidad, necesidad y proporcionalidad. Deberá especificar, al menos, su finalidad y las circunstancias concretas que la amparan (STC 200/1997, de 24 de noviembre, FJ 4).

Se ha suscitado la duda de la compatibilidad del art. 51.5 LOGP con el art. 18.3 CE, al permitir aquel la intervención de comunicaciones por mera decisión administrativa de la Dirección del centro penitenciario. El precepto solo habla de «dar cuenta» a la autoridad judicial, y el art. 43 RP de «comunicación» al órgano judicial pertinente. El TC ha salvado aquella compatibilidad interpretando que la LOGP impone un auténtico control judicial de la medida, no una simple puesta en conocimiento (STC 175/1997, de 27 de octubre, FJ 3). Sobre los problemas que presenta la regulación y aplicación de esta medida, *vid.* Cuerda Riezu (2019).

[238] STC 106/2001, de 23 de abril, FJ 6. Los motivos que pueden justificar la medida están enumerados en el art. 55.1 LOGP a modo de excepciones al derecho de comunicación de los internos: no tendrá más restricciones que las impuestas por *razones de seguridad, de interés de tratamiento y del buen orden del establecimiento*. En el caso enjuiciado por la Sentencia las razones fueron de seguridad y orden del establecimiento, al referirse los vínculos que el recluso seguía manteniendo con la organización delictiva a la que pertenecía y que determinó su condena. El fin de la medida estaba condicionada, pues, a que se acreditara la ruptura completa del interno con la organización (FJ 5). El Tribunal ha controlado la validez de los motivos aducidos para la intervención de las comunicaciones, entre otras, en SSTC 170/1996, de 29 de octubre, FJ 6; 175/1997, de 27 de octubre, FJ 4; 200/1997, de 24 de noviembre, FJ 3; 141/1999, de 22 de julio, FJ 5; 192/2002, de 28 de octubre, FJ 5; 193/2002, de 28 de octubre, FJ 3; 194/2002, de 28 de octubre, FJ 6; 169/2003, de 29 de septiembre, FJ 4.

[239] *Ibidem*, FJ 4. Cuerda Riezu señala la interpretación «creativa» operada por el Tribunal sobre el art. 51.5 LOGP, a partir del principio de que cualquier medida que suponga una limitación a un derecho fundamental «ha de ser proporcionada en relación con el fin que persiga la misma» (Cuerda Riezu 2019, p. 67). En este caso, la exigencia de proporcionalidad implica conectar la duración con la vigencia de los motivos que justificaron la restricción.

como condición previa, la constatación de un ilícito. Entonces, aquella no es viable sin que la presunción de inocencia sea destruida mediante la atribución de responsabilidad por una infracción. Tal es el caso de la peligrosidad postdelictual, donde la condena por un ilícito penal es condición habilitante para valorar la probabilidad de cometer nuevas infracciones.

La presunción de inocencia sirvió para que el TC otorgara amparo frente a la aplicación de medidas en aplicación de la LPRS. Sin embargo, como sabemos, el control de esta norma permite pocas extrapolaciones, ya que el Tribunal interpretó sus restricciones, de internamiento y privación de la libertad de circulación y residencia, como auténticas penas impuestas por la comisión de hechos delictivos. En consecuencia, entendió la afirmación de peligrosidad en ese contexto como una declaración de culpabilidad, con sus respectivas exigencias probatorias para superar la presunción del art. 24.2 CE. Por ejemplo, rechazó que la aplicación de las medidas de la LPRS pudiera apoyarse en hechos constatados en meros atestados policiales[240]. En síntesis, el trabajo hermenéutico del TC sobre aquella norma preconstitucional transformó sus medidas más restrictivas en reacciones formalmente postdelictuales, y solo mientras no recayera sanción penal ortodoxa, con la que aquellas se entendieron incompatibles por exigencia del principio *non bis in idem*.

La presunción de inocencia, en su sentido estricto, se ha proyectado también en la valoración constitucional de las medidas de seguridad para inimputables –no en vano, claramente postdelictuales–. En su valoración de las medidas frente a «enajenados» inimputables en el CP 1973, el TC identificó un triple efecto de la garantía del art. 24.2 CE[241]. Estos efectos avanzan desde la constatación del hecho delictivo previo, hasta su proyección como indicio de peligrosidad.

Primero, con toda evidencia, las medidas solo son pertinentes una vez acreditada debidamente la existencia del hecho punible y la participación del acusado, de forma semejante a la atribución de responsabilidad por culpabilidad. Segundo, la enajenación mental, determinante de la inimputabilidad, debe ser suficientemente acreditada por medio de los dictámenes periciales médicos pertinentes. Tercero –aquí está la

[240] SSTC 159/1985, de 27 de noviembre, FJ 1; 23/1986, de 14 de febrero, FJ 2; 21/1987, de 19 de febrero, FJ 1.

[241] STC 24/1993, de 21 de enero, FJ 4.

controversia– el Tribunal asume la compatibilidad entre las dos presunciones: la estimación absoluta de peligrosidad de los inimputables que han cometido hechos delictivos, por un lado, y la de inocencia, por otro. Nótese que la declaración de inimputabilidad excluye la culpabilidad por hecho delictivo cometido, pero la transmuta en presunción de peligrosidad.

El TC salva la compatibilidad del nexo enfermedad mental-peligrosidad con el art. 24.2 CE por dos razones. Por un lado, la peligrosidad no se deduce, en sí, del diagnóstico de enfermedad, sino de su exteriorización en actos delictivos[242]. Por otro, la norma configura aquel vínculo de forma inflexible: el órgano judicial tiene capacidad para valorar, de inicio o después, la conveniencia de la medida de internamiento. La constitucionalidad de la medida depende, de nuevo, de la posibilidad de su revisión judicial. Tampoco es obstáculo que la norma no prevea explícitamente controles periódicos, con tal de que puedan producirse[243].

El argumento del Tribunal sugiere un equilibrio complicado sobre el art. 24.2 CE al asumir la validez de establecer normativamente un supuesto objetivo de peligrosidad, que queda excluido del espacio de la culpabilidad. La facultad de revisión judicial puede operar desde el inicio para evitar la aplicación de la medida a imponer, o

[242] Así, el Tribunal entendió contraria a la CE la decisión de acordar prisión provisional en establecimiento psiquiátrico penitenciario sobre una persona con enfermedad mental, alegando riesgo de reiteración delictiva. Dado que todavía no existía declaración de exención de responsabilidad penal, ni constatación formal de los hechos delictivos, para el TC el órgano judicial decisor pretendió pervertir el fin de la prisión provisional: quiso privar preventivamente de libertad a una persona cuya peligrosidad se dedujo, sin más, de un diagnóstico de enfermedad mental. Tampoco se cumplían las condiciones del art. 184.a) del RD 190/1996, de 9 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento Penitenciario (RP). Este precepto admite el ingreso preventivo por decisión judicial de detenidos o presos con patología psiquiátrica, para su observación y emisión del oportuno informe. Sin embargo, en el caso la persona enjuiciada ya contaba con un diagnóstico claro de enfermedad mental. En consecuencia, debió admitirse su continuidad en el centro psiquiátrico privado en que estaba ingresado, en lugar de acordar su internamiento en centro psiquiátrico penitenciario (STC 191/2004, de 2 de noviembre, FJ 6).

[243] STC 24/1993, FJ 5. El vigente CP sí exige controles, al menos, anuales. En su redacción original el art. 97 CP requería que el Juez de Vigilancia Penitenciaria elevara informe con esa periodicidad máxima al órgano judicial sentenciador, sobre la conveniencia de mantener, cesar, sustituir o suspender la medida privativa de libertad impuesta, a la vista de los informes facultativos y profesionales previstos en el art. 98. Por este motivo, el TC entendió inconstitucional la fijación por el TS de un periodo mínimo en el que la medida de internamiento psiquiátrico no pudiera ser revisada (STC 124/2010, de 29 de noviembre, FJ 5). El argumento no se apoyó sin embargo en la presunción de inocencia, sino en la vulneración del principio de legalidad que tal decisión suponía, al excluir la revisión periódica anual requerida por el CP. Tras la reforma del Código por LO 5/2010, de 22 de junio, el régimen de la revisión de las medidas se ubica íntegramente en el art. 98 CP, que ahora se extiende también a la libertad vigilada y, con requisitos algo distintos, para otras medidas no privativas de libertad.

después, en función de la evolución del condenado. Sin embargo, intervendrá siempre para corregir a posteriori la presunción de peligrosidad que establece la norma.

Nos topamos con otra presunción *ope legis* de peligrosidad en el caso de la imposición forzosa de la «pena de alejamiento» para casos de delitos cometidos en el ámbito doméstico o contra pareja o ex pareja sentimental[244].

En general, las penas accesorias previstas en los distintos apartados del art. 48 CP (prohibición de residir en ciertos lugares o acudir a ellos, de aproximarse a las víctimas u otras personas y de comunicarse con ellas) se imponen de forma potestativa en función de la peligrosidad apreciada en concreto. El órgano judicial puede deducirla de la gravedad del hecho o de una valoración de peligrosidad en sentido estricto (art. 57.1 CP). Tal valoración, sin embargo, es sustituida por una presunción absoluta en el tipo, en el caso de la pena accesoria de alejamiento, cuando los delitos se hayan cometido en el contexto doméstico o contra pareja o ex pareja, aun sin convivencia (art. 57.2 CP)[245]. Existe aquí una auténtica presunción *iuris et de iure* de peligrosidad, si bien codificada en una pena y no en una medida de seguridad. La norma no admite juicio en contrario del órgano judicial, siquiera posterior[246].

La naturaleza de esta pena de alejamiento, e incluso su fundamento, es controvertida[247]. El TC ha trazado una distinción entre dos grupos de supuestos de prohibición de cercanía a la víctima[248]. Por un lado, los casos en que funciona como medida cautelar o preventiva (art. 544 bis LECrim), como medida de seguridad (cuando así se preveía en la redacción del art. 96.3.9ª CP previa a su reforma en 2010) o como

---

[244] Art. 57.2 CP, con referencia a los ilícitos del párrafo primero (delitos de homicidio, aborto, lesiones, contra la libertad, de torturas y contra la integridad moral, la libertad e indemnidad sexuales, la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio, el honor, el patrimonio y el orden socioeconómico), y remisión al art. 48.2 CP.

[245] La imposición de las otras modalidades del art. 48 CP, distintas del alejamiento, sí requerirán valoración concreta de peligrosidad conforme al art. 57.1 CP.

[246] Esta configuración procede de la reforma del CP por LO 15/2003, de 25 de noviembre. Con anterioridad, la pena era de aplicación potestativa en todos los casos (*cfr.* la redacción original del art. 57 CP).

[247] La doctrina discrepa sobre si considerarla una pena accesoria impropia o atípica –por su accesoriedad a ciertos delitos y no a determinadas sanciones, su duración no supeditada a la pena principal, y su imposición facultativa (salvo en casos de violencia familiar y de género)–; o bien como una pena principal adicional para los delitos citados en el art. 57.1 CP, con la peculiaridad de que su regulación se ubica en la parte general del Código. También se ha dudado de la conveniencia de calificarla de pena privativa «de otros derechos» y no privativa de libertad, pues implica restricción de la libertad deambulatoria (Pérez Rivas 2016, p. 92).

[248] STC 60/2010, de 7 de octubre, FJ 10.

pena accesoria de imposición facultativa (art. 57.1 en relación al 48, ambos del CP)[249]. Se trata de supuestos en los que el alejamiento depende del juicio sobre la peligrosidad del sujeto para la víctima, por lo que la prohibición de aproximación cumple una función asegurativo-cautelar «de pura protección subjetiva de la víctima». En cambio, cuando funciona como pena accesoria de imposición preceptiva (art. 57.2, de nuevo en relación con el art. 48 CP), y «por más que su objeto sea idéntico», su finalidad tuitiva se dirige a los bienes jurídicos protegidos por los tipos para los que se prevé su imposición. La no exigencia de valoración de peligrosidad sobre el sujeto hace que, en este caso, el fin asegurativo se vea relegado a segundo plano[250].

El argumento del Tribunal, estrictamente formal, esquiva calificar el art. 57.2 CP como una auténtica presunción normativa de peligrosidad. Intento que, a nuestro parecer, presenta problemas de consistencia si atendemos a la funcionalidad efectiva de la pena. El art. 57.2 CP formaliza como sanción lo que, materialmente, es una verdadera medida asegurativa. El Tribunal reconoce finalidades que, pese a calificarlas de «secundarias», parecen las más relevantes atendiendo a la instrumentalidad del alejamiento, bajo cualquier modalidad: «la creación de un espacio de confianza capaz de generar libertad» para la víctima en el disfrute de los bienes jurídicos[251]. Además, no puede obviarse que la pena está tipificada con una notable laxitud en sus condiciones de imposición. Admite una flexibilidad en atención a las circunstancias propia del carácter «dinámico» de las medidas para prevenir la peligrosidad del sujeto[252].

---

[249] Aunque el Tribunal no lo cite, en este primer grupo de supuestos cabe incluir la imposición del alejamiento como condición para la suspensión de una pena privativa de libertad (art. 83.1.1ª CP).

[250] En este caso, «la protección subjetiva de la víctima frente a la futura reiteración delictiva por el condenado, a la que indudablemente sirve la prohibición de aproximación, al igual [...] que su contribución a las diversas manifestaciones de la función de prevención de la pena, no son sino los caminos a través de los cuales el precepto cuestionado persigue ese propósito de protección e aquellos bienes jurídicos» (STC 60/2010, de 7 de octubre, FJ 10).

[251] *Ibidem.*

[252] El art. 48.2 CP no concreta las personas que deben incluirse en el concepto de «familia» y permite que la medida se extienda «a otras personas que determine el juez o tribunal». Las exclusiones espaciales que admite se refieren al lugar donde se encuentren las personas protegidas, sus domicilios y lugares de trabajo, pero también «cualquier otro que sea frecuentado» por ellas, cuya determinación no podrá producirse normalmente en la sentencia, pues requerirá actualizaciones. Tampoco predetermina la distancia del alejamiento. Como aprecia Pérez Rivas (2016, p. 94), los criterios judiciales seguidos al respecto son variados. El Protocolo de actuación de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad y de coordinación con los órganos judiciales para la protección de las víctimas de violencia de género y doméstica, de 28 de junio de 2005, propone una distancia de 500 m. como referencia, bajo un criterio estrictamente operativo securitario: se considera «un ámbito espacial suficiente para permitir una rápida

La cuestión de inconstitucionalidad que dio lugar al pronunciamiento no alegó vulneración de la presunción de inocencia, sino de los principios de personalidad y proporcionalidad de las penas. Posiblemente, la afección al art. 24.2 CE no se estimó plausible porque, de nuevo, tratándose de pena y no de medida, su fundamento formal era la culpabilidad y no la peligrosidad. La presunción de inocencia se verá salvada por la apreciación de culpabilidad que provoca la imposición de la pena principal, y que también habilita la accesoria.

El TC no reputó inconstitucional las restricciones que el art. 57.2 CP impone a la capacidad de decisión judicial. Para el Tribunal, la configuración de la pena salva el juicio de proporcionalidad en su triple faceta de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto[253]. El precepto supera este último juicio de proporcionalidad en sentido propio porque, para el TC, la imposición de la pena admite aún cierto margen para que el órgano judicial atienda a las circunstancias del caso y gradúe su intensidad – atendiendo a la gravedad de los hechos *o al peligro que el delincuente presente*, conforme al apartado primero del precepto–. Es decir, queda espacio para que el aplicador module la duración de la pena en atención a la peligrosidad del sujeto enjuiciado[254]. La existencia de un margen de apreciación judicial elude la lesión del principio de personalidad de las penas[255].

---

respuesta policial y evitar incluso la confrontación visual entre la víctima y el imputado» (p. 11 del Protocolo).

[253] STC 60/2010, FD 16 a 18.

[254] La posibilidad de modulación de la pena se limita a su duración (no excederá de diez años si el delito es grave, y de cinco si es menos grave), y a la posible inclusión en su esfera de protección otras personas además de la víctima, y otros lugares frecuentados por los sujetos protegidos además de sus domicilios y lugares de trabajo.

[255] El precepto fue también objeto de petición de decisiones prejudiciales, formuladas por la Audiencia Provincial de Tarragona en 2009, sobre a compatibilidad del art. 57.2 CP con diversos arts. de la Decisión Marco 2001/220/JAI, de 15 de marzo de 2001, relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal –sustituida después por Directiva 2012/29/UE del Parlamento y del Consejo, de 25 de septiembre de 2012, por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos–. El órgano judicial español cuestionó, entre otros aspectos, la imposibilidad de que la opinión de la víctima influyera en la adopción de la pena de alejamiento, dado su carácter preceptivo. En Sentencia de 15 de septiembre de 2011 (asuntos acumulados C-483/09 y C-1/10), el TJUE no aprecia contradicción entre ambas normas. El derecho procesal de la víctima a ser oída, que le reconocía la Decisión Marco, «no confiere a la víctima ningún derecho en cuanto a la determinación de las clases ni la graduación de las penas aplicables a los autores de los hechos en virtud de las normas del derecho penal nacional» (Considerando 60); las disposiciones de dicha Decisión «no se oponen a la imposición de una medida de alejamiento preceptiva con una duración mínima, prevista como pena accesoria por el derecho penal de un Estado miembro, [...] aun en el supuesto de que las víctimas de esa violencia se opongan a la aplicación de tal medida» (Considerando 70). Para un análisis detallado de los motivos que suscitaron las peticiones de decisión prejudicial, *vid.* Gudín González-Magariños (2010).

Pese a esta interpretación, parte de la doctrina ha criticado el tratamiento de la pena de alejamiento ante casos de violencia doméstica y de género como ejemplo de la tendencia a la «estandarización de la respuesta penal» e incluso, específicamente, como manifestación de una inclinación actuarial de los instrumentos punitivos. Su configuración respondería a una vocación inocuizadora ante ciertos infractores, inspirada en criterios de probabilidad estadística[256]. En el caso de la imposición preceptiva del art. 57.2 CP, el riesgo opera de forma difusa o implícita en el tipo. La norma sustituye la decisión valoradora del riesgo por una presunción absoluta de probabilidad de reiteración delictiva.

Esta primera aplicación del art. 24.2 CE opera sobre los ilícitos consumados que funcionan como condición habilitante del juicio de peligrosidad, o lo limitan mediante presunciones normativas. Una segunda proyección del precepto formula exigencias sobre el juicio de peligrosidad mismo, en cuanto a su contenido probatorio y motivación. En este caso, a nuestro entender, solo puede hablarse de presunción de inocencia de forma analógica. Tratando en sí la valoración de peligrosidad, la dicotomía inocente/culpable que aquella presunción asume resulta inoperante. La extensión del art. 24.2 CE al juicio de peligrosidad permite deducir, más bien, una «presunción de inocuidad» que apunta a la dualidad seguro/peligroso. El TC exige esta adaptación de la presunción de inocencia en algunas estimaciones de peligrosidad, para imponer estándares de prueba y motivación suficientes para hacerla decaer. Esta presunción requerirá actividad probatoria capaz de justificar que el lícito cometido no fue ocasional, sino emanación de ciertas características o «estado» del sujeto[257].

Tal doctrina remite al concepto constitucional de motivación suficiente de las resoluciones judiciales, que emerge de la conexión entre los arts. 24.1 y 120.3 CE con una doble finalidad: exteriorizar el fundamento de la decisión, explicitando que responde a cierta aplicación de la Ley; y permitir el eventual control jurisdiccional de la

[256] Faraldo Cabana (2008a, pp. 149 y ss.; 2008b, pp. 275 y ss.); Rodríguez Castro (2012).

[257] Este argumento fue sostenido por el juez que interpuso cuestión de inconstitucionalidad contra el art. 22.8ª CP, que impone la agravante genérica por reincidencia (STC 150/1991, de 4 de julio, Antecedente 2.g).

decisión. No significa razonamiento exhaustivo y pormenorizado, sino suficiente para conocer la *ratio decidendi* de aquella[258].

Además, el Tribunal ha sostenido un canon de motivación reforzado en aquellos supuestos en que la intervención judicial incida de algún modo en la libertad, como valor superior del ordenamiento jurídico[259]. Esta exigencia alcanza a varios casos de juicios de peligrosidad sobre el sujeto, como la decisión sobre la suspensión de la ejecución de penas privativas de libertad (art. 80 CP)[260], y la concesión de ventajas penitenciarias, como la libertad condicional[261] y de permisos de salida[262]. Este deber de motivación redoblado implica, en sentido negativo, que no se satisfaga con la simple referencia al carácter discrecional de la decisión. En sentido positivo, que sea imprescindible una ponderación de las circunstancias individuales del penado, así como de los valores y bienes jurídicos comprometidos en la decisión. En especial, la decisión habrá de calibrarse en atención a los fines de la pena privativa de libertad: las necesidades de seguridad colectiva (prevención general) y las necesidades de resocialización (prevención especial), consideradas las circunstancias del caso y la peligrosidad criminal del condenado[263].

La proyección de esta suficiencia probatoria y de motivación sobre el juicio de peligrosidad ha llevado al Tribunal a exigir: pruebas, siquiera indiciarias pero consistentes, de la peligrosidad[264]; prueba concreta del riesgo apreciado[265]; un

---

[258] SSTC 184/1998, de 28 de septiembre, FJ 2; 215/1998, de 11 de noviembre, FJ 3; 187/2000, FJ 2, entre otras muchas.

[259] STC 320/2006, de 15 de noviembre, FJ 4.

[260] SSTC 25/2000, de 31 de enero, FJ 3; 264/2000, de 13 de noviembre, FJ 2; 5/2002, de 14 de enero, FJ 2; 75/2007, de 16 de abril, FJ 6; 76/2007, de 16 de abril, FJ 7. El Tribunal advierte que, aunque las decisiones sobre la suspensión de la pena no restringen la libertad en sentido estricto –existe una sentencia firme condenatoria previa que impone legítimamente esa restricción–, sí «afectan al valor libertad, en cuanto modelizan la forma en que la ejecución de la restricción de la libertad se llevará a cabo».

[261] STC 79/1998, de 1 de abril, FJ 4.

[262] SSTC 2/1997, de 13 de febrero, FJ 3.b); 79/1998, de 1 de abril, FJ 4; 109/2000, de 5 de mayo, FJ 2 y 3.

[263] SSTC 320/2006, de 15 de noviembre, FJ 4; 75/2007, de 16 de abril, FJ 6.

[264] STC 46/2001, de 15 de febrero, FJ 12. La sentencia no versa sobre un caso de peligrosidad penal, sino referido a la inscripción en el Registro de entidades religiosas de una organización de tal carácter. La inscripción fue denegada por el Ministerio de Justicia por considerar a la entidad solicitante «peligrosa para el orden público» con afección, por lo tanto, al art.16.1 CE. En el caso el juicio de peligrosidad se refiere, por lo tanto, a una persona jurídica.

razonamiento explícito particularizado objetiva y subjetivamente (esto es, con referencia a las circunstancias personales del afectado y del caso concreto), capaz de enervar la «fuerte presunción a favor de la libertad del sujeto»[266]; y pronóstico futuro «real y no meramente presunto», a pesar de que, como tal pronóstico, sea relativamente incierto[267].

En consecuencia, el Tribunal entiende insuficiente para fundar el juicio de peligrosidad, al menos en las medidas enjuiciadas: las meras sospechas sobre posibles comportamientos futuros [268] ; las referencias a abstractas posibilidades de comportamiento futuro[269]; el uso de fórmulas vagas[270]; el apoyo en criterios generales o la alusión genérica a los requisitos previstos en la norma o a las variables posibles de riesgo[271]; alegar meramente el riesgo de no adoptar medidas preventivas, así como deducir la peligrosidad del ejercicio derechos por parte del enjuiciado[272]; remitirse sin más a los informes obrantes en el expediente, o a la valoración realizada inicialmente sobre la peligrosidad del sujeto para justificar su persistencia[273]; así como apelar, sin más, a la discrecionalidad de la decisión, como ya se ha advertido[274].

Además, las deficiencias en la calidad jurídica de la prognosis no se ven subsanadas por el transcurso de los acontecimientos, aunque hayan podido confirmar el cálculo del riesgo realizado *ex ante*. La suficiencia de la motivación debe apreciarse en

---

[265] STC 159/1997, de 29 de septiembre, FD 5, en recurso de amparo frente a la aplicación de prisión provisional. STC

[266] *Ibidem.*

[267] STC 62/2005, de 14 de marzo, FD 7.

[268] STC 46/2001, de 15 de febrero,

[269] STC 156/1997, de 29 de septiembre, FJ 5.

[270] STC 94/2001, de 2 de abril, FJ 7, también en vía de amparo discutiendo el uso de la prisión provisional.

[271] STC 112/1996, de 24 de junio, FJ 5, en recurso de amparo sobre denegación de permiso de salida a un recluso.

[272] SSTC 75/2007 y 76/2007, ambas de 16 de abril, FJ 6 y 8 respectivamente. En concreto, conociendo sobre un caso de denegación de suspensión de pena de prisión, el Tribunal estima inadmisible concluir la peligrosidad del ejercicio del derecho a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable por parte del condenado.

[273] STC 143/1997, de 15 de septiembre, FJ 6. La sentencia resuelve recurso de amparo contra la decisión de la Administración penitenciaria de mantener la aplicación del régimen penitenciario especial del art. 10 LOGP para penados «de peligrosidad extrema».

[274] SSTC 224/1992, de 14 de diciembre, FJ 3 y 4; 115/1997, de 16 de junio, FJ 2; 264/2000, de 13 de noviembre, FJ 2; 202/2004, de 15 de noviembre, FJ 3.

el momento de realizar el pronóstico y con la información entonces disponible. No cabe formular al respecto valoraciones *ex post*, a la vista de la posible condena recaída[275].

Interesa subrayar que, en su rechazo a las consideraciones puramente abstractas sobre la peligrosidad del sujeto, el TC proscribió la pretensión de deducirla sin más de «frecuencias estadísticas». Como tales, esos datos matemáticos adolecen de referencias suficientes al caso concreto y su contexto[276]. Se trata de un pronunciamiento puntual y circunscrito a la aplicación de la prisión provisional con fines de prevención hacia la víctima. No obstante, con las debidas cautelas de generalización, revela una inclinación hacia la valoración «de caso» (lo que denominamos *supra* «gestión de casos»), como pauta de validez para el pronóstico. Lo coyuntural del argumento no permite concluir de él la inadmisibilidad general de las técnicas actuariales en derecho punitivo, cuestión que no ha sido objeto de pronunciamiento del Tribunal por el momento. Pero sí denota que la noción constitucional de motivación, en conexión con lo que aquí entendemos «presunción de inocuidad» deducida del art. 24.2 CE, se acomoda mejor a una prognosis de base clínica o individualizada, que a criterios agregados de cálculo probabilístico.

En general, el TC ha entendido inconstitucional el juicio de peligrosidad realizado sin ponderación de los bienes y derechos en conflicto[277]. Sin embargo, pese al canon de motivación reforzado que se afirma, ha estimado válidas justificaciones laxas. Por ejemplo, ha admitido deducir el riesgo de reiteración delictiva del contexto político y social en el que actuó el sujeto valorado[278], y razonar los riesgos de la concesión de un permiso de salida penitenciario a través de referencias meramente implícitas a la conducta del interno[279]. Además, en el caso de la prisión provisional ha validado su

---

[275] STC 62/2005, de 14 de marzo, FD 7.

[276] «[F]rente a lo que sería constitucionalmente exigible, de la lectura de las resoluciones impugnadas no cabe deducir si el peligro conjurado era real o meramente presumible en abstracto en función de frecuencias estadísticas lo que, desde el control externo que nos es propio, no puede ser avalado por este Tribunal» (STC 60/2005, de 14 marzo, FJ 7).

[277] STC 8/2001, de 15 de enero, FJ 4.

[278] STC 29/2019, de 28 de febrero, FJ 6, sobre la apreciación de riesgo de reiteración delictiva para la imposición de prisión provisional, ante hechos presuntamente delictivos acaecidos en el marco de manifestaciones políticas de carácter independentista en Cataluña.

[279] «[L]a motivación en que se basa la denegación –no concurrencia de los requisitos reglamentarios para la concesión del permiso– *debe entenderse razonablemente referida* a la calificación de la conducta del interno», sobre el que «existían sanciones, aunque canceladas» (STC 2/1997, de 13 de enero, FJ 4; énfasis añadido).

aplicación con base en criterios objetivos (tipo de delito y gravedad de la pena), sin alusión a las circunstancias concretas y personales del imputado, si los datos relativos a estas no están disponibles aún para el órgano judicial. Podrán incorporarse después, una vez disponibles, para ponderar la continuidad de la medida[280].

En definitiva, aunque del art. 24.2 CE puedan deducirse exigencias que perfilen una cierta «presunción de inocuidad» ante la valoración de peligrosidad, la jurisprudencia no parece equipararla a la presunción de inocencia que rige en el contexto de la culpabilidad. «No es un juicio de culpabilidad (que exigiría pruebas que destruyesen la presunción de inocencia), sino un juicio de probabilidad»[281].

Cabe plantear que la efectividad de la presunción de inocuidad, como garantía analógica a la de inocencia, habría de exigir respecto a los juicios de peligrosidad:

a) motivación suficiente equiparable, en su caso, al «canon de motivación reforzado» exigido por el TC en las decisiones que inciden en la libertad de los sujetos;

b) valoración idiográfica (es decir, ponderación de las circunstancias individuales del individuo), o cuando menos exigencia de personalización de posibles valoraciones de riesgo nomotéticas, caso de resultar admisibles;

c) cierto estándar de calidad en el pronóstico, en cuanto a la robustez del método (clínico, estadístico o mixto) empleado;

d) criterios nítidos de admisibilidad de los factores a integrar en el juicio, sea como indicios clínicos o como factores de riesgo, en caso de que se acepten juicios nomotéticos;

e) invalidez de toda presunción *ope legis* de peligrosidad, aun cuando admita margen de apreciación judicial en la especificación de las medidas preventivas a aplicar.

c) Criterios de evaluación de la peligrosidad

Por último, el tercer conjunto de pronunciamientos del TC sobre la validez de los juicios de peligrosidad se refiere a los factores a emplear en la valoración.

Como sabemos, al menos cuando la decisión tiene incidencia en la libertad, la estimación de peligrosidad ha de referirse a circunstancias concretas del caso y del

[280] STC 94/2001, de 2 de abril, FJ 6.

[281] STS 112/2018, de 12 de marzo [ROJ 821/2018], FD 7º.

propio sujeto. No obstante, dentro de este marco de exigencia, las decisiones que implican estimación de peligrosidad suelen conceder un amplio margen de ponderación al aplicador de la norma [282]. Ello implica que, en el caso de la adopción y mantenimiento de medidas de seguridad penales, el órgano judicial no esté vinculado por los informes facultativos que se hayan emitido, si bien, cuando discrepe de su criterio, deberá motivar la decisión contraria en informes alternativos[283].

Por otro lado, la influencia de un mismo tipo de riesgo de conducta puede tener distinta trascendencia según la configuración normativa de la medida considerada. Así, la ausencia de «riesgo de fuga» es generalmente un dato obstativo para la imposición de prisión provisional: su no concurrencia convertiría la medida, a salvo de otros fines legítimos, en sanción contraria a la presunción de inocencia. En cambio, en la decisión sobre la suspensión de la ejecución de la pena, carece de esa taxatividad. Habiendo recaído ya condena –destruida formalmente la presunción de inocencia–, el riesgo de fuga se integra en una valoración más amplia del interés general concurrente en la medida. La inexistencia de tal riesgo es en este caso condición necesaria, pero no suficiente por sí sola para acordar la suspensión[284].

La naturaleza e intereses implicados en una medida determinan, así mismo, la insuficiencia de algunos criterios aislados como motivación válida para su adopción. También sobre la suspensión de ejecución de penas de prisión, el TC ha estimado insuficiente el dato «desnudo» de los antecedentes de quebrantamiento para justificar una denegación posterior del beneficio. Dicho dato habrá de contextualizarse según las circunstancias del caso: tiempo transcurrido, características personales y su evolución en ese periodo[285].

---

[282] Por ejemplo, STC 8/2001, de 15 de enero, FJ 3, sobre la decisión de suspensión de ejecución de pena de prisión. Señala el Tribunal que la «escasa o nula peligrosidad criminal» no tiene por qué implicar, necesariamente, el acuerdo de suspensión. El juicio ha de verse modulado por la atención a otras circunstancias, en especial los fines propios de la pena.

[283] STC 112/1988, de 8 de junio, FJ 3. El «juicio en orden a la probabilidad de una conducta futura del interno socialmente dañosa, así como el convencimiento sobre el grado de remisión de la enfermedad, corresponde al Tribunal penal a través de controles sucesivos en los que ha de comprobar la concurrencia o no de los presupuestos que en su día determinaron la decisión de internamiento». Si bien «para la adopción de la decisión oportuna no se halla el órgano judicial automáticamente vinculado a los informes emitidos en sentido favorable a la misma, su disentimiento ha de ser, sin duda, motivado», de forma «expresa y justificada basándose en otros informes periciales».

[284] ATC 61/2020, de 17 de junio, FJ 2.

[285] STC 222/2007, de 8 de octubre, FJ 5. El órgano judicial sentenciador leyó la reincidencia delictiva del sujeto durante un periodo anterior de suspensión como indicio de la peligrosidad del penado,

Estas consideraciones sobre los factores admisibles en la valoración de peligrosidad son relevantes para afrontar las afecciones jurídicas de la justicia actuarial. Las técnicas punitivas actuariales incorporan un amplio rango de variables a modo de factores de riesgo, y les atribuyen pesos cuantitativos en el resultado de la valoración, fijos o variables, según el carácter lineal o no del cálculo de probabilidad.

Dos criterios de valoración atendidos por el TC cobran especial relevancia por su conexión con los sistemas actuariales. Por un lado, la configuración de la reincidencia como agravante general en el CP, ya referida. Por otro, la deducción de la peligrosidad por la pertenencia del sujeto a ciertos «grupos delictivos», tipo de agregación característica de los cálculos de riesgo en sentido estricto y expresión de lo que tildaremos de «justicia punitiva nomotética».

En cuanto a la reincidencia como circunstancia agravante general, *ex* art. 22.8ª CP, sabemos que el TC no la considera necesariamente fundamentada en la peligrosidad del sujeto. Sin embargo, la formulación de la cuestión de inconstitucionalidad al respecto consideró obvia dicha conexión, y planteó a partir de ella algunas dudas relevantes sobre su validez[286]. Primero, la complejidad de los

motivo para denegar la suspensión de la ejecución de la nueva sentencia. El TC estima los argumentos del recurrente en su solicitud de amparo: el lapso transcurrido entre la sentencia condenatoria y la denegación de la suspensión, más de cuatro años, y lo acaecido en ese periodo, en el que, estando en libertad, el penado no volvió a delinquir y se sometió a tratamiento de desintoxicación. La falta de consideración de tales circunstancias, en favor de la atención exclusiva al antecedente de quebrantamiento, hizo que la motivación no alcanzara los estándares constitucionales exigibles, con vulneración de la tutela judicial efectiva.

[286] Véanse los Antecedentes de la ya citada STC 150/1991, de 4 de julio, relativa al art. 10.15 del anterior CP 1973. No en vano, el criterio político-criminal sobre la reincidencia ha sufrido vaivenes y giros de guion. La redacción original del CP 1973 acogía agravantes por reiteración (art. 10.14) y reincidencia (art. 10.15) como conceptos diferenciados, según el tipo de delitos cometidos sucesivamente. Acogía también, con carácter general, la «multirreincidencia» a partir de la segunda reincidencia cometida (art. 61.6ª). La reforma del CP 1973 por LO 8/1983, de 25 de junio, eliminó la reiteración y recondujo su contenido al concepto de reincidencia. Suprimió así mismo la agravante por multirreincidencia, por considerar la exasperación de castigo que conllevaba contrario al principio *non bis in idem* y carente de eficacia (véase la Exposición de Motivos de la citada LO de reforma). La reincidencia fue excluida e incluida, sucesivamente, en el Borrador de anteproyecto de CP de 1990 y en el Anteproyecto de 1992, para ser incorporada finalmente al CP 1995. La LO 11/2003, de 29 de septiembre, introdujo la multirreincidencia como criterio agravante en la aplicación de la pena en delitos dolosos, para el caso de que, concurriendo la agravante de reincidencia, el culpable hubiera sido condenado, al menos, por tres delitos del mismo Título del Código, siendo de la misma naturaleza (art. 66.5ª). Como se apuntó *supra*, la LO 1/2015, de 30 de marzo, incorporó un supuesto específico de multirreincidencia en la parte especial, para los delitos de hurto. Se aplica cuando el culpable haya sido condenado al menos por tres delitos comprendidos en el propio Título, siempre que sean de la misma naturaleza (art. 235.1.7º CP). Sobre esta trayectoria y los debates suscitados respecto a la agravante, véase el reciente análisis de González Sánchez (2021, pp. 130-132). Para un estudio más detallado de la reincidencia y

supuestos fácticos que estructuran la agravante prescinde del conocimiento del injusto por el infractor, lo que disocia culpabilidad y sujeto[287]. Se trata de un criterio objetivo de peligrosidad que no requiere validación de elementos subjetivos. Segundo, la medida es expresión de un derecho penal de autor, dirigido al sujeto y no al hecho. Este juicio deriva, también, de su atención a fatores que no suponen mayor culpabilidad, solo mayor peligrosidad. Tercero, sería por ello contrario al principio de igualdad y al derecho del reo a reintegrarse en la sociedad (art. 25.2 CE), al prolongar la repercusión de un ilícito pasado y ya penado.

Para el TC la cuestión no merece ser estimada porque se basa en una lectura del fundamento del tipo –la peligrosidad del sujeto– que no tiene por qué ser compartida[288]. No descarta que la disposición responda a la culpabilidad del sujeto, toda vez que la Constitución, consagrando sin duda esta como principio básico del derecho penal, no impone una determinada interpretación de su significado. El art. 25 CE admite versiones dogmáticas diversas sobre la culpabilidad. Además, sostiene el Tribunal, el hecho de que la medida persiga fines distintos a la prevención especial no supone traba de constitucionalidad, pues aquel precepto tampoco exige que tal sea la *única* finalidad de la pena. Estima también que la agravante respeta el principio de proporcionalidad de las penas, ya que está sometida a límites en el propio tipo[289]. Salva el principio de *lex certa* porque, si bien contiene conceptos indeterminados (la «similar naturaleza» de los delitos considerados), su concreción es «razonablemente factible en virtud de criterios

multirreincidencia, *vid.* Alcover Povis (2017), Monge Fernández (2009), Aguado López (2008), Garzón Real y Manjón-Cabeza (1991), Borja Jiménez (1991).

[287] La configuración original de la agravante en el CP 1973 disponía: «Hay reincidencia cuando al delinquir el culpable hubiere sido ejecutoriamente condenado por otro u otros delitos comprendidos en el mismo título de este Código» (art. 10.15 CP 1973). Así mismo, contemplaba la agravante por reiteración: «Hay reiteración cuando al delinquir el culpable hubiese sido castigado por delito a que la ley señale igual o mayor pena, o por dos o más delitos a que aquélla señale pena menor» (art. 10.14 CP 1973). La LO 8/1983, de 25 de junio, modificó ambos apartados, subsumiendo la reiteración en el concepto de reincidencia. La redacción original del art. 22.8ª CP mantuvo casi inalterada esta redacción, añadiendo solo la exigencia de que los delitos atendidos sean «de la misma naturaleza», y excluyendo la consideración de los antecedentes penales cancelados o que debieran serlo. Tras su reforma por LO 1/2015, de 30 de marzo, se admite expresamente que las condenas firmes impuestas en otros Estados de la UE produzcan efectos de reincidencia, «salvo que el antecedente haya sido cancelado o pudiera serlo con arreglo al derecho español».

[288] STC 150/1991, de 4 de julio, FJ 1.

[289] *Ibidem*, FJ 4.

lógicos, técnicos o de experiencia»; no hay, en consecuencia, incertidumbre razonable en el tipo[290].

Tampoco aprecia el Tribunal vulneración de la presunción de inocencia por el hecho de que el legislador dé relevancia punitiva, *iuris et de iure*, a hechos delictivos pasados, sin razonarlo en términos de mayor culpabilidad o peligrosidad. Para el TC dicha vulneración existiría en caso de que se excluyera la prueba sobre los elementos del tipo en su aplicación, pero no puede deducirse de la falta de justificación de la propia reincidencia como circunstancia agravante[291]. Junto con todo ello, como sabemos, la disposición se estima compatible con el principio *non bis in idem*, pues estaría castigando el ilícito posterior y no los anteriores, simplemente «tenidos en cuenta»[292].

La doctrina del TC asumió en gran medida los criterios que el TS había empleado para enjuiciar la validez de la agravante. Valorando su aplicación conforme al anterior CP 1973, el TS había descartado la eventual inconstitucionalidad sobrevenida de la reincidencia, aceptando su compatibilidad con los principios punitivos de la CE bajo ciertas condiciones[293]. El Tribunal supedita su validez a la vinculación con los principios de individualización de la pena y de culpabilidad por el hecho: la aplicación aceptable exige que no se traspase dicho umbral de responsabilidad[294]. Manteniéndose en tales márgenes, no implicaría vulneración del principio de proporcionalidad[295]. Con idéntico criterio que confirmara el TC, su aplicación tampoco incurriría en vulneración del principio *non bis in idem*[296], ni lesionaría el principio de culpabilidad[297]. No

[290] *Ibidem*, FJ 5.

[291] *Ibidem*, FJ 8.

[292] *Ibidem*, FJ 9.

[293] SSTS de 12 de junio de 1991 [ROJ 3187/1991, 13863/1991, 8464/1991 y 167/1991], FD 1º, pronunciándose sobre el antiguo art. 10.15º CP 1973.

[294] SSTS de 6 de abril de 1990 [ROJ 3163/1990, 14936/1990 y 10325/1990], FD 1º.B);

[295] STS de 15 de octubre de 1990 [ROJ 7271/1990], FD 3º.

[296] SSTS de 29 de octubre de 1990 [ROJ 7727/1990 y 13395/1990]: «lo que se pena en sentencia dictada contra un reincidente no es ni más ni menos el hecho enjuiciado y sancionado en aquélla, con la pena señalada al delito en cualquiera de sus grados» (FD 4º). STS de 12 de junio de 1991, ya citada: «lo que se pena es un hecho nuevo, no el anterior» (FD 2º).

[297] «El que a sabiendas comete por segunda o más veces un hecho criminoso [...] asume su culpabilidad con todas las circunstancias objetivas y subjetivas concurrentes. La reincidencia es una causa de agravación tan palpable como el uso de disfraz o de armas; y la asunción de ser un delincuente con

obstante, el TS había mostrado ambigüedad al determinar si la aplicación de la agravante implica, o no, presunción de peligrosidad sobre el sujeto reincidente[298].

En definitiva, se juzga constitucional la agravante por reincidencia y, por lo tanto, la consideración formal de antecedentes ya penados para el enjuiciamiento de ilícitos posteriores. A nuestro parecer, pese a la irrelevancia que el Tribunal atribuye al fundamento de la disposición, se asume la validez de una presunción *ope legis* de peligrosidad. Ello, aunque, en este caso, se traduzca en un incremento de la pena y no en una medida de seguridad adicional a imponer.

Es preciso, por último, atender a la valoración de peligrosidad en virtud de la pertenencia del enjuiciado a ciertos grupos de sujetos.

Este asunto ha sido abordado por el TC en vía de amparo frente a acuerdos de la Administración penitenciaria de intervención de comunicaciones a reclusos, por motivo de los riesgos que representan para la seguridad de la institución. En general, de acuerdo al principio de especificidad o concreción en la valoración, la motivación de la medida habrá de basarse en conductas concretas del interno[299]. Sin embargo, en ocasiones han pretendido fundarse en la clasificación penitenciaria del afectado o en su integración en un grupo delictivo. La respuesta del TC ha variado en uno y otro caso.

Como vimos, el art. 51.5 LOGP admite una amplia discrecionalidad en la decisión del Director del centro penitenciario para acordar la intervención de comunicaciones. Tal amplitud se ve reforzada por el hecho de encontrarnos en un contexto de relación de sujeción especial. Con todo, el Tribunal ha entendido

---

antecedentes tan cognoscible como la de ser comerciante o funcionario (en delitos específicos de éstos) o mayor de edad penal» (STS de 12 de junio, citada, FD 2º).

[298] En las citadas SSTS de 6 de abril de 1990, consideraba el Tribunal que «no cabe hablar en general y en abstracto de una ficción de peligrosidad, incompatible con el art. 24.2 CE, porque ello dependerá del caso concreto y del fundamento real del pronóstico de recaída en el delito que se formule respecto de los autores [...], en la medida en que la agravación fundada en el art. 10.15 CP [1973] estará siempre limitada, entendida de esta forma, por la gravedad de la culpabilidad» (FD 1º.B). De forma más explícita, en las mencionadas SSTS de 12 de junio de 1991, advertía: «No se trata de un efecto de un pronóstico de peligrosidad, sino de una actualización de su mayor endurecimiento culpabilístico» (FD 3º). En cambio, en SSTS de 29 de octubre de 1990, también citadas ya, había admitido que la agravante por reincidencia presume la peligrosidad del sujeto, aunque no requiera pronóstico (más bien, el pronóstico se encuentra objetivado en el tipo): pronunciándose sobre la regla de aplicación de las agravantes del art. 61.2 CP 1973, en relación a la apreciación de reincidencia, entendió que el precepto valora «un rasgo significativo de [la] personalidad: incorregibilidad que origina mayor peligrosidad [...]. Peligrosidad que no es un mero 'pronóstico' puesto que ya se ha actualizado» (FD 4º).

[299] STC 128/1997, de 14 de julio, FD 6. En el caso abordado por la Sentencia, la intervención se justificó por la «extrema peligrosidad del interno» deducida de acciones concretas de agresión, secuestro, motín, intentos de fuga y fugas consumadas.

insuficientemente motivado el acuerdo de intervención por razones de seguridad, solo por la clasificación del interno en primer grado de tratamiento dentro del peculiar régimen FIES (Fichero de Internos de Especial Seguimiento). Concluye que la peligrosidad no puede deducirse genéricamente para ciertas poblaciones reclusas, ni en virtud de una determinada clasificación penitenciaria –y ello pese a que la inclusión en el régimen FIES puede implicar de suyo la calificación de peligrosidad–[300]. En la decisión sobre la restricción de las comunicaciones, la referencia a la peligrosidad ha de estar «avalada por hechos ya acaecidos o por riesgos previsibles racionalmente en el futuro que la pudieran fundamentar». De lo contrario, tal peligrosidad no queda explicada y se produce vulneración de la tutela judicial efectiva[301].

El TC ha matizado su criterio al valorar la deducción de peligrosidad de la pertenencia del interno a grupo delictivo, en concreto, a grupo terrorista con el que no existía constancia de ruptura completa[302]. Sin obviar la influencia de la particularidad del caso, interesa subrayar algunos argumentos sobre la validez de este tipo de juicio de peligrosidad. Para el Tribunal, la concreción de dicho juicio no excluye que los rasgos puedan predicarse de manera grupal, agregada:

> «Individualizar no significa necesariamente destacar rasgos que concurren exclusivamente en el recluso afectado. Puede tratarse de unos rasgos comunes a los

[300] Este «programa» penitenciario, cuyo origen se remonta a 1991, ha sido regulado a través de meras Instrucciones de la Administración Penitenciaria. Aunque su contenido ha ido variando, ha buscado aplicar cautelas preventivas en el interior de la institución frente a reclusos con determinadas características, bien por necesidad de protección personal (miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad condenados), por el carácter de los delitos cometidos (por ejemplo, miembros de grupos terroristas) o por su peligrosidad para la seguridad del centro. La STS de 17 de marzo de 2009 [ROJ 2555/2009] reputó ilegal la regulación del Fichero por la Instrucción de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias 12/1996, de 16 de diciembre, por vulneración del principio de legalidad, al exceder el ámbito de actuación admisible de un «reglamento administrativo de organización». Actualmente se encuentra regulado en Instrucción de la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias 12/2011, de 29 de julio. El grupo FIES 1 CD (Control Directo) incluye a internos especialmente conflictivos y peligrosos en atención a sus conductas en el centro. Volveremos con más detalle sobre el Fichero *infra*, en §6.6.2.

[301] STC 175/1997, de 27 de octubre, FJ 6. En sentido similar, STC 170/1996, de 29 de octubre, FJ 5.

[302] STC 200/1997, de 24 de noviembre. La Administración penitenciaria consideró dicha pertenencia «peligrosa para la seguridad general y para el buen orden regimental», lo que justificó la intervención de comunicaciones por los datos que pudieran difundirse y la influencia que pudiera ejercerse sobre el interno. Cuerda Riezu ha destacado la variabilidad de esta línea jurisprudencial del TC sobre la intervención de comunicaciones, hecho influido, en su opinión, por las reivindicaciones sobre el derecho a la comunicación por parte de reclusos miembros de ETA y por internos incluidos en el F.I.E.S. (Cuerda Riezu 2019, p. 56).

pertenecientes a un colectivo o a una organización. En estos casos, lo que debe individualizarse es esa característica común que a juicio de la Administración penitenciaria justifica en el supuesto concreto la adopción de la medida»[303].

El propio Tribunal explicita la diferencia con el criterio sostenido con anterioridad:

«No basta [...] con referirse a la pertenencia a un grupo, a una organización o a un tipo de reclusos clasificado en función del tratamiento penitenciario que requieren, puesto que estos colectivos pueden tener múltiples características genéricas relacionadas con una hipotética justificación de una medida de intervención, sino que debe concretarse cuál de esas características comunes a todos los miembros del grupo es la que justifica la intervención respecto a uno de sus componentes»[304].

Es decir, para el TC la valoración de peligrosidad por adscripción grupal será válida, si se motiva en los rasgos del sujeto que habilitan proyectar sobre él una característica atribuida al colectivo[305]. Es esa concreción la que habría faltado en los supuestos enjuiciados previamente en la valoración de peligrosidad de internos clasificados en régimen FIES.

Estas valoraciones del Tribunal están referidas a casos con estimaciones de la peligrosidad cualitativas, de carácter clínico o puramente subjetivo. Sin embargo, se afronta en ellas el problema jurídico de la individualización del riesgo, nuclear en la aplicación de técnicas actuariales de estimación cuantitativa.

[303] *Ibidem*.

[304] *Ibidem.*

[305] En sentido similar, STC 106/2001, de 23 de abril, FJ 8.

CAPÍTULO 6

DERECHO PUNITIVO DE LA PELIGROSIDAD

Este capítulo trata del arsenal de medidas de derecho positivo que, desde diversos sectores del ordenamiento, incorpora decisiones sobre la peligrosidad del sujeto. Comprobaremos la polisemia de los conceptos jurídicos de riesgo y peligrosidad y cómo adquieren rasgos diferenciales en distintos contextos normativos y supuestos: previsiones penales para sujetos imputables e inimputables; aplicaciones en el derecho penitenciario; disposiciones de derecho procesal penal; y regulaciones de policía administrativa.

Veremos cómo la caracterización genérica del riesgo y la peligrosidad como expresiones punitivas decae en su aplicación contextual, con variantes significativas en la estimación de la probabilidad y la prognosis que han supuesto un impacto dispar de las técnicas punitivas actuariales en nuestro sistema. Están presentes, por el momento, en ciertas decisiones de tratamiento penitenciario y policiales, de auxilio judicial y de seguridad.

Algunas de las medidas preventivas comentadas en el capítulo anterior están influidas por la estimación de riesgos sin que esta sea explícita en el tipo, a veces se imponen en virtud de una presunción absoluta de peligrosidad sin posibilidad de evaluación y, en otros casos, su fundamento en la peligrosidad es discutido. En este epígrafe no volveremos sobre ellas, o lo haremos de manera coyuntural. Nos centraremos en las regulaciones que requieren abiertamente una valoración sobre la peligrosidad del sujeto, en las que esta orienta con toda evidencia la aplicación de la norma.

Escapa a nuestros objetivos ofrecer un análisis dogmático exhaustivo de cada institución. Nuestro tratamiento se limita a exponer la estructura normativa de las medidas y el modo en que impelen al aplicador a evaluar al sujeto. Nos interesa el contenido sustantivo de la valoración, para lo cual resulta trascendente el «relato» judicial o administrativo sobre el sujeto y su potencial peligroso. Pretendemos, en definitiva, palpar las aperturas de la norma jurídica a valoraciones de la peligrosidad, que podrán ser colmadas mediante técnicas diversas (apreciación subjetiva, juicio clínico, cálculo actuarial, o combinaciones de ellas).

Las disposiciones jurídico-punitivas apenas concretan las condiciones del pronóstico. Como advirtiera Jiménez de Asúa, la peligrosidad, siendo «una simple

condición personal, que sólo representa una amenaza, [...] no puede ser definida por la ley»[1]. El pronóstico es acotado después en su praxis, jurisprudencialmente depurada, o mediante instrumentos técnicos adicionales.

Las regulaciones que responden a la peligrosidad del sujeto, en el contexto de un ordenamiento basado en la culpabilidad, revelan la doble orientación del sistema punitivo hacia la retribución y el control[2]. Su vocación preventiva y pragmática tiende, además, a difuminar las divisiones entre ramas del ordenamiento, generando a menudo espacios mixtos. No en vano, la competencia sobre la peligrosidad ha sido tradicionalmente discutida, ubicándola alternativamente como categoría penal o como objeto de intervención administrativa[3]. Conscientes de esas dificultades de encaje, nuestra sistematización se basa en la clasificación formal que la regulación efectúa sobre cada medida. Tal clasificación depende del poder público competente para la aplicación de la norma y/o del contexto procesal en el que la decisión recae. Sin embargo, en el plano sustantivo las prácticas de la peligrosidad revelarán a menudo referencias cruzadas entre ramas del ordenamiento, en especial entre el penal y el administrativo.

Con estos criterios, el capítulo responderá al siguiente orden expositivo, para cada uno de los cuatro epígrafes que lo componen.

El primero tratará las medidas penales: medidas de seguridad para sujetos inimputables, la libertad vigilada como medida de seguridad para imputables, la imposición facultativa de la pena de alejamiento, la suspensión de la ejecución de penas privativas de libertad, el periodo de seguridad en el cumplimiento de penas de prisión y la pena de prisión permanente revisable.

Un segundo bloque se dedicará medias penitenciarias: decisiones de clasificación de los reclusos, la aplicación del régimen para internos de peligrosidad extrema, el otorgamiento de permisos de salida y la libertad condicional.

---

[1] Jiménez de Asúa (1929, p. 27).

[2] Monahan (2011, p. 396).

[3] Véase, por ejemplo, en una perspectiva histórica, la postura de Rodríguez Dranguet (1935, pp. 44-45). Partidario de su tratamiento estrictamente penal, se esfuerza por distinguir el concepto de las actuaciones de policía administrativa, sean preventivas o reactivas.

Un tercer epígrafe se ocupará de las medidas procesales-penales: la prisión provisional y el régimen de las órdenes de protección y alejamiento en casos de violencia doméstica o de género.

Y, por último, estudiaremos las medidas administrativas de policía: las prácticas (no normativizadas) de *profiling* en las diligencias que integran las «paradas policiales», las disposiciones de derecho de extranjería que incorporan diagnósticos de peligrosidad sobre el sujeto, y la valoración de riesgos en el procedimiento para la concesión de permisos de armas.

De todas ellas, tres dependen en su aplicación de sistemas técnicos de tipo actuarial: diversas decisiones en el ámbito penitenciario –en especial la concesión de libertad condicional y los permisos de salida–, la protección de las víctimas de violencia de género aparejeadas, habitulamente, a medidas de tipo cautelar-preventivo en el proceso penal, y la gestión de riesgos prevista en el nuevo procedimiento de autorización para la entrada en el espacio *Schengen*. Estos sistemas serán solo referenciados, reservando su estudio al capítulo siguiente.

6.1 Medidas de derecho penal

El grupo más numeroso de disposiciones que se orientan a la peligrosidad posee naturaleza penal. Culpabilidad y peligrosidad han coexistido siempre en la represión del delito, bajo distintas formas de relación. No obstante, en el último tiempo es patente un incremento de los supuestos en que el CP acoge la peligrosidad del sujeto como *ratio* de los tipos de lo injusto.

El giro preventivo de la política punitiva se aprecia en los medios de ejecución penal, en el tono de las políticas de control, en la orientación de la labor policial o en la orientación teleológica de las penas[4]. Todos ellos son ingredientes de la cultura tardomoderna del control[5], del imperativo de «gobierno de la seguridad»[6] o del modelo gerencial-actuarial de penalidad que, para el contexto español, ha descrito Brandariz García[7]. Pero tiene también reflejo jurídico-positivo en el Código, en la configuración normativa de varios institutos penales atravesados por un pragmatismo preventivo. Robles Planas ha hablado de un cambio de paradigma motivado por la irrupción de la seguridad en el discurso político-criminal[8]. El derecho penal de la culpabilidad, característico del Estado de derecho, se vería profundamente afectado por un derecho penal preventivo y policial más propio de un «Estado de seguridad»[9].

Las reformas del CP en 2010 y 2015 han supuesto quiebros en la consideración formal de la peligrosidad en la norma. Hasta 2010 su espacio de actuación estuvo circunscrito a la aplicación de: medidas de seguridad para inimputables, ciertas decisiones relativas a la ejecución de la pena privativa de libertad –su suspensión (art. 80 CP) y el cómputo de tiempo para la obtención de beneficios penitenciarios (art. 78

[4] Han apelado a este giro preventivo, entre otros, Hughes (1998), Garland (2001), Zedner (2009b), Peeters (2015), Brandariz García (2016), Ashworth y Zedner (2011), Medina Ariza (2017), García García, Fernández Besa y Mendiola (2020).

[5] Garland (2001).

[6] Shearing y Johnson (2005, pp. 30-33), Zedner (2009a, pp. 143 y ss.).

[7] Brandariz García (2016).

[8] Robles Planas (2007, pp. 15 y ss.). *Vid.* también Pérez Cepeda (2006 y 2007), que utiliza el paradigma securitario para identificar un conjunto heterogéneo de fenómenos en el derecho penal.

[9] Desde una perspectiva iusfilosófica ha hablado también de la emergencia de un «Estado de seguridad», Martínez de Pisón (2006).

CP), así como la libertad condicional (art. 90 CP) a decidir en sede penitenciaria–[10], y la imposición de la pena de prohibición de volver al lugar en que se cometió el delito y de aproximarse a la víctima o a otras personas y ciertos lugares (art. 57 CP). La reforma por LO 5/2010, de 22 de junio, acogió la medida de seguridad de libertad vigilada para sujetos imputables autores de algunos delitos, no como sustitución de la pena, sino como restricción adicional a imponer tras el cumplimiento de aquella. Después, la LO 1/2015, de 30 de marzo, incorporó la pena de prisión permanente revisable para infractores imputables autores de delitos de especial gravedad, que asume la prognosis como bisagra en la estructura de la sanción para posibilitar, precisamente, su «revisión».

6.1.1 Medidas de seguridad para inimputables

El modo en que el derecho penal ha acogido formalmente la peligrosidad del sujeto ha sido, sobre todo, la aplicación –como reacción al delito– de medidas de seguridad *junto* a las penas[11].

La difícil coexistencia entre penas y medidas, expresión de la dualidad culpabilidad-peligrosidad, se ha solucionado mediante dos modelos de relación, distintos por la forma en que admiten la acumulación de penas y medidas en caso de que ambas puedan imponerse a un mismo sujeto: dualista y vicarial[12].

---

[10] Hasta 2015, el art. 88 CP contenía otro supuesto de suspensión que requería pronóstico de conducta. En su última redacción, dada por LO 5/2010, admitía la suspensión de las penas de prisión inferiores a un año, por muta o por trabajos en beneficio de la comunidad, y la suspensión de las penas de prisión inferiores a seis meses, también, por localización permanente. La decisión dependía de «las circunstancias personales del reo, la naturaleza del hecho, su conducta y, en particular, el esfuerzo para reparar el daño causado», siempre que no se tratara de reos habituales. Además, se admitía excepcionalmente la suspensión de penas de prisión inferiores a dos años, para su sustitución por multa y/o trabajos en beneficio de la comunidad, «a los reos no habituales, cuando de las circunstancias del hecho y del culpable se infiera que el cumplimiento de aquéllas habría de frustrar sus fines de prevención y reinserción social». El precepto fue suprimido por LO 1/2015, de 30 de marzo.

[11] Este doble tratamiento irrumpió en la dogmática penal en el clima «defensista» de finales del siglo XIX. Se produjo en un ambiente de desconfianza hacia los postulados de la Escuela Clásica sobre la pena y culpabilidad como fundamentos del edificio penal, por la necesidad de «proteger a la sociedad» frente a determinados infractores por razón de su peligrosidad (Leal Medina 2008, p. 121; Robles Planas 2007, p. 14). El positivismo criminológico, de base biologicista, forzó este debate, pero también las perspectivas socio-jurídicas de la defensa social, con su propuesta de un derecho penal abiertamente orientado a la contención de riesgos. La primera regulación de las medidas de seguridad se produjo en el Código penal suizo de 1893, difundiéndose por las legislaciones europeas a principios del XX (Luzón Peña 1989, p. 25).

[12] Por un lado, el sistema «dualista puro» o «rígido», en el que pena y medida de seguridad se acumulan sin más, persiguiendo sus fines de manera aditiva, con prioridad temporal de una u otra (este

El entorno característico de la peligrosidad en el CP ha sido, tradicionalmente, el de la inimputabilidad y sus correspondientes medidas. Ahí la peligrosidad emerge como antítesis de la culpabilidad, capacidad propia de los sujetos imputables. Las medidas se individualizan según la peligrosidad del sujeto y atienden al peligro de reincidencia[13]. No son atenuaciones de la pena, sino instrumentos con fines y fundamento diferenciados. Su proporcionalidad no atiende a la gravedad del hecho, sino a la peligrosidad del sujeto en atención al hecho cometido. Revelan, por lo tanto, una vocación preventiva mucho más explícita que las penas[14].

Conforme al art. 95 CP, el juicio de peligrosidad es competencia, estrictamente, del órgano judicial, si bien decidirá sobre la imposición de las medidas «previos los informes que estime convenientes». El precepto no condiciona los saberes extrajurídicos implicados en la valoración de peligrosidad y, de hecho, pareciera desvincular la peligrosidad de la influencia clínica y sociológica. Esta escueta tipificación es, en realidad, fruto del proceso de «simplificación del concepto para su

---

era, por ejemplo, el sistema acogido por el art. 25 LPRS). Por otro, el «sistema vicarial» que busca la complementariedad entre las dos reacciones. Da prioridad a la medida (intervención ante la peligrosidad) y, tras su cumplimiento, se otorga al órgano judicial discreción sobre la imposición de la pena, exigiendo su cumplimiento, suspendiéndola o imponiendo en cambio una medida de seguridad adicional. Además, en este modelo la duración de la medida ya ejecutada ha de abonarse para el cumplimiento de la pena: la respuesta a la culpabilidad se ve modulada por los resultados apreciados sobre la peligrosidad del sujeto; pena y medida se integran mutuamente, lo que permite salvaguardar el principio *non bis in idem* (STS 603/2009, de 11 de junio [ROJ 3925/2009], FD 5º). Sobre esta distinción *vid.* Barrerio (1996, pp. 363-365), Sierra López (1997), Balbuena Pérez (2011, pp. 52-54), Lozano Gago (2013). En el CP, el régimen de las medidas está presidido por el art. 6.1, que reconoce su fundamento en la «peligrosidad criminal del sujeto al que se impongan, exteriorizada en la comisión de un hecho previsto como delito». En el apartado segundo acoge los límites de esta respuesta a la peligrosidad, deducidos de su propio fundamento, pero también, comparativamente, de la reacción que se previera ante la culpabilidad por los mismos hechos. Junto a ello, el marco general de las medidas viene definido por el art. 95.1 CP, que concreta los requisitos de imposición como medidas, en todo caso, postdelictuales. La configuración general de las medidas incluye enumeración taxativa en el art. 96 CP, que distingue entre «privativas y no privativas de libertad». La novedad más significativa fue la introducción de la libertad vigilada como medida no privativa de libertad (sustituyendo a la de tratamiento en centro externo de tipo médico-sanitario) por LO 5/2010. En este marco regulativo se contempla también el régimen de revisión de las medidas, como sabemos fundamental para su admisibilidad constitucional. Se requiere informe periódico y reconsideración de la vigencia de las medidas en atención a la evolución que el sujeto evidencie en cuanto a su peligrosidad, en virtud de sucesivos pronósticos actualizados de reincidencia o reiteración delictiva (art. 97 CP). El art. 100 CP, por último, prevé distintas consecuencias al quebrantamiento de la medida de seguridad impuesta.

[13] SSTS 589/2010, de 2 de noviembre [ROJ 3685/2010], FD 6º; 124/2012, de 6 de marzo [ROJ 1391/2012], FD 3º; ATS 204/2018, de 21 de diciembre [ROJ 13068/2017], RJ 3º; 378/2019, de 23 de julio [ROJ 2670/2019], FD 2º; ATS 622/2020, de 10 de septiembre [ROJ 7474/2020], FD 1º.C).

[14] STS 603/2009, de 11 de junio [ROJ 3925/2009], FD 3º.

uso por parte de los juristas»[15], que no excluye su componente sustancialmente clínico al menos en su aplicación sobre sujetos inimputables o con imputabilidad disminuida.

En realidad, las medidas para inimputables albergan dos tipos de función. Por un lado, «la protección del propio acusado», su rehabilitación a través del tratamiento médico-terapéutico pertinente. Por otro, la protección de la sociedad, «salvaguardándola de los riesgos que genera una persona que ya tienen acreditada una peligrosidad objetivada en el hecho enjuiciado»[16] –«profilaxis e inimputabilidad se mueven al unísono»[17] –. La armonía entre ambas finalidades no está siempre garantizada, de modo que el fin inocuizador prima en ocasiones sobre los fines rehabilitadores[18]. Aquí radica la paradoja de las medidas de seguridad: el peligro de que, tras procesos socializadores endebles, se operen llanamente prácticas de inmunización tras una abstracta idea de defensa social. En rigor, «salvar a la sociedad», en un sentido concreto, habría de significar «salvar a los individuos que la forman»; de lo contrario la política punitiva arriesga a «quedar prendida en el 'mito' de la prevención»[19].

Esta tensión teleológica delata el doble contenido de las medidas en cuanto instrumento de gobierno sobre el sujeto. Por un lado, poseen un obvio contenido disciplinario dirigido a la normalización del individuo. La norma médico-psicológica, la normalidad cognitiva y conductual, es pauta de aplicación de la medida. Su juridicidad está impregnada, explícitamente, de las prescripciones de saberes clínicos que operan a un nivel corporal. Por otro, están presididas por un objetivo «inocuizador» que trasciende la mirada introspectiva disciplinaria, para procesar al sujeto como fuente de riesgos a contener en su pura facticidad. La abierta orientación preventiva de las medidas arrincona la culpabilidad y la finalidad retributiva.

---

[15] Andrés-Pueyo (2013, p. 490).

[16] SSTS 345/2007, de 24 de abril [ROJ 2748/2007], FD 2º; 428/2010, de 4 de mayo [ROJ 3250/2010], FD 5º.6; 65/2011, de 2 de febrero [ROJ 691/2011], FD 5º; 216/2012, de 1 de febrero [ROJ 1954/2012], FD 2º; 672/2016, de 30 de septiembre [ROJ 3849/2016], FD Único.

[17] Leal Medina (2008, p. 179).

[18] Así lo expresa, por ejmplo, la STS 526/2018, de 5 de noviembre [ROJ 3804/2018]: estima imprescindible contar con «unos medios que permitan un control exhaustivo de los movimientos del acusado, sin dejar abierta ninguna opción a una posible fuga del interno que pudiera generar nuevos daños irreparables para cualquier ciudadano que estuviera en su radio de acción» (FD 2º).

[19] Rodríguez Mourullo (1974, p. 356).

La imputabilidad es un concepto mixto, clínico y jurídico[20]. En su faceta psíquica depende de una valoración psiquiátrica o psicológica, en atención al estado de madurez fisiológica o psíquica, la plena conciencia de los propios actos, la capacidad de voluntariedad en las acciones o, en definitiva, la capacidad de libertad del sujeto. En su sentido jurídico es fruto de una estimación judicial sobre el elemento normativo de la culpabilidad, atendiendo estrictamente a la responsabilidad del individuo como agente[21]. En tal sentido jurídico, la jurisprudencia entiende hoy la inimputabilidad como la «incapacidad de comprensión de la antijuridicidad del hecho y de autodeterminación conforme a esa comprensión», superando la tradicional «incapacidad de querer y entender» como criterio[22].

En un sistema de medidas postdelictuales, la apreciación de inimputabilidad o semiimputabilidad ha de estar precedida de la comisión de un hecho delictivo. Pero, además, requiere de un juicio de peligrosidad criminal sobre el sujeto sin responsabilidad o con responsabilidad disminuida[23]. La peligrosidad criminal, advierte la jurisprudencia, no se presume por el hecho de que el sujeto evidencie algún «supuesto de peligrosidad», sino que aquella «debe ser establecida en el proceso y puede ser objeto de controversia»[24]. Por ello, la doctrina sobre el juicio penal de peligrosidad ha madurado en el espacio de la inimputabilidad. Se ha consolidado una cierta dogmática al respecto, edificada sobre los dos requisitos del art. 95.1 CP y que identifica dos pasos en la valoración, amalgama de criterios clínicos y jurídicos[25]. Se

[20] El Código recoge los supuestos de exención de responsabilidad penal por causa de inimputabilidad en los tres primeros números del art. 20. El art. 21 CP especifica las circunstancias atenuantes de la responsabilidad que, en sus tres primeros supuestos, determinarán la imputabilidad disminuida o semiimputabilidad del sujeto.

[21] Armaza Armaza (2011, p. 88); Leal Medina (2008, p. 183).

[22] SSTS 1357/1999, de 1 de octubre [ROJ 6000/1999], FD 5º y 6º; 179/2000, de 4 de febrero [ROJ 759/2000], FD 1º.A). Las sentencias analizan, en concreto, la eximente por anomalía o alteración psíquica. En tal caso, la apreciación de inimputabilidad depende de la existencia de dicha patología (presupuesto bio-psiquiátrico), que ha de determinar la imposibilidad de comprender la ilicitud del hecho o actuar de forma congruente a ello (presupuesto psicológico).

[23] Este triple requisito es identificado, por ejemplo, en SSTS 345/2007, de 24 de abril [ROJ 2748/2007], FD 2º; 65/2011, de 2 de febrero [ROJ 691/2011], 672/2016, de 30 de septiembre [ROJ 3849/2016], FD Único; 378/2019, de 23 de julio [ROJ 2670/2019], FD 2º; ATS 209/2020, de 23 de enero [ROJ 1524/2020], FD Único.C).

[24] STS 603/2009, de 11 de junio [ROJ 3925/2009], FD 3º.

[25] La jurisprudencia ha reiterado la exigencia de ajustarse a este procedimiento de valoración. Entre otras, *vid.* SSTS 345/2007, de 24 de abril [ROJ 2748/2007], FD 2º; 589/2010, de 2 de noviembre

exige, primero, un diagnóstico basado en el «actuar peligroso» ya manifestado, objetivado en el hecho dañoso ejecutado (primer elemento del art. 95.1 CP). Segundo, un pronóstico sobre el comportamiento futuro que estime la probabilidad de que el sujeto cometa nuevos hechos dañosos (segundo elemento del art. 95.2 CP). Esta prognosis, aclara el TS,

> «[…]no debe estar fundad[a] en el puro decisionismo intuitivo del operador judicial, sino que se debe operar con argumentos científicos contrastados y admitidos por la Comunidad científica que puedan aventurar –nunca con la certeza de las ciencias naturales– la posible actuación futura de la persona»[26].

En el primer estadio se pretende una investigación de la «personalidad peligrosa»; en el segundo, la prognosis, una indagación de aspectos criminógenos proyectados *ad futurum*, como expectativas conductuales[27]. En ello consiste la «consideración global del hecho y del autor» que, ha sostenido el TC, hace «posible afirmar la existencia de un peligro cierto para la comunidad»[28]. Sin embargo, no puede obviarse que esa certeza se produce en sentido jurídico (declaración formal de peligrosidad), pero no clínica o fáctica. La resolución jurídica formaliza una prognosis que, en su elevada complejidad, será inevitablemente incierta[29].

El peso de los informes médicos y psicológicos suele ser determinante en el juicio de peligrosidad, en sus dos momentos de diagnóstico y prognosis. En ocasiones la sentencia se remite directamente a los documentos facultativos[30], o bien integra sus

---

[ROJ 3685/2010], FD 6º; 124/2012, de 6 de marzo [ROJ 1391/2012], FD 3º; STS 482/2020, de 4 de mayo [ROJ 3250/2010], FD 5º.6.

[26] STS 482/2010, de 4 de mayo [ROJ 3250/2010], FD 5º.6.

[27] Leal Medina (2008, p. 253 y 260-261).

[28] STC 83/1994, de 14 de marzo, FJ 5.

[29] El TS no ha ocultado su dificultad. «Desde luego, el juicio de peligrosidad, en tanto que contiene un pronóstico de futuro, resulta más problemático que el juicio de culpabilidad, que se refiere a hechos ya realizados y a la imputación de los mismos a su autor». Lo cual, sin embargo, «no puede conducir a eliminarlo en la aplicación de las medidas» (STS 603/2009, de 11 de junio [ROJ 3925/2009], FD 3º).

[30] Por ejemplo, en STS 65/2011, de 2 de febrero [ROJ 691/2011], donde el juicio se desprende estrictamente de la valoración forense: «vemos que en el informe médico que se elabora [sobre el acusado] al ser detenido, el facultativo expone que no responde a las preguntas que le son formuladas y "solo habla de 'salvar a su madre'", presentando una sintomatología compatible con un trastorno mental, y que "dada su ausencia de conciencia sobre la enfermedad y que puede representar un peligro para terceros, se considera necesario su ingreso en una unidad de psiquiatría para control y tratamiento, si

datos en el propio «relato» judicial[31], fijando incluso una lectura jurisprudencial de la enfermedad mental[32]. La interpretación de los informes puede ser también objeto de disputa, sentando el TS su exégesis en vía de casación[33].

No obstante, el juico de peligrosidad es estrictamente jurídico y judicial. El TS ha aclarado que el órgano decisor no está vinculado por los informes expertos –el art. 95.1 CP dispone la aplicación de las medidas «previos los informes que estime convenientes»–[34]. De hecho, la estimación judicial emerge coyunturalmente en casos en los que los informes recaídos en el proceso no resultan concluyentes[35] o resultan contradictorios[36].

---

procede" (folio 23)» (FD 5º). En sentido similar, SSTS de 2 de junio de 1992 [ROJ 13481/1992; 9957/1992 Y 4412/1992], FD 3º, aplicando el anterior CP 1973.

[31] «[E]l proceso de demencia que se nos describe es progresivo e irreversible y dado el fondo de psicosis delirante de perjuicio centrado además en los cuerpos y fuerzas de seguridad, suponen una evidente peligrosidad, ya que puede deducirse de él un pronóstico de comportamiento futuro con posible comisión de nuevos delitos [...]» (ATS 457/2014, de 20 de marzo [ROJ 2500/2014], RJ 2º.C). «[E]l Tribunal subraya la absoluta falta de motivación conocida en el actuar del penado, lo que no solamente evidencia su peligrosidad, tanto mayor cuanto más arbitraria e inmotivadamente reacciona a sus eventuales delirios, sino que, además, dado el sentido de los diagnósticos forenses en definitiva sumidos, es claro que no cabe confiar en el autocontrol del paciente para someterse a la medicación que tal patología conocidamente exige» (STS 57/2014, de 22 de enero [ROJ 643/2014], FD 10º).

[32] «Según hemos expresado en una ya consolidada jurisprudencia, la enfermedad mental denominada esquizofrenia (del griego 'esquizos', escisión, y 'pbreu', inteligencia) conlleva una escisión o disgregación de la vida psíquica que cursa con graves trastornos en la asociación del pensamiento, de la afectividad, del contacto del 'yo' con la realidad y consigo mismo, y de la percepción sensorial. Ya se detecte o exista en una edad temprana del sujeto, ya con posterioridad, constituye una grave enfermedad psíquica de carácter permanente que, a efectos de responsabilidad penal, tiene siempre notoria influencia en la personalidad del sujeto activo de la acción, permanentemente afectado en sus capacidades intelectivas y volitivas. [...] Según el DSM-IV-TR, para su diagnóstico pueden utilizarse distintos criterios que atienden a diferentes síntomas de la enfermedad [ideas delirantes, alucinaciones, lenguaje desorganizado, comportamiento gravemente desorganizado o catatónico]. También pueden concurrir [aplanamiento afectivo, alogia o abulia]» (STS 216/2012, de 1 de febrero [ROJ 1954/2012] FD 2º, y las anteriores en ella citadas).

[33] Así, STS 730/2008, de 22 de octubre, donde el TS enmienda la falta de peligrosidad apreciada por el órgano judicial de instancia, en base a una lectura distinta de los informes médicos (FD 2º).

[34] STS 34/2020, de 6 de febrero [ROJ 289/2020], FD 1º; ATS 622/2020, de 10 de septiembre [ROJ 7474/2020], FD 2º.

[35] Por ejemplo, en AATS 400/2006 y 423/2006, de 9 de febrero [ROJ 414/2006 y 539/2006], el TS entiende justificado que el Tribunal de instancia decidiera apartándose de los informes facultativos al no ser estos determinantes (FD 4º.C).

[36] A modo ilustrativo, ATS 430/2016, de 25de febrero [ROJ 2171/2016]: «[...] aunque el perito médico forense calificaba el padecimiento [...] como un trastorno de personalidad de tipo esquizotípico y el perito de la defensa como trastorno psicótico, todo ello desembocaba en la conclusión de que tanto, en un caso como en otro, podían darse episodios de anulación total de las facultades del acusado, con carácter transitorio [...]. [L]a medida de internamiento en un centro psiquiátrico quedaba a su vez suficientemente justificada en la peligrosidad denotada por el recurrente y que emana por su propio contenido de los hechos declarados probados»» (RJ 1º).

La peligrosidad desplaza la atención de las resoluciones judiciales desde el hecho hacia el sujeto, sus características personales y biográficas, condición social e, incluso, racial[37]. El carácter clínico del juicio de peligrosidad en sujetos inimputables tiñe las sentencias de detalles fácticos sobre el individuo, en términos que resultarían inasumibles en un juicio estricto de culpabilidad por el hecho.

No obstante, la peligrosidad apreciada no basta para la aplicación automática de una medida de seguridad. Amén de la prognosis debe justificarse la necesidad de la medida a tenor de su configuración normativa y, nuevamente, de los informes recaídos[38].

Su fundamento de peligrosidad hace que la imposición de las medidas presente algunas peculiaridades respecto al régimen de las penas. Por un lado, el TS ha sostenido que su aplicación no está sujeta al principio acusatorio, si bien esta postura no es unívoca en la jurisprudencia:

> «[…] concurriendo la situación de peligrosidad […] la adopción de la medida se revela como necesaria y consecuencia de aquélla, sin estar sujeta su adopción a petición del Ministerio Fiscal, pues el principio acusatorio no puede regir en relación con las medidas de seguridad, consecuencia de la peligrosidad del sujeto, como si se tratase de la imposición de una pena, sistema dual que opera en planos distintos»[39].

---

[37] Valga como caso a STS 15/2000, de 19 de enero [ROJ 202/2000], que incluye un relato biográfico, con alusiones étnicas, para apoyar la estimación de peligrosidad criminal al hallarse el individuo en «un círculo cerrado difícil de romper». «En el mencionado informe queda expuesto con la debida claridad que nos encontramos ante un joven de 17 años, perteneciente a una familia mezcla de raza gitana y quinquillera, abandonado por su madre a los once meses de nacer y sin contacto alguno con el padre que estaba en prisión. Encontró a su madre con trece años y cada vez que se escapaba de sus familias de acogida o de los centros en que era atendido robaba un coche y se trasladaba a Madrid para estar con ella. La madre vivía en poblados marginales, al parecer relacionada con el mundo de la droga, y ha estado también en prisión. Asistió a diversos colegios en los diferentes lugares donde residió, tiene un bajo nivel académico pues, aunque sabe leer, carece de una [a]decuada capacidad para comprender lo leído, sin que haya desempeñado actividad laboral alguna. Disfruta de una buena inteligencia, pero en su pensamiento a veces confunde realidad y fantasía con fallos en su capacidad de síntesis. [...]» (FD 3º).

[38] SSTS 345/2007, de 24 de abril [ROJ 2748/2007], FD 2º; 124/2012, de 6 de marzo [ROJ 1391/2012], FD 3º; 57/2014, de 22 de enero [ROJ 643/2014], FD 10º.

[39] STS 730/2008, de 22 de octubre [ROJ 6104/2008], FD 2º. En el mismo sentido, SSTS 603/2009, de 11 de junio [ROJ 3925/2009], FD 2º; 57/2014, de 22 de enero [ROJ 643/2014], FD 9º, ATS 635/2017, de 23 de marzo [ROJ 4080/2017], RJ Único. Con anterioridad, sin embargo, el Tribunal parecía no descartar tal aplicación (STS 971/2004, de 23 de julio [ROJ 5510/2004], FD 1º.B), e incluso ha afirmado su vigencia en algunos casos (SSTS 1666/2000 [ROJ 7778/2000], FD 3º; 1177/2006 [ROJ 8403/2006], FD Único; 578/2014, de 10 de julio [ROJ 3136/2014], FD 6º).

Según este criterio, la medida guarda una relación de «necesidad» con la peligrosidad del sujeto más rígida que aquella que vincula la pena con la culpabilidad. El margen de arbitrio judicial se reduce. De hecho, la jurisprudencia aclara que la imposición y elección de la medida no es una decisión discrecional: de nuevo, «concurriendo la situación de peligrosidad [...] la adopción de la medida se revela como necesaria» [40] . Las medidas de seguridad *se aplicarán* cuando concurran las circunstancias previstas (art. 95.1 CP). La norma expresa una decisión reglada que, dado su carácter informado por juicio experto, se asemeja a la discrecionalidad técnica administrativa. Tras la prognosis, la imposición o no de la medida requiere un juicio de necesidad e idoneidad con la debida motivación[41].

Por razones obvias, la jurisprudencia ha atendido en especial a las condiciones para la imposición de medidas de internamiento[42]. En los tres casos contemplados, la norma requiere necesidad de la medida en atención a la peligrosidad criminal atribuida al sujeto. De nuevo, se trata de una decisión exclusivamente judicial, «no médica ni terapéutica», aunque deba ser informada[43]. En caso de trastorno psíquico, la valoración de aquella necesidad ha de producirse en el marco exigido por el TC[44]. Requiere prueba fehaciente de la enajenación mental (mediante dictamen pericial médico objetivo), amplitud suficiente de la patología que legitime el internamiento y verificación sucesiva de la persistencia de las condiciones anteriores[45]. Implica, así mismo, ponderación entre

[40] STS 730/2008, de 22 de octubre [ROJ 6104/2008], FD 2º.

[41] STS de 9 de febrero de 1996 [ROJ 774/1996], FD Único. Como ejemplo de apreciación por el TS de una motivación insuficiente de medida de internamiento, *vid.* STS 123/2016, de 22 de febrero [ROJ 631/2016], FD 5º.

[42] Los arts. 101 a 103 CP incluey tres clases de medida en régimen cerrado, correlativas al triple supuesto de inimputabilidad del art. 20 CP: internamiento para tratamiento médico o educación especial en caso de anomalía o alteración psíquica (art. 101 en relación al art. 20.1º CP); internamiento en centro de deshabituación para los supuestos de intoxicación o síndrome de abstinencia (art. 102 en conexión con el art. 20.2º CP); e internamiento en centro educativo especial cuando el sujeto sufra alteración en la conciencia de la realidad por alteraciones en la percepción (art. 103 evocando la eximente del art. 20.3º CP).

[43] STS 34/2020, de 6 de febrero [ROJ 289/2020], FD 1º.

[44] Entre otras, SSTC 112/1988, de 8 de junio, FJ 3; y 129/1999, de 1 de julio, FJ 3. Esta jurisprudencia está, a su vez, condicionada por las resoluciones del TEDH sobre la admisibilidad de privación de libertad a personas con enfermedad mental, desde el punto de vista del art. 5.1 CEDH (SSTEDH de 24 de octubre de 1979, caso 6301/73 Winterwerp v. Países Bajos; de 5 de noviembre de 1981, caso 7215/75 X v. Reino Unido; de 23 de febrero de 1984, caso 9019/80 Luberti v. Italia).

[45] SSTS 728/2016, de 30 de septiembre [ROJ 4191/2016], FD1º; 378/2019, de 23 de julio [ROJ 2670/2019], FD 2º; 34/2020, de 6 de febrero [ROJ 289/2020], FD1º; ATS 204/2018, de 21 de diciembre [ROJ 1574/2018], RJ 3º.

los intereses afectados: intervención terapéutica y defensa social, considerando las alternativas de tratamiento sin privación de libertad[46]. No obstante, la jurisprudencia sobre la aplicación de medidas de internamiento revela una inclinación «defensista» en atención a la entidad del delito cometido, traducido inmediatamente en necesidad de inocuización[47]. Esta orientación se aprecia en diversas resoluciones en las que el TS discute en vía de casación las medidas elegidas por los Tribunales de instancia, bien enmendándolas[48], bien «reprendiendo» por el criterio de aplicación[49].

---

[46] Los criterios empleados en esa ponderación son variopintos, y fluctúan entre el hecho y el sujeto. Valgan los siguientes casos a modo de ilustración. ATS 754/2006, de 31 de marzo [ROJ 3525/2006]: la medida de internamiento impuesta está justificada «habida cuenta de la peligrosidad del recurrente, la cual se colige [...] del sorpresivo e inopinado 'modus operandi' del acusado, el instrumento utilizado para realizar la agresión, la indefensión de la víctima, la grave patología mental del acusado y la posibilidad de reincidencia derivada de la nula conciencia de su enfermedad que le hace reticente a medicarse, con el consiguiente peligro de descompensación, por lo que precisa tratamiento farmacológico de por vida» (RJ Único.C); ATS 879/2007, de 17 de mayo [ROJ 6255/2007]: «El forense afirma que el hecho de que sufriera un brote esquizofrénico en el momento de la agresión hacia su madre no supone que no lo vuelva a tener en un futuro, con lo que existe una situación de riesgo evidente, incrementada por el hecho de que la única persona que está al cuidado del recurrente es su propia madre» (RJ Único.C); ATS 204/2018, de 21 de diciembre [ROJ 13068/2017]: «[Los forenses] detallaron en el acto del juicio que el acusado puede sufrir alucinaciones auditivas en forma de órdenes, considerando que la peligrosidad del acusado es alta si el tratamiento no está controlado, no considerando seguro el tratamiento ambulatorio» (RJ 3º); ATS 150/2020, de 19 de diciembre [ROJ 14238/2019]: «[...] la prueba pericial médico forense [...] puso de manifiesto la subsistencia de problemas activos, como la dependencia a cocaína y a alcohol, trastorno de la personalidad narcisista, agresividad y brotes epilépticos. De ahí que uno de los médicos forenses precisara la necesidad de que el acusado estuviera sometido a tratamiento en régimen de internamiento» (FD Único.C); ATS 209/2020, de 23 de enero [ROJ 1524/2020]: «[...] resulta justificado que el Tribunal Superior haya refrendado la medida de internamiento por la que optó la Audiencia, ante la evidente peligrosidad que entraña la recurrente y la extrema gravedad del hecho cometido, máxime si se tiene en cuenta que sus problemas con el alcohol datan de mucho tiempo antes, están estrechamente relacionados con su agresividad y falta de control de impulsos y el internamiento facilitará un mejor cumplimiento objetivo a que alude el informe médico forense» (FD Único.C).

[47] «*[A]l recurrente se le ha apreciado una peligrosidad evidente y grave objetivada en el hecho enjuiciado y derivado de su grave diagnóstico* en el que se acredita una psicosis aliada a una toxicomanía y a un trastorno de la personalidad a lo que hay que adicionar la realidad acreditada de la dificultad, casi imposibilidad, de aceptar un tratamiento médico farmac[é]utico permanente, *exigiéndose un control permanente sobre su persona* como presupuesto para que esté debidamente controlado» (STS 482/2010, de 4 de mayo [ROJ 3250/2010], FD 5º, énfasis en el original); en sentido similar, ATS 622/2020, de 10 de septiembre [ROJ 7474/2020], FD 1º.D) y STS 526/2018, de 5 de noviembre [ROJ 3804/2018], FJ 2º.2.

[48] El TS tiene potestad para corregir la medida seleccionada por el Tribunal de instancia e imponer otra alternativa, como el internamiento, si ello ha sido objeto del recurso de casación. Así, por ejemplo, en STS 728/2016, de 30 de septiembre [ROJ 4191/2016] (FD Único).

[49] En ocasiones, pese a no poder corregir la medida al no haber sido impugnado ese extremo de la sentencia, el TS no ha ocultado su «sorpresa» ante la medida adoptada por el Tribunal de instancia: «Por lo demás la adecuación de la medida impuesta no puede ser puesta en duda si se tiene en cuenta que la Audiencia ha decidido un tratamiento psiquiátrico ambulatorio. Esta Sala no puede dejar de expresar su asombro ante esta decisión –que ante la falta de un recurso expreso no puede ser modificada– pero es indudable que las exigencias preventivas especiales del autor del hecho obligan a extremar las medidas al respecto» (SSTS de 2 de junio de 1992 [ROJ 13481/1992, 9957/1992 y 4412/1992], FD 3º; de 29 de septiembre de 1994 [ROJ 6039/1994, 16920/1994 y 13621/1994], FD 2º).

Por otro lado, la fijación de la duración de las medidas responde a pautas distintas a las penas. Obviamente, aquella duración no ha de atender a la culpabilidad, sino a la peligrosidad apreciada[50]. Pero su límite se toma de la previsión del Código para la pena correspondiente para el delito sentenciado: «Las medidas de seguridad no pueden resultar ni más gravosas ni de mayor duración que la pena abstractamente aplicable al hecho cometido, ni exceder del límite de lo necesario para prevenir la peligrosidad del autor» (art. 6.2 CP). Como se aprecia, esa consideración de la duración de la pena es abstracta según su tipificación en el Código, no concreta como hubiese sido individualizada en atención a las circunstancias del caso[51].

Por último, es peculiar de las medidas la posibilidad de que su imposición concreta no se contenga en la propia sentencia, sino que se difiera a su fase de ejecución. Ello, si en el momento de dictarla el órgano sentenciador no cuenta aún con la información necesaria para hacerlo. El TS entiende esta posibilidad implícito en el régimen de las medidas, con tal de que la sentencia limite su duración máxima[52].

Como advertimos, la aplicación de las medidas de seguridad para inimputables se ajusta al sistema vicarial. Según el art. 99 CP, si hay concurrencia de penas y medidas de seguridad privativas de libertad, el órgano judicial dispondrá en primer lugar el cumplimiento de a medida, «que se abonará al de la pena». Además, una vez alzada la medida, habrá de valorarse si la ejecución de la pena pudiera poner en peligro los efectos terapéuticos de aquella, en cuyo caso podrá acordar la suspensión de su complimiento o la aplicación de alguna medida no privativa de libertad[53].

---

[50] SSTS 1176/2003, de 12 de septiembre [ROJ 5467/2003], FD 2º; 216/2012, de 1 de febrero [ROJ 1954/2012], FD 3º.

[51] Así lo confirma el Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda de fecha 31 de marzo de 2009, aplicado después por SSTS 603/2009, de 11 de junio [ROJ 3925/2009], FD 3º; 216/2012, de 1 de febrero [ROJ 1954/2012], FD 2º; y 25 de octubre de 2017 [ROJ 3867/2017], FD Único.2, entre otras.

[52] «[…] si el Tribunal no dispone de elementos de juicio suficientes para determinar qué medida de seguridad es procedente puede deferir la cuestión a la fase de ejecución, mediante el correspondiente trámite contradictorio, con intervención de las partes y recabando los informes que se estimen procedentes» (SSTS 378/2019, de 23 de julio [ROJ 2670/2019], FD 2º. El mismo criterio se había aplicado en SSTS 579/2005, de 5 de mayo [ROJ 2865/2005], FD 2º; 1544/1999, de 27 de octubre [ROJ 6719/1999], FD 3º, y 15/2000, de 19 de enero [ROJ 202/2000], FD 5º.D).

[53] Las medidas no privativas de libertad están reguladas en los arts. 105 a 108 CP. El primero de ellos contempla sus condiciones de aplicación. Podrán imponerse aisladamente o acompañando a una medida privativa, siempre valorando los informes facultativos y profesionales pertinentes, y con especial atención al papel de los servicios sociales para la atención al sujeto a ellas sometido. Los restantes artículos se dedican, respectivamente, a la libertad vigilada (como abordaremos enseguida), las medidas

En casos de imputabilidad disminuida por apreciación de eximente incompleta, la relación entre medidas y penas, y la compatibilización de los fines de unas y otras, se torna más compleja y «entrelazada»[54]. Ahí la consideración del sujeto es ambivalente. Los criterios para su tratamiento dependen de las circunstancias y de cómo se ponderen los ingredientes de culpabilidad y peligrosidad, ahora simultáneos[55].

6.1.2 La libertad vigilada como medida de seguridad

Un paso decisivo en el giro preventivo de las prácticas securitarias, en la última década, ha sido la extensión de las medidas de seguridad a ciertos sujetos plenamente imputables. Esta opción legislativa se concretó en la reforma del CP del año 2010 a través de la medida de libertad vigilada, introducida en los arts. 96.3.3ª y 106 CP para diversos tipos penales de la parte especial[56]. Su *ratio legis* fue lograr fines de aseguramiento frente a «delincuentes no rehabilitados» sin recurrir al efecto inocuizador de las penas privativas de libertad mediante su prolongación desproporcionada –solución incompatible, en el extremo, con la CE–. La alternativa fue articular una nueva medida de aseguramiento. «Agotada, pues, la dimensión retributiva de la pena, la peligrosidad subsistente del sujeto halla su repuesta idónea en una medida

---

de inhabilitación para el ejercicio de derecho o actividades y la medida de expulsión de extranjeros no residentes legalmente en España.

[54] En los casos de imputabilidad disminuida, el TS ha apreciado que la pena funciona como referencia en un doble sentido dispar. Por un lado, como en cualquier medida por imperativo del art. 6.2 CP, es «pena-límite» en sentido abstracto en cuanto a su duración máxima. Pero, por otro, es también «pena-presupuesto» en sentido concreto: el internamiento de un semiimputable solo es admisible si, para los hechos cometidos, el CP prevé pena privativa de libertad (art. 104.1). La concurrencia de peligrosidad y culpabilidad introduce matices dialécticos en el razonamiento sobre la duración máxima. Mientras la culpabilidad disminuida aconseja una pena rebajada, la peligrosidad «probablemente se haya incrementado, lo que justificaría una duración superior». De ahí deduce el Tribunal que el tope para la medida no es la duración de la pena concreta a imponer dada la apreciación de la eximente incompleta, sino la pena máxima a imponer atendiendo al tipo aplicado, grado de ejecución y participación, y las atenuantes o agravantes que concurran no conexas con la eximente apreciada (STS 603/2009, de 11 de junio [ROJ 3925/2009], FD 4º).

[55] Por ejemplo, no es infrecuente la decisión de que el semiimputable reciba el tratamiento médico-terapéutico prescrito en el marco penitenciario ordinario, y no mediante internamiento en centro especializado (SSTS 1067/1999, de 26 de junio [ROJ 4619/1999], FD 6º; 515/2009, de 6 de mayo [ROJ 3962/2009], FD 5º; 57/2014, de 22 de enero [ROJ 643/2014], FD 10º).

[56] Mediante Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

de seguridad» no privativa de libertad, que hablita un amplio conjunto de restricciones postpenitenciarias[57].

La medida de libertad vigilada para imputables rompe el paradigma vicarial e introduce un caso de dualismo estricto en el ordenamiento penal. Esta apuesta fue reforzada en la nueva modificación del CP en 2015, con la aplicación de la medida como reacción a nuevos delitos[58].

Más aún, el Anteproyecto de LO de esta reforma propuso introducir una segunda medida para sujetos imputables bajo la denominación de «custodia de seguridad». Pretendió ser una medida privativa de libertad, de internamiento en centro penitenciario y a cumplir una vez finalizada la pena de prisión, que habría de imponerse «en supuestos excepcionales de reiteración de la comisión de delitos de especial gravedad y constatación de la especial peligrosidad del sujeto»[59]. Finalmente, la custodia de seguridad fue eliminada del texto antes de su tramitación como Proyecto de LO[60]. Conviene recordar no obstante que, al menos nominalmente, esta «medida» estaba ya prevista como respuesta a la responsabilidad penal de los menores (art. 7.1.h) LORPM)[61].

---

[57] Exposición de Motivos, IV, LO 5/2010. El objetivo de la medida es «conciliar las referidas exigencias constitucionales con otros valores no menos dignos de tutela, como son la seguridad y la libertad del resto de los ciudadanos, potenciales víctimas del delincuente no rehabilitado que el sistema penitenciario vuelve a la sociedad».

[58] Por LO 1/2015, de 30 de marzo.

[59] Exposición de Motivos del Anteproyecto de Ley Orgánica de reforma del CP, de 16 de julio de 2012, VI. Disponible en: http://www.juecesdemocracia.es/ActualidadMJU/2012/Anteproyecto%20de%20reforma%20de%20CP%202012.pdf

La medida se argumentó con criterios de «economía punitiva». Cuando «la pena ajustada a la culpabilidad por el hecho no es suficiente para compensar la peligrosidad del autor, no resulta razonable hacer recaer todos los costes de esa peligrosidad sobre la sociedad; al contrario, parte de esos costes deben ser trasladados al propio penado». De nuevo, el regulador percibía que el derecho penal de la culpabilidad ha topado con sus límites expansivos, buscando avanzar por la vía «defensista» de la peligrosidad del sujeto. El Anteproyecto se esforzó por justificar la legitimidad de la medida, su presencia en el derecho comparado de nuestro entorno, y su compatibilidad con los pronunciamientos del TEDH sobre medidas de seguridad privativas de libertad para imputables. Sin embargo, mereció una rotunda valoración negativa por el CGPJ (*cfr.* Informe del CGPJ, de 16 de enero de 2013, al Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica el CP).

[60] BOCG. Congreso de los Diputados, Núm. A-66-1, de 4 de octubre de 2013 (X Legislatura). De hecho, el Consejo de Estado no llegó a pronunciarse sobre la medida. Su Dictamen 358/2013, de 27 de junio, recayó sobre una versión del Anteproyecto en el que ya había sido suprimida la custodia de seguridad (*cfr.* BOE, Documento CE-D-2013-358: https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=CE-D-2013-358).

[61] Sin embargo, la peculiaridad de las medidas sancionadoras-educativas aplicadas sobre los menores penalmente responsables limita la posibilidad de su asimilación con la libertad vigilada del CP,

Salvo esa coincidencia parcial, la medida de libertad vigilada supuso una novedad significativa en el sistema punitivo. No en vano, su encaje es controvertido en atención a su contenido –sus prohibiciones se solapan parcialmente con la pena de alejamiento del art. 57 CP– y condiciones de imposición –facultativa y preceptiva, según los casos– [62]. Puede entenderse, no obstante, como una medida *complementaria*, en tanto que accesoria; y *acumulativa*, al ejecutarse tras la pena[63].

La medida se prevé únicamente para algunos tipos delictivos de la parte especial, lo que le ha merecido su inclusión en el «derecho penal del enemigo»: al considerar la peligrosidad, estaría pensada para ciertas *clases* de sujetos cuyo carácter riesgoso vendría revelada por la comisión de determinados ilícitos de gravedad[64].

Como apuntábamos, en ese conjunto de previsiones han de diferenciarse dos grupos, según la imposición de la medida sea preceptiva o facultativa para el juzgador.

Por un lado, su imposición es obligada (art. 106.2 CP) para los condenados a pena de prisión por uno o más delitos contra la libertad e indemnidad sexuales (art. 192.1 CP)[65] y para los penados por uno o más delitos de terrorismo[66]. En estos casos el juicio

---

por mucho que el contenido de las restricciones pueda coincidir coyunturalmente (Cámara Arroyo 2012, pp. 81-85; ese carácter formal puede apreciarse en el ap. III.18 de la Exposición de Motivos y art. 7.1.h) LORPM). Las medidas para menores infractores son auténticas sanciones, si bien en ellas es protagonista la función educativa de reinserción (STC 36/1991, de 14 de febrero, FJ 8, que descarta su carácter retributivo). Lo cual no excluye indudables ingredientes de prevención general que tensionan aquella otra función (STC 160/2012, de 20 de septiembre, FJ 5). Son medidas que, en todo caso, no se inspiran formalmente en la peligrosidad del menor infractor, aunque esta aseveración deba matizarse en el caso de la medida de internamiento. La propia Exposición de Motivos LORPM afirma que «Las medidas de internamiento responden a una mayor peligrosidad, manifestada en la naturaleza particularmente grave de los hechos cometidos, caracterizados en los casos más destacados por la violencia, la intimidación o el peligro para las personas». La expresión es ambivalente, sin especificar si tal peligrosidad se refiere tan solo a las conductas que motivan la medida, o si estas revelan cierta peligrosidad del autor mismo. La LORPM no contempla expresamente juicios de peligrosidad sobre los menores. No obstante, el «gobierno» de los menores infractores es un espacio de clara incorporación de las lógicas de gestión de riesgos durante las últimas décadas, como racionalidad de detección de peligrosidad delictiva y necesidades de intervención, a la hora de planificar la actuación preventivo-educativa. Se aprecia, de hecho, una tendencia de cambio desde el riesgo clínico hacia instrumentos de tipo actuarial (López Martín y Dolera Carrillo 2008), bajo criterios operativos de eficiencia gerencial (Vila Viñas 2012, pp. 695 y ss.).

[62] Sobre el régimen de la libertad vigilada, sus problemas dogmáticos y presupuestos político-criminales, véanse Salat Paisal (2012 y 2015a), García Rivas (2011), Boldova Pasamar (2009), Feijoo Sánchez (2011), Cid Moliné (2012), Balbuena Pérez (2012), Luaces Gutiérrez (2012), Díaz Sastre (2011), Benítez Ortúzar (2011), Carpio Delgado (2012), Jiménez Martínez (2012), Martín Nájera (2018).

[63] Vázquez González (2012, p. 190).

[64] Benítez Ortúzar (2011) y Boldova Pasamar (2009, pp. 307-308). Este último considera que la medida debería haberse generalizado para todos los delincuentes habituales y reincidentes.

[65] La libertad vigilada se impondrá con duración de 5 a 10 años si alguno de los delitos fuera grave, y de 1 a 5 años en caso contrario.

de peligrosidad se sustituye por una presunción legal imperativa. El aplicador se ve eximido de realizar una prognosis inicial, ya que el delito cometido incorpora *iuris et de iure* una presunción de peligrosidad[67]. La valoración del órgano judicial posee solo virtualidad si, en el momento de dictar sentencia, acuerda la inaplicación de la medida si se trata «de un solo delito cometido por delincuente primario» y «en atención a la menor peligrosidad del autor».

Por otro lado, la libertad vigilada es de aplicación potestativa para los condenados por uno o más delitos de homicidio (art. 140bis CP), de lesiones –si la víctima está comprendida en los supuestos del art. 173 CP– (art. 156ter), o de violencia física o psíquica contra pareja o expareja, aun sin convivencia, sus ascendientes, descendientes o hermanos, o ejercida en el ámbito doméstico (art. 173.2 CP). Aunque coyunturalmente, la jurisprudencia ha sostenido que la decisión sobre su aplicación potestativa es de carácter discrecional[68]. Este criterio se aparta del sostenido sobre la imposición de medidas de seguridad a inimputables, señalado *supra*. Siendo así, la relación entre peligrosidad del inimputable y medidas se leería como un vínculo necesario –la cuestión será decidir el tipo de aseguramiento adecuado–, mientras el nexo entre peligrosidad del imputable y libertad vigilada admitiría mayor margen de discreción judicial.

En todo caso, este segundo grupo de supuestos requerirá prognosis en el momento de dictar sentencia. Dejando a un lado la especificidad de los delitos de terrorismo, el legislador interpreta la comisión de un delito contra la libertad sexual como un indicio más sólido de peligrosidad que otro contra la vida o la integridad física o psíquica, sin que quepa extraer de la norma fundamento para tal diferencia.

En realidad, aun en el caso de su aplicación preceptiva en sentencia, la medida exige juicios de pronóstico sucesivos. Primero, porque la libertad vigilada está sujeta al régimen de revisión periódica previsto con carácter general en el art. 98.1 CP, y

---

[66] Supuesto no previsto inicialmente, añadido por LO 2/2015, de 30 de marzo. La duración de la medida atiende en este caso a la entidad de la pena impuesta: de 5 a 10 años si la pena fuera grave, y de 1 a 5 si fuera menos grave.

[67] El TS ha sido tajante en la interpretación del tenor imperativo del art. 192.1 CP: «siempre quiere decir siempre, no solo cuando lo estime conveniente el Tribunal sentenciador». Por ello, en ese momento son impertinentes informes de facultativos y profesionales, pues no hay decisión alguna que informar (STS 609/2015, de 14 de octubre [ROJ 4292/2015], FD 5º).

[68] STS 151/2019, de 21 de marzo [ROJ 1356/2019], FD 4º; STSJ Madrid 323/2018, de 22 de enero [ROJ M 2913/2019], FD 1º.

concretado en el art. 106.2 CP[69]. Segundo porque, si bien la medida ha de ser impuesta en la sentencia, su contenido efectivo se posterga a un momento próximo al comienzo de su ejecución, con el fin de adaptarlo a la situación actualizada del sujeto. Al menos dos meses antes de la extinción de la pena privativa de libertad, el Juez de Vigilancia Penitenciaria ha de elevar propuesta al órgano judicial sentenciador de selección de aquellas obligaciones y prohibiciones que integrarán la medida de aseguramiento[70]. Con esa información, el juez o Tribunal las concretará considerando la evaluación del sujeto. En ese momento puede decidirse incluso dejar sin efecto la medida a la vista del pronóstico (art. 106.3.c) CP).

La libertad vigilada introduce así una medida de seguridad para sujetos imputables que había desaparecido con la derogación de la LPRS. Y se retoma con ello una comprensión virada de la peligrosidad. El pronóstico no está vinculado ya a estados patológicos, sino a individuos con plena capacidad de culpabilidad y que de hecho han cumplido una pena previa. Este carácter dota al juicio de peligrosidad de una textura distinta a las medidas para inimputables. Aquí no existe base médico-psicológica para el pronóstico. Al menos en la prognosis inicial en la sentencia en los supuestos de imposición potestativa, los criterios de valoración se centran en datos asequibles para el órgano judicial, familiares para el operador jurídico-penal: naturaleza del hecho, modalidad comisiva, contexto social y familiar, y antecedentes infractores del sujeto[71].

---

[69] El Juez de Vigilancia Penitenciaria deberá elevar, al menos anualmente, propuesta de mantenimiento, cese o suspensión de la medida de libertad vigilada, atendiendo a los informes emitidos por los facultativos y profesionales que asistan al sujeto sometido a ella, o por las Administraciones Públicas competentes. A la vista de la propuesta, el órgano judicial sentenciador podrá: modificar las obligaciones y prohibiciones contenido de la medida, reducir su duración, o ponerle fin «a la vista del pronóstico positivo de reinserción que considere innecesaria o contraproducente» su continuidad.

[70] El art. 106.1 CP contempla un catálogo de cinco obligaciones y seis prohibiciones, posibles contenidos de la medida de libertad vigilada. Obligación de: estar siempre localizable mediante aparatos electrónicos; presentarse periódicamente en lugar establecido; comunicar cambios de residencia o de lugar o puesto de trabajo; de participar en programas formativos, laborales, culturales, de educación sexual o similares; y de seguir tratamiento médico externo, o someterse a control médico periódico. Prohibición de: ausentarse del lugar de residencia o de determinado territorio sin autorización judicial; aproximarse a la víctima, familiares u otras personas determinadas; comunicarse con dichas personas; acudir a determinados territorios, lugares o establecimientos; residir en determinados lugares; desempeñar ciertas actividades potencialmente facilitadoras de la comisión de hechos delictivos similares a los sancionados.

[71] Ejemplo de la consideración conjunta de naturaleza del hecho, historial delictivo y dinámica comisiva es la STSJ Cataluña 163/2020, de 30 de junio [ROJ CAT 11580/2020]: «[...] los hechos enjuiciados implican una progresión en esta violencia, que culmina [...] con la muerte que causa el acusado a [la víctima], y que apuntan a una peligrosidad de [aquel], del que se perfila un pronóstico específico en dicho sentido, tanto por su historial como por la propia naturaleza del hecho cometido. No puede obviarse, por otro lado, que el escenario en el que se han producido los hechos, y su dinámica

Cobra entonces protagonismo la inmediación judicial: apreciación directa de las declaraciones de acusado y víctima por el órgano judicial[72].

Sin prescindir de las valoraciones sobre la personalidad, en la valoración de peligrosidad de individuos imputables se aprecia un desplazamiento de la atención desde los factores psicológicos, hacia el hecho y la biografía jurídica del sujeto.

El TS ha sostenido que la imposición potestativa de la libertad vigilada

> «[...] exige un ponderado pronóstico de peligrosidad en relación con la naturaleza del delito[,] lo que exigirá un análisis de las circunstancias que rodean al hecho delictivo, motivación, detonante, actitudes, y, también, de las circunstancias personales, familiares y sociales que rodean al autor y a la víctima, su personalidad, antecedentes previos, incumplimientos, en su caso, de órdenes de alejamiento, conflictividad familiar, y demás circunstancias concurrentes que ayuden a valorar esa peligrosidad y el peligro para la víctima o futuras víctimas [...]»[73].

La medida «requiere un pronóstico de peligrosidad razonable basado en criterios», que ha de motivarse

> «[...] analizando los indicadores de la peligrosidad que deben abarcar tanto la naturaleza del delito como su gravedad y circunstancias, así como las circunstancias del autor[,] lo que hace preciso unos apoyos en ciencias humanas para afinar en los criterios que permitan valorar de forma rigurosa y adecuada la conducta y la peligrosidad de estas personas»[74].

---

comisiva[,] abundan en esa peligrosidad y distan bastante de permitir calificarlos como de un acto impulsivo» (FD 5º).

[72] STSJ Madrid 323/2018, de 22 de enero [ROJ M 2913/2019]. En ella, el Tribunal anula la libertad vigilada impuesta en la sentencia de instancia recurrida, por guardar «silencio absoluto sobre la necesidad de esta peculiar medida de seguridad». No entra a juzgar sobre la idoneidad de la medida en el caso enjuiciado, pues la «falta de inmediación de esta Sala para apreciar la necesidad y proporcionalidad» impide «brindar una solución definitiva» (FD 1º).

[73] STS 370/2020 de 3 de julio [ROJ 2418/2020], FD 2º.

[74] *Ibidem*. En el caso, el TS entendió la medida insuficientemente motivada por la sentencia del TSJ impugnada. El Tribunal de primera instancia descartó su imposición considerando que «no se encuentran razones que doten de una mínima racionalidad al juicio de peligrosidad [...]», pues el delito respondió «a un concreto impulso delictivo que se proyectó sobre una específica víctima sin que quepa considerar que en futuro, una vez cumplido el esperado efecto rehabilitador de la prisión, pueda reproducirse el comportamiento delictivo». En cambio, el TSJ que conoció en apelación, advirtió que «no puede obviarse que en el escenario en el que se han producido los hechos (ex pareja y nueva apareja de la acusada) bien puede producirse en el futuro los desarreglos amorosos a los que finalmente llegaron, la acusada y la víctima». Para el TS, tal motivación adolece «de un razonamiento preciso». Tampoco

Cuando la medida cumpla específicas finalidades de protección de la víctima, deberá fundamentarse el riesgo efectivo que el sujeto proyecta sobre aquella. En tales casos, es insuficiente la justificación por la mera gravedad de los hechos cometidos[75].

Sin embargo, en ausencia de diagnósticos clínicos de facultativos, el órgano judicial buscará habitualmente asideros que aporten al pronóstico visos de objetividad. El juicio de peligrosidad se vincula en ocasiones a la peligrosidad de la conducta ejecutada[76] o, incluso, se deduce simple y llanamente de los hechos cometidos y su *modus operandi*[77]. Esta reducción resulta del todo incongruente si a lo que se aspira, en teoría, es a un pronóstico de las expectativas sobre el sujeto[78]. Además, supone un cierto automatismo en la apreciación de la peligrosidad también en los supuestos de aplicación facultativa. Asemeja la medida a la sistemática de la LPRS, por cuanto la

considera aceptable la imposición de la libertad vigilada en sentencia para decidir sobre su aplicación efectiva después de la ejecución de la pena, pues lo procedente es «su análisis al tiempo del juicio».

[75] «[S]iendo medida de carácter facultativo, tendente a cumplir alguno o alguno de los fines señalados, entre ellos la protección a la víctima, debiera haberse hecho una valoración sobre el riesgo o peligro que pudiera representar esta condena, no ya para la víctima, que ha fallecido, sino para su familia o alguien de su entorno [...]» (STS 71/2021, de 28 de enero [ROJ 231/2021], FD 2º.2).

[76] Por ejemplo, en STS 22/2019, de 23 de enero [ROJ 120/2019], el Tribunal justifica la imposición de medida de libertad vigilada por periodo máximo de 6 años, al sostener que la peligrosidad criminal del acusado se infiere «de los hechos que han sido objeto de enjuiciamiento y también de la seriedad de los anuncios y advertencias de muerte que constan dirigidas sobre la persona [de la víctima]. Tal consideración no puede calificarse de subjetiva […] habiendo valorado con ella el Tribunal la posibilidad de que en el futuro pueda reiterase la comisión de nuevos delitos […] es elevada y denota efectivamente peligrosidad teniendo en cuenta que con su acción demostró su total desprecio hacia la vida e integridad de las personas, pudiendo haber acabado con la vida de cuatro personas» (FD 4º).

[77] Así, por ejemplo, STSJ Canarias 38/2020, de 28 de julio [ROJ ICAN 778/2020]: «La peligrosidad del acusado se relaciona en la sentencia con el parámetro referido a la naturaleza del hecho cometido, de una indudable gravedad [...], *sin que exista ningún otro indicador* que revele una personalidad patológica y peligrosa del autor del hecho. La adopción de la medida se encuentra razonada y motivada en la sentencia [...]» y, por ello, «procede confirmar su imposición [...]» (FD 2º, énfasis añadido). STSJ Extremadura 9/2021, de 5 de febrero [ROJ EXT 1/2021]: «[...] es indudable que hubiera sido exigible una mayor argumentación; la sola referencia al informe del MF podría entenderse como de muy escaso significado; pero es el caso que la entidad y brutalidad en la ejecución de los actos que se imputan al acusado (asesinato de una anciana en su propio hogar) *tampoco reclaman una especial argumentación para deducir intrínsecamente y solo de tal hecho la 'especial peligrosidad' del acusado*» (FD 13º, énfasis añadido).

[78] Así lo ha denunciado Besio Hernández. Abordando el papel de la peligrosidad en la individualización de la pena, observa el autor que este tipo de razonamiento implica «atribuir a la especial forma de ejecución del delito una suerte de reflejo de la personalidad de quien lo comete». Sin embargo, «no se advierte cómo es posible racionalmente derivar juicios plausibles de peligrosidad (pronósticos de comportamiento futuro) a partir de una especial forma de ejecución del delitoían». Serían meras conjuturas o valoraciones altamente especulativas sin capacidad efectiva de pronósitico (Besio Hernández 2011, pp. 432-433).

peligrosidad acaba por deducirse simplemente de ciertos tipos de ilícito, tomados como prueba de peligrosidad.

La valoración tiene fundamentos en la decisión sobre el contenido de la medida y aplicación efectiva al finalizar el cumplimiento de la pena, así como en sus revisiones periódicas. En este caso resultará decisiva la propuesta del Juez de Vigilancia Penitenciaria, centrado en la conducta del reo en el entorno penitenciario y el pronóstico que se desprenda de su evolución en el tratamiento[79].

Por último, la convivencia de pena privativa de libertad y medida postpenitenciaria plantea algunos problemas de ejecución sobre el modo de articularlas, de compaginar tratamiento de la culpabilidad y la peligrosidad. Como advirtió el CGPJ en su informe sobre la medida, si el condenado ha cumplido la parte final de su pena de prisión en régimen de libertad condicional o de tercer grado, es posible que la aplicación posterior de la medida de libertad vigilada le imponga condiciones de vida más gravosas. Ello significaría contradecir el régimen progresivo penitenciario que se desprende del art. 25.1 CE[80].

Existen casos en los que se produce solapamiento entre la pena de alejamiento, impuesta preceptivamente *ex* art. 57.2 CP, y la medida de libertad vigilada, cuyo contenido puede ser idéntico (art. 106.1 CP, apartados e), f) y g). El TS ha resuelto la concurrencia decretando la imposición de la pena de alejamiento en su mínima duración admisible: un año superior a la pena de prisión, con cumplimiento simultáneo de pena principal y accesoria[81]. Sin embargo, el solapamiento entre pena y medida se

[79] Por ejemplo, AAN 181/2021, de 23 de marzo [ROJ 1730/2021], donde la Audiencia conoce del recurso contra la resolución del Juzgado Central de Vigilancia Penitenciaria de propuesta de medidas concretas para la libertad vigilada del penado, que había sido condenado por pertenencia a organización terrorista perteneciente al «movimiento global yihadista violento». El mantenimiento de la medida prevista en la sentencia condenatoria, y su contenido de obligaciones y prohibiciones, se basó en el fracaso del tratamiento penitenciario, deducido de: la persistente clasificación del interno en primer grado, manteniéndose con un pronóstico de reincidencia muy alto, en la falta de reconocimiento del delito cometido, en la no modificación de sus actitudes y en la baja voluntaria del Programa de Conductas Radicales Violentas (FD 1º).

[80] Informe del CGPJ de 26 de febrero de 2009, sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica por el que se modifica el CP, pp. 38-41. Para el Consejo, «la libertad vigilada tiene que cumplirse de forma compatible en cuanto a las obligaciones que impone al condenado con el sistema progresivo de cumplimiento de las penas de prisión». Por ello, si el sujeto ha disfrutado de libertad condicional o tercer grado penitenciario, la libertad vigilada «no debería poder ser más gravosa que éstos», salvo que concurran «nuevos elementos de juicio que acrediten la necesidad de un régimen más restrictivo debido a un juicio de peligrosidad inexistente en las fases previas de cumplimiento de la pena de prisión». Han incidido en este problema Luaces Gutiérrez (2012, p. 553, nota 34) y Martín Nájera (2018, p. 10).

[81] STS 608/2015, de 20 de octubre [ROJ 4306/2015], FD 2º.

seguirá produciendo en ese exceso temporal de la pena de alejamiento respecto a la de prisión, pues la libertad vigilada comenzará a ejecutarse una vez extinguida esta última. En ese periodo se proyectarán sobre el sujeto idénticas prohibiciones por duplicado y, al menos en teoría, con fundamentos distintos (culpabilidad y peligrosidad).

Se ha suscitado también la duda sobre la aplicación de la libertad vigilada en caso de suspensión de la pena de prisión previa. Por muy contraintuitivo que resulte, el TS ha confirmado que, al menos en los casos de aplicación forzosa, el régimen de la medida no se ve afectado por las vicisitudes en la ejecución de la pena, por lo que la suspensión de una no implica la de la otra[82].

Estas distensiones en la aplicación de la medida se producen, en definitiva, por el procesamiento de un mismo sujeto, de forma sucesiva, a frecuencias distintas: como sujeto culpable, y como sujeto peligroso.

6.1.3 Penas que implican prognosis

Las medidas de seguridad son el espacio más propio de la peligrosidad del sujeto en el ordenamiento penal. Sin embargo, existen juicios de peligrosidad que condicionan, en algunos aspectos, el sistema de penas. Esas afecciones pueden organizarse en dos grupos: las prognosis que determinan la imposición de penas, y aquellas que afectan a su ejecución[83].

a) La peligrosidad en la individualización de la pena

Dentro de este grupo hay que considerar, en primer lugar, la influencia que la valoración de la peligrosidad puede tener en la individualización de las penas en el momento de su imposición en sentencia. Se trata de una posibilidad discutida por la doctrina, pero no extraña a la praxis judicial.

La concreción de la pena a imponer por hechos delictivos se produce en dos momentos. Parte de su determinación legal en el Código, que establece el marco

---

[82] STS 768/2014, de 11 de noviembre [ROJ 4716/2014], FD 3º. Analizando el art. 192.1 CP, advierte el Tribunal que este exige la imposición de la medida a los «condenados a prisión», no a los que cumplan dicha pena. Además, sostiene, si al legislador «no le repugna una sucesión de medidas de libertad vigilada» (art. 106.2 CP, último párrafo), «[t]ampoco debe considerarse, por tanto, extravagante una libertad vigilada que siga a una suspensión de condena».

[83] Esta clasificación es propuesta por Middendorf (1970, pp. 163 y ss.).

abstracto de la pena a imponer, modulada según grados de ejecución y participación de los sujetos, y por los distintos subtipos agravados y atenuados[84]. Dentro de ese marco se produce, después, la individualización judicial de la pena: el juez o tribunal selecciona la pena adecuada al caso concreto[85]. Se acepta como un ejercicio de arbitrio judicial, una facultad «eminentemente potestativa» de tipo discrecional. Pero es una «discrecionalidad reglada»[86] o «jurídicamente vinculada» por criterios normativos de valoración[87] que, obviamente, debe ser motivada en la sentencia.

Estos criterios se especifican en el art. 66 CP. Diferencia el precepto las pautas de individualización según se trate de delitos dolosos graves, por un lado, o delitos leves o imprudentes, por otro. Para el segundo supuesto el Código remite la fijación de la pena al «prudente arbitrio» del órgano judicial, sin más concreción (art. 66.2 CP). Para el primer supuesto (delitos graves dolosos), el art. 66.1 acoge reglas específicas según concurran una o más circunstancias atenuantes y/o una o más atenuantes[88]. En el caso de que no concurran atenuantes ni agravantes, los jueces y tribunales aplicarán la pena

[84] Seoane Spiegelberg (1997, p. 519). Junto con las previsiones de pena en cada tipo de la parte especial del Código, este marco general es delimitado, entre otros, por los arts. 61 a 65 y 17 CP.

[85] Demetrio Crespo (1997, pp. 324 y ss.), que subraya la conveniencia de denominar «determinación» de la pena al primer paso, e «individualización» al segundo. Cámara Arroyo habla de «primer estadio de individualización» de las consecuencias jurídicas del delito, o «individualización primaria», a esos dos momentos de concreción legislativa y judicial, de carácter cuantitativo. Los diferencia de la posterior «individualización científica penitenciaria» ya en fase de ejecución, «mucho más personalizada, que atiende a los grados de tratamiento», de tono cualitativo (Cámara Arroyo 2015, pp. 244-245). Este paso de especificación penitenciaria es considerado también, como tercera fase de individualización tras la legal y judicial, por Seoane Spiegelberg (1997, pp. 533-534).

[86] Así califica la decisión, por ejemplo, la STS 480/2009, de 22 de mayo [ROJ 3057/2009] (FD 20º) que, además, la entiende controlable en vía de casación incluso por pura infracción de ley.

[87] Mata Barranco, siguiendo a Silva Sánchez, considera la aplicación de este calificativo procedente de la doctrina alemana. Discute, sin embargo, que la decisión pueda considerarse propiamente discrecional. La existencia de criterios específicos que conducen a la concreción de la pena «justa» implica que, en su opinión, no quepa el margen de apreciación volitiva característico de la discrecionalidad; se trataría de una facultad reglada basada en una serie de valoraciones previstas normativamente (Mata Barranco 2014, pp. 89-90). Su perspectiva contemplaría la decisión como caso de discrecionalidad técnica dependiente de varios conceptos jurídicos indeterminados.

[88] Si concurre solo una circunstancia atenuante se aplicará la pena en la mitad inferior a la fijada para el delito; si concurren dos o más atenuantes, o una o varias muy cualificadas, sin concurrir agravante alguna, se aplicará la pena inferior en uno o dos grados según el número y entidad de dichas atenuantes; si concurren solo una o dos agravantes, la pena se impondrá en la mitad superior; si concurren más de dos agravantes sin concurrencia de atenuantes, se aplicará la pena superior en grado en su mitad superior; si concurre la agravante de reincidencia y el culpable hubiera sido condenado por tres o más delitos del mismo título del CP, siendo de la misma naturaleza, se impondrá la pena superior en grado teniendo en cuenta las condenas precedentes y la gravedad del nuevo delito; si concurren atenuantes y agravantes, «se valorarán y compensarán racionalmente para la individualización de la pena» –si bien, si persiste un fundamento cualificado de atenuación, se aplicará la pena inferior en grado, y, si se mantiene fundamento cualificado de agravación, en su mitad superior–.

prevista para el delito en cuestión «en la extensión que estimen adecuada, *en atención a las circunstancias personales del delincuente* y a la mayor o menor gravedad de hecho»[89]. En este supuesto residual, aplicable cuando no concurran agravantes ni atenuantes, se discute la validez de acoger la peligrosidad del sujeto como criterio modulador de la pena.

Del art. 66 CP se desprende un mecanismo de decisión complejo, que involucra los distintos fines del castigo (prevención especial y general, así como la atención al principio de proporcionalidad), pero también la valoración de «factores concretos, reales, fácticos, indiciarios de la individualización»: la gravedad del hecho y las circunstancias del autor[90]. Todo el precepto se apoya en la «culpabilidad por el hecho», que actúa como límite de la pena. Aquí «culpabilidad» no significa presupuesto de la punibilidad, sino una estimación del «ilícito culpablemente cometido en su totalidad»[91], según la ilicitud cometida, las circunstancias que afectan a la exigibilidad de la conducta el disvalor ético-social de los motivos del sujeto culpable[92]. Expresa, en definitiva, la «gravedad de la culpabilidad del autor», con expresión de las circunstancias que se toman en cuenta «para determinar una mayor o menor reprochabilidad de los hechos»[93]. En esa globalidad radica la dificultad del juicio y la variabilidad de sus criterios.

La culpabilidad por el hecho cometido es eje del sistema de determinación de la pena. Ello resulta evidente en relación a la «gravedad del hecho» al que alude el art. 66.1.6ª CP[94]. Pero la atención a las circunstancias personales del autor subraya,

---

[89] Art. 66.1.6ª CP (énfasis añadido).

[90] Mata Barranco (2014, pp. 100 y ss.).

[91] Seoane Spiegelberg (1997, p. 526). Advierte el autor cómo ese límite opera en la jurisprudencia, por ejemplo, para la aplicación de la agravante por razón de reincidencia en virtud del art. 66.1.5ª CP: «los Tribunales solo deberán agravar la pena por razón de la reincidencia hasta un límite que no supere la gravedad de la culpabilidad y sin atender al [citado precepto] cuando la pena determinada por la reincidencia supere dicho límite» (*ibidem*, p. 531, y la jurisprudencia allí citada).

[92] SSTS de 5 de julio de 1991 [ROJ 3910/1991, 7555/1991, 11142/1992], FD 1º.e); de 7 de marzo de 1994 [ROJ 1526/1994], FD Único.c).

[93] SSTS 145/1999, de 9 de febrero [ROJ 826/1999], FD 4º.1; 145/2005, de 7 de febrero [ROJ 658/2005], FD 8º; 480/2009, de 22 de mayo [ROJ 3057/2009], FD 20º.

[94] La gravedad del hecho, como criterio de individualización de la pena, equivale «al desvalor de la conducta, puesta de manifiesto en la infracción, en su doble consideración de acto personal y resultado lesivo de un bien jurídico» (SSTS de 20 de marzo de 1986 [ROJ 1406/1986], FD Único y [ROJ 12268/1986], FD Único.2). Es una «medición de lo injusto», pero no como gravedad genérica del delito –ya contemplada por el legislador al prever la pena en abstracto–, «sino de otras circunstancias fácticas,

también, la finalidad preventivo-especial como elemento protagonista en la tarea de individualización[95]. La vocación rehabilitadora de la pena justificaría el examen, no solo de las circunstancias referidas a los hechos, sino también de «los culpables mismos»[96], en sus aspectos fácticos y biográficos. En esta zona de valoración se vislumbra la peligrosidad del sujeto como factor declinante de la necesidad de pena. El contenido que la jurisprudencia da a las «circunstancias personales» requiere atender a elementos del sujeto y su personalidad idénticos, en algunos casos, a los contemplados para valorar su peligrosidad. Aquí, prevención especial y contención de la peligrosidad son vasos que el juzgador arriesga a comunicar, sea de manera explícita o inadvertida.

Sucede, en especial, cuando las circunstancias personales del sujeto conduzcan a centrarse en su «personalidad» como referencia de valoración. El art. 61.4ª del antiguo CP 1973 exigía tener en cuenta, estrictamente, «la personalidad del delincuente» para la individualización de la pena, junto con la gravedad del hecho, en ausencia de circunstancias agravantes o atenuantes. El vigente art. 66.1 CP modificó esa literalidad para referirse, de manera más amplia, a las «circunstancias personales» del autor. Sin embargo, la personalidad del delincuente sigue siendo un factor relevante en la aplicación del precepto, aunque se vea acompañado de otras circunstancias que afecten al sujeto.

Como decíamos, la doctrina ha rechazado que esa consideración implique acoger la peligrosidad como *ratio* de individualización[97]. Lo hacen, no obstante, ante el reconocimiento de que tal criterio no es extraño a la práctica. La jurisprudencia valora

---

elementos de todo orden, concomitantes al supuesto concreto que se está juzgando» (Mata Barranco 2014, pp. 101-102). Desde el punto de vista retributivo, la gravedad del hecho significa la nocividad y la reprochabilidad del comportamiento; desde la perspectiva de la prevención general, proyecta una exigencia de proporcionalidad y requiere valorar la actitud de la comunidad ante la respuesta dada a la conducta injusta (Demetrio Crespo 1997, pp. 334 y ss.). En todo caso, el TS ha rechazado que la pena se justifique abstractamente en la gravedad del hecho, sin atender su realidad concreta y a otras circunstancias específicas, objetivas o subjetivas (SSTS 1297/2003, de 9 de octubre [ROJ 6164/2003], FD Único; y la ya citada 480/2009, de 22 de mayo, FD 20º).

[95] Esa finalidad rehabilitadora se antepone en esta labor a la preventivo-general y retributiva. *Vid.* Cámara Arroyo (2015, p. 250), Mata Barranco (2014, pp. 95 y 105).

[96] STS 480/2009, de 22 de mayo, FD 20º.

[97] Son explícitos al respecto Demetrio Crespo (1997, p. 348) y Mata Barranco (2014, p. 105) y Cámara Arroyo (2015, p. 247).

en ocasiones la personalidad del delincuente en términos de su potencial peligroso, y no en atención a la utilidad preventivo-especial que puede reportarle la pena[98].

Además de la consideración de la personalidad, otros criterios valorativos de las «circunstancias personales» manejan registros típicos del juicio de peligrosidad. Es atendida, por ejemplo, la «vida anterior del sujeto» en sentido extenso, no solo como antecedentes punitivos[99]; y el comportamiento manifestado con posterioridad al hecho, cuando revela actitud negatoria, falta de sentimiento de culpa, etc.[100]. Son valoraciones sobre elementos psicológicos del sujeto observados en su proyección social[101]. Aunque se justifiquen en términos preventivo-especiales como pronóstico sobre las «posibilidades de integración en el cuerpo social»[102], implican un juicio acerca de la «incidencia de la pena sobre el comportamiento futuro»[103] que se torna sin dificultad en

[98] Besio Hernández (2011, pp. 432-433). Cámara Arroyo achaca esta inclinación a la pervivencia de ciertas «reminiscencias interpretativas» arrastradas desde la regulación anterior en el CP 1973, donde el enfoque explícito en la personalidad del delincuente habría facilitado su lectura en términos de peligrosidad (Cámara Arroyo 2015, p. 247).

[99] Sobre la aceptación de la vida del autor anterior al delito en la determinación de la pena, véase la jurisprudencia citada por Seoane Spiegelberg (1997, p. 531).

[100] Entre la amalgama de factores considerados por la jurisprudencia desde la perspectiva del art. 66.1.6ª CP, Mata Barranco identifica, además de las mencionadas: «el dato de que los sujetos se hallan iniciados en actividades delictivas, la malicia y la perversidad de los justiciables, [...] la personalidad del reo [...], o sus condiciones personales de educación, entorno familiar, oficio y situación profesional, económica, la pertenencia a grupos delictivos, *el grado de peligrosidad deducida de datos concretos*, la reiteración de la conducta, la acusada inclinación o perseverancia en la violencia sexual, la personalidad violenta y agresiva, la condición de drogodependiente o la adicción a las drogas, la situación de enfermedad al cometer el delito, el estado de embriaguez [...], tener las facultades intelectivas y volitivas sensiblemente disminuidas por el alcohol ingerido, el grado de exigencia debido y de responsabilidad por la capacitación profesional que se tiene, ser el procesado un hombre del pueblo fácil de tentar, el estado de nerviosismo o el de obnubilación», además de los motivos de su actuación y circunstancias vinculadas a los efectos de la pena, como la situación económica del procesado, sus expectativas de vida futura y de trabajo, la situación familiar y social, su condición de extranjero… (Mata Barranco 2014, p. 106). Algunos de estos indicadores son propios de otras valoraciones requeridas por el Código, como el grado de imputabilidad, la reincidencia, el ensañamiento… Para el citado autor, aunque hayan sido consideradas en una fase previa del enjuiciamiento, aquí podrán serlo de nuevo desde la perspectiva virada de la individualización de la pena (*ibidem*, p. 100). Sin embargo, esa posibilidad solo parece admisible si las circunstancias apreciadas no han sido de suficiente entidad como para provocar modificaciones en la responsabilidad (STS 480/2009, de 22 de mayo, FD 20º). Otro análisis de las circunstancias concretas contempladas por la jurisprudencia hasta mediados de los años 1990 puede hallarse en Seoane Spiegelberg (1997, pp. 532 y ss.), por ejemplo: la edad del acusado, su inmadurez y su escaso bagaje intelectual y otras circunstancias de su personalidad «que, si bien no han sido consideradas como aminoratorias de su imputabilidad, no pueden descartarse a los efectos de reducción de la sanción» (SSTS de 6 de marzo de 1995 [ROJ 1303/1995, 7502/1995 y 10977/1995], FD 3º).

[101] SSTS de 20 de marzo de 1986 [ROJ 1406/1986], FD Único y [ROJ 12268/1986], FD Único.2.

[102] STS 927/2004, de 14 de julio [ROJ 5154/2004], FD 5º.2.

[103] SSTS de 7 de marzo de 1994 [ROJ 1526/1994, 9866/1994 y 15771/1994], FD Único.c).

apreciación de peligrosidad[104]. No en vano, los planteamientos *neoproporcionalistas* sobre la determinación de la pena, que rechazan la praxis judicial orientada a la prevención especial, combaten «la idea de que la pena se pueda ver incrementada en función de los pronósticos que se puedan hacer sobre sucesos y evoluciones futuros»[105]. Propugnan la atención exclusiva hacia las características del hecho, esto es, un modelo de determinación de la pena retrospectivo y no prospectivo.

En cualquier caso, la regla del art. 66.1.6ª CP tiene un papel subsidiario en la individualización de la pena, pertinente solo en caso de inaplicabilidad del resto al no concurrir atenuantes ni agravantes. Además, existe consenso sobre el hecho de que, en caso de aplicación, las circunstancias personales del sujeto solo pueden operar como criterio atenuador de la pena que corresponda a la gravedad específica del injusto, nunca como argumento para elevarla[106]. Siendo así, la posible concurrencia de un juicio afirmativo de peligrosidad, deducido de aquellas circunstancias, impediría la atenuación de la pena; o, *sensu contrario*, solo un juicio negativo al respecto admitiría la atenuación[107].

b) La pena de alejamiento

Además de su rol en el régimen de individualización del castigo, el juicio de peligrosidad determina la aplicación de dos penas previstas en el Código: la llamada «pena de alejamiento» (por conexión de los arts. 48 y 57 CP) y la de prisión permanente revisable (art. 36 CP).

Hemos tratado ya el art. 48 CP que, en sus tres primeros apartados, regula prohibiciones que buscan el alejamiento del autor del delito respecto a la víctima, sus familiares u otras personas que determine el órgano judicial: la privación del derecho a

[104] Por ejemplo, STS 1416/2003, de 30 de octubre [ROJ 6749/2003]: «Por lo que se refiere a la objeción de defecto de motivación [sobre la cuantía de pena impuesta], [...] consta que se ha tomado expresamente en consideración la importancia objetiva de la cantidad de droga y su destino y, en conexión con este elemento de juicio, el de la intensidad de la culpabilidad y la peligrosidad de los implicados, que con ese modo de operar denotaban una dedicación al tráfico de cierta entidad» (FD 3º del «Recurso de Yolanda»).

[105] Feijoo Sánchez (2007, pp. 5-7).

[106] Por ejemplo STS 1214/2011, de 14 de noviembre [ROJ 8027/2011], FD Único.4. Así lo advierte Demetrio Crespo (1997, p. 348), que descarta las argumentaciones que apoyan su posible uso como justificación del incremento de pena.

[107] Besio Hernández (2011, p. 432).

residir o acudir a determinados lugares[108], la prohibición de aproximarse a aquellas personas[109] y la prohibición de comunicarse con estas[110]. El TS ha recalcado que, pese a su sentido asegurador –no puede obviarse su similitud de contenidos con la «orden de alejamiento» como medida procesal penal (art. 544bis LECrim)–, estamos en este caso ante una auténtica sanción penal, y no ante una medida de seguridad. La contención de la peligrosidad del sujeto está presente, si bien junto a otros posibles objetivos:

> «En todo caso, es una pena; es decir, la consecuencia sancionadora a la comisión de un delito. [...] No es una medida de seguridad que haya de apoyarse ineludiblemente en la peligrosidad y deba tener como único objetivo contener, menguar o diluir la peligrosidad. No. Es una pena y eso supone que puede abrazar otras finalidades»[111].

Este criterio difiere de la interpretación que el Tribunal ofreció sobre el antiguo art. 67 CP 1973, que preveía algunas de las prohibiciones del actual art. 48 CP. Para el TS, los requisitos que habilitaban la aplicación de aquel precepto excluían la culpabilidad, por lo que tipificaba una auténtica medida de seguridad[112]. Tal lectura venía avalada por la falta de calificación expresa de dichas prohibiciones como penas en el anterior Código. Ese carácter fue acogido en la redacción original del art. 105 CP, que previó expresamente, como medidas de seguridad, las prohibiciones mencionadas –incluida la prohibición de aproximarse a la víctima tras la reforma operada por LO 14/1999, de 9 de junio–. La modificación del Código en 2010 ha subsumido estas

[108] «[I]mpide al penado residir o acudir al lugar en que haya cometido el delito, o a aquel en que resida la víctima o su familia, si fueren distintos» (art. 48.1 CP).

[109] «[I]mpide al penado acercarse a ellos, en cualquier lugar donde se encuentren, así como acercarse a su domicilio, a sus lugares de trabajo y a cualquier otro que sea frecuentado por ellos [...]» (art. 48.2 CP):

[110] «[I]mpide al penado establecer con ellas, por cualquier medio de comunicación o medio informático o telemático, contacto escrito, verbal o visual» (art. 48.3 CP).

[111] STS 112/2018, de 12 de marzo [ROJ 821/2018], FD 5º. El Tribunal ha asimilado esta sanción a un «destierro», y ha advertido sus peligros de incidencia negativa en la resocialización del penado (STS 369/2004, de 11 de marzo [ROJ 1666/2004], FD 4º).

[112] El art. 67 CP 1973 establecía: «Los Tribunales, en los delitos contra las personas y su honor, honestidad, libertad y seguridad, y propiedad, atendiendo a la gravedad de los hechos y al peligro que el delincuente represente, podrán acordar en sus sentencias la prohibición de que el reo vuelva al lugar en que hubiere cometido el delito, o en que resida la víctima o su familia, si fueren distintos, dentro del período de tiempo que el mismo Tribunal señale, según las circunstancias del caso». En SSTS de 26 de septiembre de 1994 [ROJ 6039/1994, 16920/1994 y 13621/1994], aclaraba el Tribunal que dicha consecuencia jurídica «tiene la naturaleza de una medida de seguridad y no la de una pena. [...] La expresa exclusión de la culpabilidad de los fundamentos que legitiman la aplicación de la prohibición de frecuentar determinados lugares y la ausencia del catálogo de penas [...] demuestra inequívocamente que el legislador no ha tenido el propósito de establecer una pena, sino una medida de seguridad» (FD 2º).

prohibiciones en la medida de libertad vigilada, por lo que persisten como medidas de seguridad *además* de su regulación como pena. Duplicidad que puede dar lugar a casos de imposición sobre un mismo sujeto, por razón de su culpabilidad y de la peligrosidad apreciada[113].

En todo caso, el art. 57 CP contempla la *sanción* de alejamiento, como pena accesoria, en caso de apreciación de un conjunto heterogéneo de delitos[114]. Sabemos que el apartado segundo del precepto impone la aplicación del art. 48 CP cuando se condene al sujeto por delitos relacionados con la violencia de género o la violencia doméstica. Existen en este caso una presunción absoluta de peligrosidad fijada en el propio tipo. El apartado primero, en cambio, habilita al juzgador a imponer potestativamente la pena accesoria de alejamiento, en otros casos delictivos[115]. La decisión habrá de adoptarse «atendiendo a la gravedad de los hechos *o al peligro que el delincuente represente*»[116].

Esta concreta redacción procede de la reforma introducida por LO 14/1999, de 9 de junio, de modificación del CP en materia de protección a las víctimas de malos tratos y de la LECrim. La modificación convirtió los criterios de la decisión facultativa en disyuntivos, y no copulativos: antes, el juzgador debía decidir la aplicación de la pena de alejamiento atendiendo a la gravedad de los hechos «y» al peligro que el delincuente represente; ahora, la conjunción «o» los convierte en pautas de valoración independientes entre sí. Si la LO de reforma aspiraba a «otorgar una mayor y mejor

[113] Encontramos un caso de esta doble imposición, como pena y como medida, en la STS 510/2009, de 12 de mayo [ROJ 3351/2009], FD 1º.A).II. La Sentencia se pronuncia todavía sobre la redacción del art. 105 CP anterior a la reforma de 2010, en concreto sobre la prohibición de aproximación a la víctima del antiguo apartado 1.g) del precepto.

[114] El TS la califica, no obstante, como «pena accesoria impropia» (STS 254/1999, de 23 de febrero [ROJ 1216/1999], FD 7º).

[115] El grupo de ilícitos es variopinto: homicidio, aborto, lesiones, contra la libertad, de torturas y contra la integridad moral, trata de seres humanos, contra la libertad e indemnidad sexuales, la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio, el honor, el patrimonio, el orden socioeconómico y las relaciones familiares (los delitos contra las relaciones familiares se han añadido al listado por la reciente LO 8/2021, de 4 de junio, con vigencia a partir del día 25 de junio de 2021). En algunos casos, como los delitos patrimoniales y socioeconómicos, la funcionalidad de la pena de alejamiento no resulta evidente.

[116] Énfasis añadido. La bibliografía sobre el apartado primero del art. 57 CP es menor que la relativa a la imposición preceptiva de la pena del segundo, que ha merecido más atención doctrinal. *Vid.* Faraldo Cabana (2008a), Pérez Rivas (2016), Magro Servet (2009, 2015 y 2016), Souto García (2013).

protección a las víctimas» de malos tratos[117], puede deducirse que el cambio en el art. 57 CP buscó flexibilizar la aplicación de la pena accesoria de alejamiento[118].

Este art. 57.1 CP ha suscitado dudas en cuanto al juicio de peligrosidad que postula. Su interpretación ha evolucionado en la jurisprudencia del TS, desde una interpretación apegada a la «peligrosidad del hecho» hacia una lectura en términos de peligrosidad estricta del sujeto.

Leyendo la configuración inicial de la valoración («atendiendo a la gravedad de los hechos y al peligro que el delincuente represente») el Tribunal entendió que aquella no se fundamentaba «en circunstancias ajenas al hecho mismo, porque la peligrosidad y la gravedad del delito que debe tenerse en cuenta es precisamente la que se expresa en la comisión del hecho y sea deducible de él». En estos términos, el tipo acogería una peligrosidad objetiva, «inherente a la situación material que representa, después de la comisión de determinados delitos, la proximidad personal futura entre el delincuente y la víctima o su familia»; no una peligrosidad «subjetiva o personal del acusado como sujeto de posibles delitos futuros»[119]. Es decir, deducía el peligro estrictamente del hecho cometido y en atención a la situación generada entre penado y víctima, siempre a la vista del hecho cometido. «No es por ello necesario para la aplicación de la referida pena accesoria suplementar ese presupuesto valorativo objetivo con otras consideraciones relativas a la posible peligrosidad personal del condenado»[120].

Como señalamos, la modificación del art. 57.1 CP dotó al factor «peligro representado por el delincuente» de autonomía respecto a la gravedad de los hechos cometidos. Aquel puede valorarse con independencia de este. Esta alteración ha

---

[117] Exposición de Motivos LO 14/1999. Esta norma afectó también al art. 48 CP, especificando las prohibiciones del residir, aproximarse y comunicarse (hasta entonces solo contemplaba la privación del derecho a residir o acudir a determinados lugares). Téngase en cuenta también que, en el aquel momento, el tipo no distinguía supuestos de aplicación facultativa y preceptiva, siendo en todo caso la pena de imposición potestativa. El precepto solo se desglosó en distintos apartados, acogiendo esa diferenciación, tras la LO 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica el CP.

[118] No obstante, el TS ha admitido la aplicación de la nueva redacción en el enjuiciamiento de hechos delictivos cometidos con anterioridad a la reforma de 1999 (*Vid.* la STS 567/2004, de 15 de julio [ROJ 4841/2005], FD 16º). Criterio que, quizá, resulta problemático desde el punto de vista de la aplicación de la disposición más favorable al reo.

[119] STS 1429/2000, de 22 de septiembre [ROJ 6631/2000], FD 5º.

[120] «[Q]ué más peligrosidad se necesita que el reiterado apuñalamiento que despliega con su acción a su propia esposa?» (*ibidem*).

influido en la interpretación posterior del tipo, virado hacia la estimación de la peligrosidad del sujeto en sí mismo.

En un momento intermedio, el Tribunal comprendió que el precepto exigía «prognosis desfavorable de cometer idénticos delitos en el futuro *contra la misma víctima*»[121]. Es decir, implicaría un juicio sobre la peligrosidad del sujeto, pero no genérica, sino referida exclusivamente a la víctima[122]. Ello distanciaba la valoración del art. 57.1 de la propia del art. 95 CP en sede de medidas de seguridad. Esta segunda busca la defensa social ante el riesgo que representa el sujeto peligroso; aquella, la protección de la víctima ante el riesgo generado por su relación con el sujeto culpable y «concretamente» peligroso[123].

Finalmente, en su consideración más reciente del art. 57.1 CP, el Tribunal ha desligado el juicio de peligrosidad de la circunstancia concreta del caso[124]. Se ocupa ahora en distinguir esta pena de alejamiento de la medida procesal del art. 544bis LECrim. A diferencia de la medida cautelar de alejamiento, que menciona expresamente la protección de la víctima como finalidad tuitiva, el castigo penal «no va necesariamente referido a personas concretas». Es decir, el «peligro que el delincuente represente» equivale a peligrosidad del sujeto en sentido propio y genérico. El TS perfila este juicio de peligrosidad sobre sujetos imputables, reconociendo su margen de incerteza: «[e]s evidente que las variantes son infinitas, por lo que es necesario entrar en el terreno de la indefinición y del pronóstico aproximado e incierto»[125]; «se trata de un pronóstico y no una profecía»[126]. Reconoce también su significado distinto, más amplio, que el riesgo de reincidencia. Por ello, la valoración no está circunscrita a

[121] STS 596/2013, de 2 de julio [ROJ 4105/2013], FD 4º (énfasis añadido). Esta interpretación es propuesta por el Ministerio Fiscal, asumida literalmente por el Tribunal en sus Fundamentos.

[122] En esa perspectiva, el TS llegó a sostener que la aplicación del precepto no atiende a la hipotética peligrosidad criminal del sujeto, sino que exige tan solo «un juicio de pronóstico sobre hipotéticas represalias o actos de venganza» (STS 254/1999, de 23 de febrero [ROJ 1216/1999], FD 6º). Con expresión un tanto confusa –el juicio de peligrosidad no es sino pronóstico sobre la conducta–, el Tribunal pretendía subrayar el carácter concreto (relativo a la víctima), y no genérico, del peligro valorado.

[123] *Ibidem.*

[124] STS 112/2018, de 12 de marzo [ROJ 821/2018], FD 7º.

[125] STS 803/2011, de 15 de julio [ROJ 5361/2011], FD 3º.

[126] STS 112/2018, de 12 de marzo [ROJ 821/2018], FD 7º.

estimar los antecedentes penales del sujeto[127]. Aunque estos serán «un factor de elevadísima ayuda», «[p]uede apoyarse en otros elementos»[128]. En todo caso, el juicio exigirá motivación suficiente sobre los factores considerados[129].

Conforme a esta lectura vigente en la jurisprudencia, el art. 57.1 CP apela a un juicio de peligrosidad sobre el sujeto en sentido «ortodoxo», subsiguiente a la apreciación de culpabilidad por un hecho delictivo.

c) La pena de prisión permanente revisable

Una tercera irrupción de la peligrosidad en el sistema de sanciones penales vino determinada por la incorporación de la pena de prisión permanente revisable, por LO 1/2015, de 30 de marzo. Se añadió como pena grave al repertorio de sanciones del art. 33.2 CP. Su régimen resulta de la integración de varios preceptos de la parte general del Código, y su aplicación se prevé en la parte especial para supuestos concretos de los delitos de asesinato, delitos contra la Corona, contra el derecho de gentes, de genocidio y de lesa humanidad[130].

---

[127] El Tribunal señala expresamente la diferencia con aquellos preceptos del Código que atienden a la reiteración delictiva como fundamento de la imposición de una pena, como el art. 623.1 CP en cuanto a los delitos de hurto y la pena de localización permanente (*ibidem*).

[128] Por ejemplo, en el citado pronunciamiento el Tribunal deduce la peligrosidad de los acusados de sus antecedentes penales, pero también de sus manifestaciones durante el proceso recogidas en la sentencia de instancia, de la documentación que acompañaba al atestado inicial demostrativa de su presencia reiterada en el entorno de comisión del delito, lo que sugería cierta «rutina», y de las numerosas interceptaciones y denuncias de las que las que habían sido objeto. A la vista de todo ello afirma el Tribunal «con ese carácter de pura prognosis, el peligro. Materialmente existen motivos sobrados para la adopción de la medida» (*ibidem*).

[129] Puntualmente, el Tribunal ha invalidado en casación apreciaciones de peligrosidad por motivación insuficiente: «tampoco se contiene en la sentencia ninguna argumentación relacionada con la peligrosidad del recurrente [...] sin que pueda deducirse su existencia de la escueta descripción de lo sucedido, que si bien es suficiente para concretar los hechos delictivos, no lo es para establecer la base de la que naturalmente [sic] se pudiera deducir la procedencia de las penas discutidas» de prohibición de aproximación y comunicación con la víctima y la de acudir al lugar de residencia de la misma (STS 732/2006, de 3 de julio [ROJ 4036/2006], FD 4º); «repasando el comportamiento del autor, que no participó en los enfrentamientos, que se refugió en la parte posterior de la discoteca, que se marchaba a su vehículo cuando pensó que todo había acabado, que fue destacado como persona que no concitaba las iras del grupo adverso, y que se limitó a golpear al menor, que fue quien le abordó cuando se iba a su casa, no se atisba en el mismo la menor sombra de peligrosidad. Máxime si se advierte que no tenía antecedentes penales» (STS 596/2013, de 2 de julio [ROJ 4105/2013], FD 4º).

[130] Concretamente, la pena se prevé para el delito de asesinato cuando: bien la víctima sea menor de dieciséis años de edad o sea especialmente vulnerable por razón de su edad, enfermedad o discapacidad; bien el hecho haya sido subsiguiente a un delito contra la libertad sexual cometido por el autor del asesinato sobre la víctima del mismo; bien el autor del asesinato pertenezca a un grupo u organización criminal; o bien el reo haya sido condenado por la muerte de más de dos personas (art. 140

Se trata de una pena de estructura compleja y controvertida, que acoge en nuestro sistema un castigo de prisión de duración indeterminada, potencialmente perpetua, para delitos de especial gravedad. La pena ha suscitado dudas de constitucionalidad, todavía no resueltas por el TC[131], y no pocas dificultades dogmáticas que ya han debido ser atendidas por la jurisprudencia[132]. No atenderemos aquí a estos problemas que evidencia la pena, a su carácter involutivo, expresivo e incluso simbólico, aspectos ampliamente denunciados por la doctrina[133]. Nuestro interés se dirige al rol decisivo que se reserva a la prognosis en la compleja estructura de la sanción.

CP). Se prevé también para el reo que hubiere matado al Rey, a la Reina o al Príncipe o Princesa de Asturias (art. 485.2 CP), para el que hubiere matado al Jefe de un Estado extranjero o persona internacionalmente protegida por un Tratado, hallándose en España (art. 605.1 CP), para los culpables de delito de genocidio si hubieren matado a alguna de las personas objeto de sus acciones, las hubieren agredido sexualmente o hubieren cometido sobre ellas delito de lesiones cualificado (art. 607.1º CP) y para los condenados por delito de lesa humanidad si hubieren causado la muerte de alguna persona (art. 607bis.2.1º CP).

[131] En 2015 fue interpuesto recurso de inconstitucionalidad contra diversos apartados del artículo único de la LO 1/2015, por más de cincuenta diputados de los Grupos Parlamentarios Socialista, Catalán de Convergencia i de Unió, de IU, ICV-EUiA, CHA (La Izquierda Plural), Unión Progreso y Democracia, Vasco (EAJ-PNV) y Mixto (Recurso nº 3866-2015, admitido a trámite el 21 de julio de 2015, BOE del 25 de julio). El recurso achaca las afecciones de la pena de prisión permanente revisable a la prohibición de penas inhumanas o degradantes (art. 15 CE), a los principios de culpabilidad y proporcionalidad con vulneración del derecho a la libertad (art. 17 CE), al mandato de determinación de las penas (art. 25.1 CE) y de resocialización (art. 25.2 CE). Sobre estos problemas de constitucionalidad de la pena *vid.* Ferrer García (2016, pp. 28 y ss.), García Rivas (2017).

[132] La jurisprudencia del TS recaída hasta el momento se han ocupado, principalmente, de verificar su compatibilidad con el principio *non bis in idem*, por la deficiente técnica legislativa en la tipificación de la pena en el delito de asesinato. La controversia se ha suscitado en casos de asesinato con alevosía (art. 139.1.1ª CP), cuando resulta aplicable, además, el tipo agravado del art. 140.1.1ª, que aplica la pena de prisión permanente revisable cuando la víctima del asesinato «sea menor de dieciséis años de edad, o se trate de una persona esencialmente vulnerable por razón de su edad, enfermedad o discapacidad». Los recursos contra la aplicación de la pena han argumentado doble apreciación de una misma condición de la víctima, para apreciar la alevosía y el tipo agravado. Inicialmente, el TS reconoció ilegítima esa duplicidad (STS 716/2018, de 16 de enero [ROJ 82/2019], FD 4); sin embargo, ha matizado después su postura, admitiendo según las circunstancias del caso la aplicación del mencionado tipo agravado, con pena de prisión permanente revisable, en casos de asesinato alevoso (SSTS 367/2019, de 18 de julio [ROJ 2337/2019], FD 6; de 5 de mayo de 2020 [ROJ 814/2020], FD 10.2.1; 180/2020, de 19 de mayo [ROJ 2489/2020], FD 4); 678/2020, de 11 de diciembre [ROJ 4188/2020], FD 2.2; 701/2020, de 16 de diciembre [ROJ 4181/2020], FD 2; 320/2021, de 21 de abril [ROJ 1406/2021], FD 2.2). El TS ha debido colmar también la «deficiente técnica legislativa» del art. 140.1.2ª CP, que de nuevo bordea «los límites impuestos por la proscripción del *bis in idem*». Este precepto aplica la pena de prisión permanente revisable cuando el asesinato «fuera subsiguiente a un delito contra la libertad sexual que el delito hubiera cometido sobre la víctima», lo que ha suscitado dudas de compatibilidad con la modalidad comisiva del asesinato del art. 139.1.4ª CP (ejercido para «facilitar la comisión de otro delito o para evitar que se descubra») (STS 418/2020, de 21 de julio [ROJ 2481/2020], FD 6.4).

[133] La bibliografía es abundante. *Vid.*, entre otras referencias, Martín Aragón (2021), Icuza Sánchez (2019), Acale Sánchez (2016), Martínez Guerra (2018), López Peregrín (2018 y 2020), Rodríguez Yagüe (2018), Guerra Díaz (2020), Bernal del Castillo (2019), Casals Fernández (2017 y 2019), García Rivas (2017), Núñez Fernández (2020), Ferrer García (2016), González Tascón (2016), León Villalba (2016).

Ese papel es relevante, no solo para la aplicación instrumental del castigo, sino también en su legitimación constitucional. La compatibilidad de la pena con el principio de reinserción y con la jurisprudencia del TEDH sobre condenas de duración indeterminada depende de su posibilidad de «revisión» tras el cumplimiento de un periodo inicial de condena[134]. Esta revisión depende del «pronóstico de reinserción social» que se efectúe sucesivamente sobre el reo.

Como en el caso de las reglas de individualización de las penas, la prognosis se vincula, formalmente, a los efectos preventivo-especiales positivos de la pena de prisión sobre el sujeto. No se habla de juicio de peligrosidad, sino de pronóstico favorable de reinserción social. Sin embargo, su sentido profiláctico es en este caso evidente dada la *ratio* de la pena. La doctrina no alberga dudas de que la prisión permanente revisable es ejemplo del «derecho penal de la seguridad o derecho penal de la peligrosidad», orientado a la búsqueda de seguridad, tratando de «proteger a la sociedad de los sujetos más peligrosos a través de políticas que aseguren su inocuización»[135]. Es decir, las revisiones que articula la pena serán verdaderos pronósticos sobre la peligrosidad del sujeto.

No en vano, el Anteproyecto de reforma del CP del año 2012, donde se contempló por primera vez la pena de prisión permanente revisable, aspiraba a una transformación profunda del sistema de medidas de seguridad enfocado en la inocuización de los delincuentes graves y de quienes no revelaran garantías de «aseguramiento cognitivo», a través de propuestas como la custodia de seguridad y la libertad vigilada para sujetos imputables[136]. Si bien las reformas planeadas solo prosperaron parcialmente, no puede obviarse el proyecto regulador al que responde la prisión permanente revisable. Tampoco el cierto paralelismo entre esta y la custodia de seguridad, en su vocación de prolongar el internamiento en prisión frente a delitos en parte coincidentes en ambas propuestas[137]. Como en el caso de la «pena de

[134] «La prisión permanente revisable [...] de ningún modo renuncia a la reinserción de penado [...]. La previsión de esta revisión judicial periódica de la situación personal del penado, idónea para poder verificar en cada caso el necesario pronóstico favorable de reinserción social, aleja toda duda de inhumanidad de esta pena, al garantizar un horizonte de libertad para el penado» (Exposición de Motivos LO 1/2015, II).

[135] León Villalba (2016, p. 83), Icuza Sánchez (2019, p. 2).

[136] García Rivas (2017).

[137] Icuza Sánchez (2019, p. 34).

alejamiento», la sanción penal acoge lógicas propias de las medidas de aseguramiento. Se trata de una suerte de anamorfosis del derecho penal de la culpabilidad por la racionalidad de la peligrosidad y el riesgo.

El propio legislador es ambiguo en la tipicidad de la pena. Mientras su revisión se supedita al citado «pronóstico favorable de reinserción social» (art. 92.1.c) CP), lo reinterpreta como juicio de ausencia de peligrosidad al regular la posible revocación de la suspensión: se acordará cuando la situación del sujeto «no permita mantener ya el pronóstico de falta de peligrosidad en que se fundaba la decisión adoptada». La pena revela una vocación reversible entre prevención especial positiva y negativa. No obstante, dados los largos periodos mínimos de cumplimiento previos a cualquier revisión, no existe todavía aplicación judicial que corrobore el tenor de la prognosis.

El pronóstico sobre la futura conducta del reo tiene un rol decisivo en la estructura de la pena, de una elevada complejidad. En realidad, su tipificación parte de una presunción *ope legis* de peligrosidad para los autores de determinados delitos, para los que la prisión permanente revisable se exige sin margen de apreciación judicial. Aunque tal presunción no se encuentra razonada, el legislador estima la alta probabilidad de comisión de nuevos delitos de quienes hayan incurrido en determinadas conductas de extrema gravedad. Señalamos antes los problemas lógicos que plantean las deducciones *ad futurum* de comportamientos a partir de conductas puntuales, sin más elemento de juicio. Todo el funcionamiento del instrumento punitivo está atravesado por esta apreciación inicial que, contra toda presunción de inocuidad, exige ser destruida para modificar el régimen de cumplimiento o poner fin a su aplicación. Lo cual dibuja, en conjunto, «una discutible aproximación al concepto de peligrosidad criminal»[138].

Tras el oxímoron que supone rubricar la pena, al tiempo, como permanente y revisable, se articula un mecanismo punitivo enrevesado que parte de ciertos «periodos de seguridad», es decir, años de condena de prisión a cumplir necesariamente. A partir de ese cumplimiento instaura una serie de decisiones que hibridan la verificación de condiciones y la prognosis, y que determinan la duración efectiva de la privación de libertad. Esta mecánica de la pena puede dividirse en tres momentos sucesivos: un «periodo de seguridad» inicial que impide el acceso al tercer grado; un segundo

[138] Cámara Arroyo (2015, p. 255).

momento de posible acceso al tercer grado penitenciario, que abre también la posibilidad de suspensión de la ejecución de la pena de prisión; y un tercer posible periodo de suspensión efectiva de dicha ejecución con acceso a la libertad condicional, pero con la potencial revocación de la decisión y vuelta al régimen penitenciario.

Los arts. 36.1 y 78bis CP establecen el «periodo de seguridad» inicial, durante el cual la persona condenada no puede acceder al tercer grado[139]. Solo superado tal periodo, que en el mejor de los casos será de 15 años, se abre la posibilidad de clasificación en dicho grado penitenciario del penado. Esa progresión deberá ser autorizada por el tribunal y requiere, en todo caso, *pronóstico individualizado y favorable de reinserción social* (art. 36.1 CP).

El acceso al tercer grado supone la apertura de una segunda etapa del mecanismo punitivo, en la que en último término es posible optar a la suspensión de la pena de prisión y la concesión de libertad condicional. Sin embargo, además de haber accedido al tercer grado penitenciario, tal suspensión exige también el transcurso de ciertos periodos mínimos de cumplimiento de condena que, como poco, será de 25 años (art. 92.1.a CP)[140]. Pero, aún más, la suspensión de la pena exige de nuevo un *pronóstico favorable de reinserción social*, construido en este caso normativamente a través de un conjunto de indicadores referidos a hechos pasados o verificables en el presente (art. 92.1.c) CP): «la personalidad del penado, sus antecedentes, las

[139] El criterio general, conforme al art. 36.1 CP, es que el tercer grado no podrá concederse hasta cumplidos 20 años de prisión efectiva en el caso de condenas por delitos de terrorismo, y de 15 años en el caso del resto de delitos castigados con pena de prisión permanente. Además, los permisos de salida tampoco pueden ser disfrutados durante un periodo mínimo de 12 y 8 años según uno y otro caso, respectivamente. Sin embargo, el art. 78bis eleva la duración del periodo de seguridad en los casos en que el sujeto haya sido condenado por dos o más delitos, estando al menos uno de ellos penado con prisión permanente revisable. La duración del periodo exento de posibilidad de tercer grado se modula entonces en función del volumen que sumen el resto de penas impuestas, distintas a la prisión permanente. Así, si dicha suma excede de 5 años, el periodo de seguridad se eleva a un mínimo de 18 años de prisión; si excede de 15 años, el periodo alcanza los 20 años como mínimo; y si la suma es superior a 25 años, o dos o más de los delitos están castigados con pena de prisión permanente, el periodo de seguridad se fija en un mínimo de 20 años de prisión. Pero, todavía más, si se trata de delitos de terrorismo, esos límites mínimos se establecen en 24 años de prisión en los dos primeros supuestos indicados, y de 32 años en el tercero.

[140] El art .78bis.2 eleva ese periodo mínimo a los 30 años, en casos de condena por dos o más delitos, estando al menos dos de ellos castigados con pena de prisión permanente revisable, o bien si uno de ellos está castigado con dicha pena y el resto de penas impuestas sumen un total de 25 años o más. Tratándose de delitos de terrorismo, el tiempo de cumplimiento mínimo previo a la posibilidad de suspensión es de 28 años si, estando alguno de los delitos está castigado con pena de prisión permanente y el resto de las penas suman entre 5 y 25 años; y de 35 años si varios de los delitos cometidos están castigados con pena de prisión permanente, o las penas impuestas distintas a esta suman más de 25 años (art. 78bis.3 CP).

circunstancias del delito cometido, la relevancia de los bienes jurídicos que podrían verse afectados por una reiteración en el delito, su conducta durante el cumplimiento de la pena, sus circunstancias familiares y sociales [...]». Exige atender, también, a «los efectos que *quepa esperar* de la propia suspensión de la ejecución y del cumplimiento de las medidas que fueren impuestas»[141]. Esta valoración requiere resolución judicial dictada tras un procedimiento oral contradictorio con intervención del Ministerio Fiscal y el penado –asistido por abogado–, apoyada en «los informes de evolución remitidos por el centro penitenciario y por aquellos especialistas que el propio tribunal determine». En esta etapa de la pena el tribunal ha de verificar el cumplimiento de requisitos para la libertad condicional –y, por lo tanto, realizar la prognosis– al menos cada dos años, debiendo también resolver las peticiones de concesión del penado, que pueden limitarse a una periodicidad anual tras cada rechazo (art. 92.4 CP).

La prognosis que requiere el mecanismo punitivo ha sido criticada por sus dificultades en dos sentidos. Por un lado, por su configuración positiva. Los criterios de valoración que acoge el art. 92.1.c) son sustancialmente los mismos que se prevén en el régimen general de suspensión de penas privativas de libertad no superiores a dos años para delincuentes primarios, en el art. 80.1 CP[142]. La doctrina ha cuestionado la idoneidad de esta similitud, dadas las circunstancias diferentes en que se producirá uno y otro pronóstico: el régimen ordinario valora los riesgos de la suspensión en un momento cercano al tiempo de comisión del delito, mientras en el caso de la prisión permanente revisable no acaecerá con mucha posterioridad y evaluando un prolongado periodo, lo que incrementa notablemente la dificultad de la prognosis[143].

El art. 92.1.c) exige que la decisión se adopte valorando los informes evolución «remitidos por el centro penitenciario y por aquellos especialistas que el propio tribunal determine». Se ha criticado esta laxitud al especificar la base informadora del

[141] Énfasis añadido. En caso de delitos de terrorismo se exige, además, evidencias del abandono efectivo de la actividad terrorista y sus fines, desvinculación con la organización y colaboración con las autoridades en la evitación y persecución de ilícitos de ese carácter (art. 92.2 CP).

[142] Las diferencias son puntuales: la suspensión general requiere atender a la conducta posterior al hecho y el esfuerzo realizado para realizar el daño infligido con el delito. Estos criterios están ausentes en la valoración de suspensión de la prisión permanente revisable que, en cambio, remite a otros no contemplados en el régimen general: la personalidad del penado, la relevancia de los bienes jurídicos que podrían verse afectados por una reiteración del delito, y la conducta mostrada durante el cumplimiento de la pena de prisión (este último, obviamente, carece de sentido en la suspensión ordinaria).

[143] Casals Fernández (2017; 2019, p. 242).

pronóstico que, además, equipara los informes «de proximidad» elaborados en el entorno penitenciario durante un largo periodo de internamiento, con otros procedentes de profesionales sin contacto necesario con el reo[144].

Por otro lado, la prognosis requerida ha sido cuestionada por sus dificultades técnicas intrínsecas. Como ha detallado Martínez Garay, las incertidumbres inherentes a toda evaluación del riesgo delictivo se ven exacerbadas en el caso de la prisión permanente revisable. Los pronósticos adolecen generalmente de grados de certeza bajos, márgenes de error amplios y una tendencia a la «sobreestimación sistémica del riesgo»[145]. Estos problemas aumentan cuando se evalúan fenómenos de escasa frecuencia y baja prevalencia, como es el caso de los delitos a los que se aplica la pena de prisión permanente revisable. El incremento de los márgenes de error en tales supuestos lleva a una sobreestimación de la peligrosidad con el consiguiente aumento de falsos positivos.

Concluye la autora que «[l]a base sobre la que se adoptará la decisión de dejar en suspenso la pena de prisión perpetua es [...] extraordinariamente endeble, porque el grado de incertidumbre de los pronósticos de peligrosidad es muy alto». Lo cual, en sentido jurídico, produce una vulneración del mandato de determinación de las penas[146]. Para García Rivas, el régimen de la pena «implica una valoración sin base científica alguna respecto a la posible comisión de hechos delictivos en el futuro» con vulneración flagrante del principio de culpabilidad por penalización de meras sospechas[147]. Se trata de problemas presentes en todo juicio de peligrosidad que, sin embargo, se recrudecen por la excepcionalidad punitiva de la prisión permanente revisable.

La tercera etapa del sistema de prisión permanente revisable está constituida por la suspensión de la ejecución de la pena de prisión y la consiguiente situación de libertad condicional, que tendrá una duración de entre 5 y 10 años (art. 92.3 CP). Durante ese tiempo, no obstante, el órgano judicial puede modificar las obligaciones y

[144] Casals Fernández (2019, p. 231).

[145] Martínez Garay (2016, p. 152).

[146] *Ibidem*, p. 153.

[147] García Rivas (2017).

prohibiciones impuestas como parte de dicho régimen condicional. Pero, además, puede revocarlo, reactivando la pena de prisión.

El régimen de revocación de la suspensión requiere conectar el art. 92.3 CP, específico para la prisión permanente, con el sistema general de la revocación de suspensiones del art. 86 CP, al que aquel remite expresamente[148]. A este régimen general se suma ahora la posible decisión de revocación, adoptada por el Juez de vigilancia penitenciaria, si el cambio en las circunstancias no permite *mantener ya el pronóstico de falta de peligrosidad* en que se basó la suspensión de la pena. Esta decisión se producirá, pues, desde el ámbito penitenciario y no por el tribunal sentenciador. Nótese además la diferencia respecto al supuesto general: no se trata ya de verificar la comisión de un delito que demuestre el error del pronóstico inicial; la revocación pende, ahora, de una nueva prognosis actualizada sobre riesgos manifestados por el sujeto. Es decir, el régimen de libertad condicional subsiguiente al periodo de prisión estará sujeto en todo su desarrollo a una posible rectificación de la prognosis efectuada.

Como advertimos antes, la expresión empleada por el legislador difiere de la utilizada para la exigencia de predicción en las otras fases del mecanismo punitivo (pronóstico «de falta de peligrosidad» frente «individualizado y favorable de reinserción social» que, supuestamente, había sido aplicado antes). La única interpretación sostenible es que, en las fases anteriores, las decisiones debieron inspirarse ya en ese pronóstico de falta de peligrosidad, amén de aquel sobre la reinserción del sujeto.

No es un detalle menor, ya que la norma no habla de pronóstico de baja peligrosidad o probabilidad de reincidencia; requiere un juicio de ausencia de peligrosidad. Considerando todavía el Proyecto de reforma, Martínez Garay observó que esta regulación denota una confianza en los instrumentos de pronóstico que resulta poco sostenible. Estos, a lo sumo, son capaces de sostener probabilidades o posibilidades de reincidencia, pero en ningún caso es verosímil arrojar valoraciones con certeza absoluta. Interpretado literalmente el precepto, si los tribunales pretenden

[148] Según este, la suspensión deberá ser corregida cuando: el sujeto sea condenado por un delito durante el periodo de suspensión, «y ello ponga de manifiesto que la expectativa en la que se fundaba la decisión adoptada ya no puede ser mantenida»; incumpla grave o reiteradamente las prohibiciones, deberes y controles impuestos; no respete las condiciones impuestas; o incurra en otras irregularidades sobre cuestiones económicas y patrimoniales relacionadas con el delito.

supeditar su decisión a pronunciamientos periciales que se expresen con tal contundencia, «la prisión permanente no se revisaría en la práctica nunca» o, en su caso, sería siempre revocada[149]. La idea de un «riesgo cero», como el que parece reclamar el tipo, es en realidad una fórmula vacía. Existe en este punto una tensión inasumible entre las previsiones normativas de valoración de riesgos y peligros, por un lado, y las técnicas materiales disponibles para darles contenido, por otro.

Consciente de estas dificultades, y atendiendo a la proliferación de penas de larga duración en los Estados europeos, el Consejo de Europa aprobó en 2003 una Recomendación «sobre la gestión por las Administraciones penitenciarias de la cadena perpetua y otros presos de larga duración»[150]. Contiene criterios para la valoración de riegos en la aplicación de este tipo de penas, desde un enfoque de riesgo-necesidades criminógenas (*risk and need assessments*). Merece la pena apuntar tales recomendaciones que, salvo modificación posterior, habrán de observarse en los juicios de peligrosidad sobre los condenados a prisión permanente revisable, una vez que las «revisiones» sean viables tras la superación de los periodos de seguridad. El Consejo de Europa recomienda:

- Una evaluación cuidadosa para determinar qué reclusos representan un riesgo para sí mismos y los demás.
- La evaluación de necesidades debe dirigirse a la identificación de las necesidades personales y las características relacionadas con el comportamiento delictivo y dañoso («necesidades criminógenas»).
- Deben emplearse instrumentos modernos de evaluación del riesgo y las necesidades como guía para la toma de decisiones.
- Dado que tales instrumentos siempre presentan márgenes de error, nunca deberían ser el único medio para informar la toma de decisiones, sino que deben completarse con otras formas de evaluación.

[149] Martínez Garay (2014, p. 64). Ha reiterado después el argumento en Martínez Garay (2016, p. 52). La autora advierte, además, el efecto reflejo de estos problemas sobre las medidas de seguridad de internamiento adoptadas por la comisión de delitos con pena, en caso de imputabilidad, de prisión permanente revisable. Dado que las medidas de seguridad encuentran su máximo de gravedad y duración en las penas correspondientes (art. 6.2 CP), la indeterminación que afecta a la revisión de la prisión permanente se extiende a la paralela medida de internamiento cuando el sujeto sea inimputable (Martínez Garay 2016, p. 154).

[150] Recommendation Rec(2003)23 of the Committee of Ministers to member states on the management by prison administrations of life sentences and other long-term prisoners, adoptada el 9 de octubre de 2003.

— Esos instrumentos deberían ser siempre evaluados, de forma que sus fortalezas y debilidades puedan conocerse.

— Ni la peligrosidad ni las necesidades criminógenas son características intrínsecamente estables, por lo que la evaluación debería repetirse cada ciertos intervalos, y efectuarse por personal preparado para ello.

— La evaluación de riesgos y necesidades debería estar siempre relacionada con su gestión: habría de informar la elección de las intervenciones adecuadas o la modificación de las que se estén aplicando.

Estas pautas pretenden aportar garantías procedimentales en la evaluación y gestión del riesgo, esquivar las estimaciones puramente subjetivas y enfocar el análisis hacia una consideración conjunta de riesgos y necesidades de los reclusos, y no solo a su potencialidad agresora. Sin embargo, no solucionan *per se* las dificultades del pronóstico. Su fiabilidad dependerá de los instrumentos de evaluación del riesgo disponibles, que la Recomendación asume como información principal para el pronóstico, aunque deba combinarse con otras fuentes de valoración. El documento no se inclina por una valoración actuarial del riesgo u otra clase concreta de medio. Sin embargo, su perspectiva en clave de riesgo-necesidades y la apelación a «modernos instrumentos de evaluación» parece inclinarse hacia el uso de metodologías estructuradas o semiestructuradas de tratamiento del riesgo.

Al margen de los problemas que plantea la prognosis, dos datos adicionales agravan la inseguridad jurídica del régimen de la revocación de la suspensión de la pena de prisión permanente revisable. El art. 96.3 CP no aporta criterio alguno en el que el Juez de vigilancia penitenciaria deba basar su cambio en el pronóstico, por lo que el sujeto afectado se encontrará en una situación de absoluta incertidumbre sobre las conductas que pueden conducir a una solución gravosa en extremo, su retorno a prisión y el reinicio del mecanismo de revisión. Además, el decaimiento en el pronóstico de ausencia de peligrosidad conduce inevitablemente a aplicar el régimen excepcional de revocación del art. 86.4 CP. De forma ordinaria, la revocación se resolverá tras escuchar al Fiscal y a las demás partes. En cambio, cuando la revocación se considere «imprescindible para evitar el riesgo de reiteración delictiva, el riesgo de huida del penado o asegurar la protección de la víctima», la revocación podrá acordarse directamente determinando el ingreso inmediato en prisión.

La complejidad de la arquitectura de la pena genera tensiones desde el punto de vista de sus finalidades. La novedad del mecanismo radica en su apertura al principio de peligrosidad, traducido positivamente en un conjunto de pronósticos de reinserción y

falta de inocuidad, que determinan el avance por las distintas etapas de la pena. Es decir, las finalidades preventivo-especial positiva y negativa se tornan objeto de valoración anticipada, en cuanto expectativa de éxito considerada en función de las circunstancias del sujeto. Pero estas orientaciones hacia la peligrosidad y la plausibilidad de la reinserción no operan desde el inicio, sino solo superados diversos periodos de seguridad, en los que la pena cumple una finalidad obviamente retributiva.

Todavía más, el mecanismo incluirá una etapa adicional de aseguramiento si la pena de prisión permanente revisable se impuso por la comisión de un asesinato subsiguiente a un delito contra la libertad sexual de la víctima (art. 140.1. 2ª CP). En tal caso, y una vez extinguida la pena de prisión permanente –cumplido, pues, el periodo correspondiente de libertad condicional habiendo obtenido un pronóstico favorable de reinserción–, el órgano judicial deberá imponer la medida de seguridad de libertad vigilada por tiempo de 5 a 10 años si el delito de carácter sexual fuera grave, y de 1 a 5 años si fuera menos grave (art. 192.1 CP)[151]. La promiscuidad del mecanismo será máxima en este caso, al considerar de manera sucesiva: la culpabilidad del sujeto para la imposición de la pena; su peligrosidad para el tránsito entre sus distintas fases; y, de nuevo, su peligrosidad para la imposición preceptiva de una medida de seguridad.

d) Ejecución de las penas: suspensión y «periodos de seguridad»

En el último subapartado de las medidas penales citaremos las decisiones judiciales (no penitenciarias) sobre la ejecución de las penas que atienden a la peligrosidad del sujeto. Hemos de referir dos institutos ya aludidos: el régimen general de suspensión de las penas privativas de libertad y la previsión, también genérica, de un

[151] Aunque, para el caso del homicidio y el asesinato, el art. 140bis prevé la medida de libertad vigilada posterior a la pena como una posibilidad que deberá decidir el juez o tribunal, en cambio el art. 192.1 contempla dicha medida como preceptiva para cualquier delito contra la libertad o indemnidad sexuales. La libertad vigilada se contempla también como medida potestativa en el art. 156ter para los delitos de lesiones, cuando la víctima sea alguna de las personas citadas en el art. 173.2 CP (que define el ámbito de aplicación del delito de violencia habitual en el contexto de relaciones afectivas, familiares o de tutela). Pero también el propio art. 173.2 CP prevé la posibilidad (no la exigencia) de imposición de esta medida a los reos por delito de violencia habitual. En cambio, el art. 579bis CP exige que el juez adopte la medida de libertad vigilada, subsiguiente a la pena, a los condenados a pena privativa de libertad por delito de terrorismo, por duración de 5 a 10 años si la pena impuesta es calificada como grave, y de 1 a 5 años si la pena fuera menos grave. Solo si el delito cometido está catalogado como n grave, y el autor hubiera delinquido por primera vez, el órgano judicial tiene la facultad de decidir sobre la imposición o no de la medida. La decisión se fundará en la valoración de la peligrosidad del condenado (*atendiendo a su menor peligrosidad*).

«periodo de seguridad» que limita la aplicación de beneficios penitenciarios en ciertos supuestos.

La suspensión, posibilidad admitida tradicionalmente respecto a las penas de duración no superior a dos años, se encuentra regulada en el art. 80 CP. El interés de este supuesto radica en el modo en el que el legislador, en las reformas operadas en 2003 y en 2015, ha reglado de forma progresiva la decisión predictiva a realizar por el órgano judicial, a través de limitaciones y criterios vinculantes[152]. La labor legislativa evidencia, en este caso, un esfuerzo por estructurar jurídicamente el juicio de peligrosidad.

Inicialmente el precepto admitía la suspensión de las penas privativas de libertad inferiores a dos años, «atendiendo fundamentalmente a la peligrosidad criminal del sujeto» [153] . En la reforma del año 2003 se incorporó «la existencia de otros procedimientos penales» contra el mismo sujeto como criterio adicional, junto al pronóstico de peligrosidad, para acordar o no la suspensión –si bien, realmente, parecía operar como un indicio concreto de peligrosidad a integrar en su valoración–. Pero ha sido la reforma del año 2015 la que ha alterado en profundidad el mecanismo decisorio del art. 80 CP.

El juicio anticipatorio no se remite ya en términos generales a la peligrosidad del sujeto, sino a la valoración de que «*sea razonable esperar* que la ejecución de la pena no sea necesaria para evitar la comisión futura por el penado de nuevos delitos»[154]. La transición desde la expresión «peligrosidad criminal del sujeto» a la de comisión de «nuevos delitos» es muestra de la operativización de la noción de peligrosidad que ha

[152] A través de Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, y de LO 1/2015, de 30 de marzo, respectivamente.

[153] No obstante, desde su redacción original el precepto ha contenido una habilitación ajena al juicio de peligrosidad para acordar la suspensión de la pena: el caso de que el penado esté aquejado por una enfermedad muy grave con padecimientos incurables, supuesto en que ni siquiera opera la exigencia de que la duración de la pena impuesta sea inferior a dos años. Tras la reforma del año 2015 se ha incorporado al art. 80.5 CP una habilitación adicional para adoptar la suspensión, también ajena a la valoración de peligrosidad o que, más bien, matiza la posible peligrosidad apreciada en el sujeto: que este haya cometido el delito estando intoxicado por alcohol o drogas, siempre que se acredite que se encuentra «deshabituado o sometido a tratamiento para tal fin en el momento de decidir sobre la suspensión». Es decir, se requiere que exista intervención clínica sobre el factor de peligrosidad que ha demostrado ser el consumo de tales sustancias. En estos casos no tiene relevancia la posible reincidencia del sujeto, ni el hecho de que el montante total de pena pueda ser superior a los dos años. La suspensión puede operar sobre penas privativas de libertad de hasta cinco años de duración.

[154] Art. 80.1 CP (énfasis añadido).

advertido Andrés-Pueyo[155]. La apelación a la «peligrosidad criminal» como rasgo constitutivo del sujeto tiende a expresarse en concreto como pronóstico de reincidencia. Más que un cambio de significado en el tipo de evento a pronosticar, esta reformulación pretende especificar y estructurar el juicio de peligrosidad. Explicita, en este concreto supuesto, la vocación de concretar los contornos tradicionalmente difusos del concepto.

En todo caso, como en otras sedes del Código, el art. 80 CP realiza una remisión a la prognosis sobre la reincidencia del sujeto apenas acotada epistémicamente. El tipo no prejuzga el criterio con base al cual ha de medirse la *razonabilidad* del pronóstico de reincidencia, el tipo de racionalidad que ha de situarnos en el espacio de lo *razonable*. Aunque no se precise la metodología de valoración, la reforma sí ha introducido una enumeración de indicadores a considerar preceptivamente en aquel juicio[156].

A partir de ese esquema de valoración, el precepto incorpora ciertos requisitos reglados que se superponen al juicio de peligrosidad, y posibilidades de flexibilización apelando, de nuevo, a valoraciones del decisor[157].

Así, la existencia de antecedentes y el montante global de penas impuestas se toman como indicadores de peligrosidad que excluyen la suspensión. Son presunciones que, sin embargo, ofrecen cierta ductilidad. Por un lado, en cuanto a la consideración de los antecedentes del sujeto, se admite que el órgano decisor obvie aquellos delitos que, «por su naturaleza o circunstancias, carezcan de relevancia para valorar la probabilidad de comisión de delitos futuros». Por otro, el art. 80.3 permite que la suspensión pueda acordarse incluso si no se verifican las exigencias de carencia de antecedentes y montante de pena global inferior a dos años: podrán suspenderse las penas de prisión que *individualmente* no excedan de dos años, si el sujeto no es reo habitual y supere un nueva valoración individualizada («cuando las circunstancias personales del reo, la

[155] Andrés-Pueyo (2013, p. 491).

[156] Las circunstancias del delito cometido, las circunstancias personales del penado, sus antecedentes, su conducta posterior al hecho –en particular su esfuerzo para reparar el daño causado–, sus circunstancias familiares y sociales, y los efectos que puedan esperarse de la propia suspensión de la ejecución y del cumplimiento de las medidas que fueren impuestas

[157] El listado de exigencias para la suspensión de la pena incluye que el sujeto haya delinquido por primera vez, que las penas impuestas en conjunto no excedan de dos años de duración, y que el penado haya satisfecho las responsabilidades civiles derivadas de los delitos cometidos. Los términos para la consideración de los antecedentes penales del sujeto están precisados en el propio art. 80.2.1ª CP: no se tendrán en cuenta condenas anteriores por delitos imprudentes o leves, ni los antecedentes ya cancelados o que debieran haberlo sido. Las condiciones en que que resulta exigible la atención a las responsabilidades civiles están también concretadas en el propio precepto. Se suma, además, la necesidad de que se haya cumplido el decomiso que se hubiere acordado judicialmente.

naturaleza del hecho, su conducta y, en particular, el esfuerzo para reparar el daño causado, así lo aconsejen»)[158].

Con ello, la reforma de 2015 buscó reglar el juicio de peligrosidad, pero también dotarlo de «una mayor flexibilidad y facilitar una tramitación más rápida de esta fase inicial de ejecución de las penas de prisión»[159]. Se explicitaron los criterios de decisión, al tiempo que se amplió la capacidad de valoración del órgano judicial sobre algunos de ellos. En definitiva, se buscó hacer más operativo el concepto de peligrosidad y más explícita su valoración.

Esta evolución ha de leerse desde la perspectiva de los pronunciamientos del TC sobre la suspensión de la pena en la década anterior, en algunas Sentencias ya aludidas *supra*. El Tribunal había asumido antes de las reformas que la peligrosidad a la que aludía el art. 80 CP implicaba «un pronóstico de comportamiento futuro que revel[ara] la probabilidad de comisión de nuevos hechos» basado en el «hecho y circunstancias del sujeto»[160]. Había admitido la discrecionalidad de la decisión y el margen del tribunal en su aplicación, pero negado que la mera apelación a la facultad discrecional que reconoce el tipo fuera motivación suficiente para la decisión sobre la peligrosidad; exigió, en concreto, una ponderación de las circunstancias particulares individuales del penado, y de los valores y bienes jurídicos comprometidos en la decisión, así como las finalidades simultáneas y los intereses concurrentes en la pena –prevención especial y general; derechos individuales del penado y seguridad colectiva–[161]. Había descartado, incluso, que la referencia a los antecedentes de conductas antijurídicas del penado fuera

[158] En este caso la posibilidad de suspensión se subordina, además, a la reparación efectiva del daño o la indemnización del perjuicio causado –conforme a las «posibilidades físicas y económicas» del penado–, o bien al cumplimiento del acuerdo alcanzado en virtud de un proceso de mediación (art. 84.1.1ª CP). Será imprescindible, además, que el órgano juzgador imponga una pena de multa o de trabajos en beneficio de la comunidad.

[159] Exposición de Motivos LO 1/2015, IV. El argumento del legislador resulta de interés. Constata que la experiencia había revelado «que la existencia de antecedentes penales no justificaba en todos los casos la denegación de la suspensión, y que era por ello preferible la introducción de un régimen que permitiera a los jueces y tribunales valorar si los antecedentes penales del condenado tienen, por su naturaleza y circunstancias, relevancia para valorar su posible peligrosidad [...]».

[160] STC 8/2001, de 15 de enero, Antecedente 7º.

[161] SSTC 202/2004, de 15 de noviembre, FJ 3º y 5º; 8/2001, de 15 de enero, FJ 3º y 4º. El Tribunal anuló en amparo algunas denegaciones de suspensión por falta de motivación del juicio de peligrosidad (SSTC 25/2000, de 31 de enero, FJ 7º y 8º; 75/2007 y 76/2007, de 16 de abril, FJ 8º).

por sí solo criterio bastante para denegar la suspensión, si ese dato no se integraba en una valoración más rica y concreta de sus circunstancias personales[162].

La decisión sobre la suspensión puede producirse en la propia sentencia «siempre que ello resulte posible», o tras su firmeza en caso contrario (art. 82.1 CP). Además, la suspensión puede condicionarse al cumplimiento de un conjunto de prohibiciones y deberes que coinciden parcialmente con el contenido de la pena de alejamiento y la medida de libertad vigilada (art. 83.1 CP)[163]. En caso de delitos cometidos contra pareja o expareja sentimental es preceptivo que la suspensión se acompañe de las prohibiciones de aproximación a la víctima y de residir en determinado lugar, y la obligación de participar en programas educativos de igualdad de trato (art. 83.2 CP).

Este régimen es objeto de seguimiento y su incumplimiento puede determinar el levantamiento de la suspensión. El art. 83.3 CP requiere que todo «posible quebrantamiento o circunstancia relevante para valorar la peligrosidad del penado y la posibilidad de comisión futura de nuevos delitos» deberá comunicarse al Ministerio Fiscal y al órgano judicial responsable de la ejecución[164]. Nótese que, en este caso, el legislador disocia confusamente peligrosidad y pronóstico de reincidencia. No parece razonable, sin embargo, que en el seguimiento de la valoración se emplee un sentido de la peligrosidad distinto del que habilitó la suspensión.

El seguimiento del régimen ligado a la suspensión puede llevar a la modificación o supresión de las medidas acordadas (art. 85 CP), pero también a la revocación de la suspensión con la consiguiente ejecución de la pena privativa de

---

[162] STC 222/2007, de 8 de octubre, FJ 5º.

[163] Prohibición de aproximarse a la víctima, sus familiares u otras personas que se determinen, de establecer contacto con estas, fijar la residencia en un determinado lugar con prohibición de ausentarse sin autorización, prohibición de residir en determinado lugar, comparecer personalmente ante el órgano judicial dependencias policiales o administrativas que se señalen, participar en programas formativos o educativos y en programas de deshabituación, prohibición de conducción de vehículos a motor bajo ciertas condiciones, y otros deberes que se estimen convenientes. El art. 84.1 CP añade otras obligaciones a cuyo cumplimiento el órgano judicial puede supeditar la suspensión: cumplimiento del acuerdo alcanzado por mediación, pago de una multa (con algunas particularidades en casos de violencia de género o doméstica, art. 84.2 CP) y/o realización de trabajos en beneficio de la comunidad.

[164] El seguimiento de las obligaciones de participar en programas formativos y de deshabituación, así como la prohibición de conducir vehículos a motor, corresponden a los servicios de gestión de penas y medidas alternativas de la Administración penitenciaria (art. 83.4 CP). Estos servicios administrativos deben informar también, de manera inmediata, de las circunstancias que afecten a la valoración de peligrosidad y la posibilidad de comisión de nuevos delitos.

libertad (art. 86.1 CP). Esto último sucederá, por un lado, cuando se aprecien determinados hechos objetivos: el incumplimiento grave y reiterado de las prohibiciones, deberes, exigencias de control y condiciones impuestos. Pero también se admite por la actualización del juicio de peligrosidad ante la comisión de un nuevo delito, siempre que ello ponga de manifiesto que *la expectativa* en la que se fundó la suspensión *ya no puede ser mantenida*. Como sabemos, además, si la revocación se produce por apreciación de riesgo de reiteración delictiva, riesgo de huida del penado o necesidad de asegurar la protección de la víctima, el ingreso en prisión puede acordarse de forma inmediata, sin necesidad de audiencia al Ministerio Fiscal ni las otras partes (art. 86.4 CP). De nuevo, el legislador arroja dudas sobre el tipo de pronóstico que habilita la revocación, en relación a la prognosis realizada al inicio. Se admite ahora valorar, no solo el riesgo de reincidencia, sino también de huida y de inseguridad para la víctima.

En resumen, el art. 80 CP construye el instituto de la suspensión de la pena en torno a la idea de peligrosidad del sujeto entendida (inicialmente) como probabilidad de reincidencia, a través de un mecanismo que reclama una prognosis parcialmente condicionada, según los casos, por elementos de valoración y de restricción integrados en el propio precepto.

Otras decisiones sobre la ejecución de la pena que el Código vincula a la prognosis se refieren a los llamados «periodos de seguridad». Se trata de plazos iniciales de cumplimiento de las penas de prisión en los que el legislador excluye la obtención de beneficios penitenciarios, la progresión a tercer grado penitenciario o el cómputo para la obtención de la libertad condicional. Su régimen de aplicación se ha supeditado, en algunos aspectos, a la apreciación de peligrosidad en el sujeto, o su ausencia. La regulación ha sido accidentada y las modificaciones han afectado, precisamente, al papel otorgado al juicio de peligrosidad.

Ya en la redacción original del Código, el art. 78 CP acogía una regla especial para la aplicación de beneficios penitenciarios y el plazo para acceder a la libertad condicional, atendiendo los tiempos máximos de cumplimiento efectivo de las condenas de prisión estipulados en el art 76. Disponía que, cuando esas reglas de cumplimiento arrojaran un resultado inferior a la mitad de la suma total de las penas impuestas, el órgano judicial sentenciador, *atendida la peligrosidad criminal del penado*, podía acordar motivadamente que los citados beneficios penitenciarios y plazo para acceso a la libertad condicional se refirieran a la totalidad de las penas impuestas

en las sentencias[165]. Se permitía, no obstante, que el Juez de Vigilancia Penitenciaria, valorando las circunstancias personales del reo, la evolución del tratamiento y el *pronóstico de reinserción social* excluyera esa regla especial de cómputo, calculando los ventajas sobre el tiempo de cumplimiento efectivo de la condena. El TS ha entendido que ese retorno posible al régimen general, en virtud de pronóstico favorable, evita «la colisión frontal con el art. 25.2 CE», al situar en el centro de la ejecución el juicio sobre la probabilidad de reinserción[166]. La intención del legislador sería que, cuando resulta de aplicación el precepto, «el penado no abandone el centro penitenciario hasta que cumpla la pena en su totalidad o hasta que exista un pronóstico favorable de reinserción social»[167]. En esta primera versión, el juicio sobre la conducta futura del condenado era criterio explícito para determinar tanto la aplicación del régimen endurecido de cómputo, como para su omisión.

La reforma del CP del año 2003 afectó a este precepto en varios aspectos[168]. El de mayor calado fue la supresión de la referencia a la peligrosidad del penado como criterio para acordar la aplicación de la regla restrictiva de cómputo. Desde entonces el órgano judicial simplemente «puede» acordar que el cómputo se efectúe sobre el total de penas, sin que se especifique el criterio en que haya de fundarse la decisión. Se trata de un supuesto de «discrecionalidad máxima» en el arbitrio judicial[169]. La jurisprudencia ha entendido, sin embargo, la decisión que contiene el precepto sigue exigiendo un juicio de peligrosidad, aunque el tipo no lo declare expresamente: «será preciso valorar los elementos indicativos de altas probabilidades de comisión de nuevos actos similares a los que motivan la condena» para decidir el retraso en el disfrute de

[165] La cuestión del cómputo de los beneficios penitenciarios, tomando como referencia el volumen total de penas impuestas y no el tiempo de cumplimiento efectivo, es objeto de la llamada «doctrina Parot». La STS 197/2006, de 28 de febrero [ROJ 753/2006] alteró la interpretación jurisprudencial realizada en este aspecto sobre el antiguo CP 1973, que después fue motivo de condena por el TEDH en Sentencia de 21 de octubre de 2013 (caso Del Río Prada v. España, Nº 42750/09). El caso, no obstante, no versó sobre el art. 78 CP, sino sobre la regulación de los beneficios penitenciarios en el Código anterior.

[166] SSTS 413/2018, de 20 de septiembre [ROJ 3258/2018], FD 1º; 18/2020, de 18 de enero [ROJ 254/2020], FD 2; 610/2020, de 13 de noviembre [ROJ 3779/2020], FD 4º.

[167] STS 413/2018, de 20 de septiembre [ROJ 3258/2018], FD 2º.

[168] LO 7/2003, de 30 de junio, de reforma del CP.

[169] STS 610/2020, de 13 de noviembre [ROJ 3779/2020], FD 4º.2.

permisos, beneficios y progresión de grado[170]; aun después de la reforma, «el elemento decisivo al respecto vendrá constituido por el concepto de peligrosidad (del imputable), entendido como la probabilidad, más o menos consistente, de la futura comisión de nuevos hechos delictivos [...]»[171].

La modificación eliminó la exigencia de motivación de la decisión que inicialmente constaba en el tipo. Tal supresión es baladí, ya que el órgano judicial deberá expresar en todo caso las razones que llevan a apartar el régimen general de cumplimiento para prevenir ciertos riesgos; más aún, al tratarse de la aplicación de un régimen excepcional, el TS exige una motivación reforzada[172]. Explicación que precisa mayor contundencia en el razonamiento cuando se aplica el endurecimiento del cumplimiento que cuando se deniega[173]. La jurisprudencia ha entendido suficientes algunos argumentos no directamente referidos a la peligrosidad del sujeto –la gravedad de los hechos cometidos y «la indudable alarma social que crearon»[174]–, pero también su fundamentación exclusiva en la peligrosidad, deducida, por ejemplo de: la falta de interiorización de «unas mínimas normas necesarias para la convivencia social»[175]; la apreciación en el sujeto de «tendencia delictiva» por el número de delitos cometidos y su carácter[176]; o la «extrema gravedad de los delitos» cometidos, los antecedentes y la apreciación judicial de las declaraciones del acusado durante el juicio oral[177]. Ha

[170] SSTS 413/2018, de 20 de septiembre [ROJ 3258/2018], FD 1º; 336/2021, de 22 de abril [ROJ 1385/2021], FD Único.

[171] STS 610/2020, de 13 de noviembre [ROJ 3779/2020], FD 4º.2. El TSJ de Madrid entiende que la decisión «necesariamente deberá obedecer a consideraciones vinculadas a la peligrosidad del penado, en sintonía con la creciente incorporación que las sucesivas reformas penales han supuesto respecto a figuras relacionadas con la denominada 'peligrosidad del imputable'» (STSJ Madrid 93/2020, de 18 de marzo [ROJ M 3259/2020).

[172] STS 18/2020, de 18 de enero [ROJ 254/2020], FD 2.

[173] STS 413/2018, de 20 de septiembre [ROJ 3258/2018], FD 1.

[174] STS 626/2005, de 13 de mayo [ROJ 3062/2005], FD 8. Sin embargo, pronunciándose todavía sobre la redacción original del precepto, el Tribunal había negado que su aplicación pudiera basarse en «parámetros objetivos ajenos a la peligrosidad del reo, como 'la alarma y perturbación social que los hechos hayan producido'» (STS 132/2001, de 6 de febrero [ROJ 730/2001], FD 9º). La omisión posterior de la alusión expresa a la peligrosidad del sujeto podría habilitar, en cambio, la referencia a circunstancias más diversas, ajenas incluso a los ingredientes subjetivos del individuo.

[175] STS 1291/2005, de 8 de noviembre [ROJ 6833/2005], FD 3.

[176] STS 18/2020, de 18 de enero [ROJ 254/2020] FD 2.

[177] STS 610/2010, de 13 de noviembre [ROJ 3779/2020], FD 4: el propio acusado, «al hacer uso en el acto del juicio oral de su derecho a la última palabra [...] viene a evidenciar las razones por las cuales la garantía adicional que el órgano jurisdiccional de primer grado resolvió adoptar con la aplicación el artículo 78 del Código Penal, aparece como razonablemente justificada. […] [E]ste

descartado, igualmente, que la discrecionalidad de la decisión permita al órgano judicial inaplicar el precepto sin justificación (de falta de peligrosidad) atendiendo a las circunstancias del caso[178].

La modificación de 2015 supuso otras tres novedades en el precepto. Incluyó el acceso al tercer grado en el grupo de decisiones excluidas durante el periodo de seguridad. Añadió un apartado segundo en el que se determinó preceptiva su aplicación en los casos en que el art. 76.1 admite cumplimientos efectivos por encima de los 20 años de prisión. Se trataba de un criterio taxativo que sustituía todo juicio de peligrosidad. Y, además, introdujo un criterio agravado para los delitos de terrorismo o de crimen organizado: en tales casos, la posibilidad de que el Juez de vigilancia decidiera la aplicación del régimen general de cómputo solo podría afectar, bajo ciertas condiciones, a la progresión a tercer grado y al disfrute de la libertad condicional, pero no para otros beneficios penitenciarios. En estos casos, el pronóstico favorable de reinserción social no basta para excluir plenamente el régimen agravado de cómputo.

Por último, en 2015 se suprimieron los supuestos de aplicación preceptiva, haciendo depender el uso de este criterio restrictivo, en todos los casos, de la decisión discrecional del órgano juzgador[179]. Se mantiene en esta última redacción la posibilidad de que el pronóstico favorable del Juez de vigilancia excluya su aplicación, con las salvedades apuntadas para los delitos de terrorismo y crimen organizado.

En síntesis, pese a la literalidad del precepto, la aplicación inicial del régimen del art. 78 CP sigue orbitando un juicio de peligrosidad entendido como probabilidad de reincidencia. A él se suma el pronóstico posterior de reinserción formulado desde el ámbito penitenciario para la posible finalización de dicha aplicación. Valgan aquí, no obstante, las apreciaciones realizadas antes sobre la dificultad de deslindar ese pronóstico de reinserción (prevención especial positiva) del juicio de peligrosidad que atiende a la probabilidad de reincidencia (prevención especial negativa).

---

reconocimiento formal y aparente contrición, no comporta una verdadera y personal asunción de la propia responsabilidad por los hechos cometidos, que constituyera, al menos, una condición de posibilidad para lograr sobre su base la efectiva reinserción social [...]».

[178] STS 413/2018, de 20 de septiembre [ROJ 3258/2018], FD 2.

[179] LO 1/2015, de 30 de marzo, de reforma del CP. En realidad, el precepto había sido objeto de modificación también por LO 5/2010, de 22 de junio, si bien muy leve (solo para adecuar la mención a los delitos de terrorismo a la nueva rúbrica dada por dicha norma de reforma).

El calificativo «periodo de seguridad» suele reservarse, en sentido estricto, para la regla introducida en el art. 36.2 CP por LO 7/2003, de 20 de junio. Implica un caso adicional de prohibición de progresar al tercer grado penitenciario hasta que se cumpla la mitad de la pena impuesta, en privaciones de libertad de duración superior a cinco años.

Originalmente, cuando la medida fue introducida en 2003, se previó de aplicación preceptiva para todo caso de imposición de penas de prisión que excedieran ese montante («la clasificación del condenado en tercer grado de tratamiento penitenciario no podrá efectuarse hasta el cumplimiento de la mitad de la pena impuesta»). Se encomendaba de nuevo al Juez de vigilancia penitenciaria la posibilidad de acordar el régimen general de cumplimiento, «previo pronóstico individualizado y favorable de reinserción social y valorando, en su caso, las circunstancias personales del reo y la evolución del tratamiento reducador». Esta capacidad de revisión se excluía solo en caso de delitos de terrorismo o de delincuencia organizada.

La reforma de 2010 incidió en el precepto, convirtiendo su aplicación en potestativa («el Juez o Tribunal podrá ordenar que la clasificación del condenado en el tercer grado de tratamiento penitenciario no se efectúe hasta el cumplimiento de la mitad de la pena impuesta»). De forma similar a lo sucedido en el art. 78.1 tras su reforma en 2003, aquí el legislador tampoco aporta criterios en los que el órgano judicial deba basar su decisión. Sin embargo, la jurisprudencia traza un paralelismo entre ambos preceptos (36.2 y 78.1 CP), de modo que, también en este caso, la decisión habrá de fundarse en un juicio de peligrosidad sobre el sujeto. «El art. 36.2 del CP lo que otorga al tribunal sentenciador es la facultad de efectuar un pronóstico de peligrosidad que preserve los bienes jurídicos que fueron violentados con el delito»[180].

Desde esta modificación del año 2010, la obligatoriedad del periodo de seguridad se reserva para el caso de comisión de algunos delitos: referentes al terrorismo, relativos a la delincuencia organizada, contra la indemnidad sexual y prostitución y corrupción de menores de 13 años. Pervive en los mismos términos la capacidad del Juez de vigilancia penitenciaria de excluir este régimen endurecido, previo pronóstico de reinserción, salvo en el caso de los delitos citados, para los que se excluye toda flexibilización.

[180] STS 459/2019, de 14 de octubre [ROJ 2997/2019], FD 4.D).4.

En el año 2015 se añadió un apartado tercero al art. 36 CP que acoge una nueva estimación de peligrosidad. Permite que el Tribunal o el Juez de vigilancia acuerden «la progresión a tercer grado por motivos humanitarios y de dignidad personal de penados enfermos muy graves con padecimientos incurables y de los septuagenarios valorando, especialmente *su escasa peligrosidad*»[181].

Una última decisión judicial sobre la ejecución del castigo que hemos de atender, si quiera brevemente, es la relativa a la sustitución de las penas de prisión impuestas a ciudadanos extranjeros, por su expulsión del territorio español (art. 89 CP). El precepto acoge un régimen complejo del cual solo subrayaremos el contenido de su apartado cuarto. La expulsión como sustitución de toda o parte de la pena se regula con carácter preceptivo. Sin embargo, el citado apartado acoge dos excepciones que guardan cierta relación, si bien no explícita, con la valoración de la peligrosidad del sujeto.

Por un lado, reza el tipo, la sustitución no procederá cuando, «a la vista de las circunstancias del hecho y las personales del autor, en particular su arraigo en España, la expulsión resulte desproporcionada». El TS ha admitido que la alusión a las «circunstancias personales» del reo lleve a un juicio próximo a la peligrosidad del sujeto, aun cuando este no se contemple como tal en la norma: una de esas circunstancias personales «puede ser perfectamente la reiteración delictiva o el *modus vivendi* [...] basándose en esa condena previa». El Tribunal admite que consideraciones en clave de peligrosidad maticen el arraigo de la persona extranjera en España como argumento frente a la expulsión[182].

Por otro lado, el referido apartado cuarto prescribe que la expulsión de un ciudadano de la UE «solamente procederá cuando represente una amenaza grave para el orden o la seguridad públicos en atención a la naturaleza, circunstancias y gravedad del delito cometido, sus antecedentes y circunstancias personales». En este caso, con un lenguaje abiertamente securitario, el legislador reclama con mayor claridad un pronóstico de peligrosidad sobre el sujeto, que fundamente la decisión de la expulsión.

---

[181] Énfasis añadido.

[182] STS 214/2021, de 10 de marzo [ROJ 1478/2021], FD 6. El Tribunal rechaza el argumento del recurrente, en el sentido de que la sentencia de instancia habría aludido ilegítimamente a su peligrosidad para mantener la sustitución de la pena por la expulsión. Con todo, el razonamiento del TS gira sobre todo en torno al juicio de proporcionalidad que requiere expresamente el art. 89.4 CP.

6.2 Medidas de derecho penitenciario

Existen disposiciones que contemplan la peligrosidad del sujeto fuera del Código Penal. Se trata de medidas en que la predeterminación normativa de la decisión es más ligera y no existe un corpus dogmático equiparable al del ordenamiento penal. Se trata de decisiones propias del poder ejecutivo, aun cuando deban adoptarse en ocasiones por órganos judiciales. La valoración de riesgos, en su contenido sustantivo, está menos encorsetada jurídicamente. No en vano, la presencia de técnicas punitivas actuariales en nuestro sistema no se detecta por el momento en el decisiones jurídico-penales en sentido propio, sino en los tres espacios jurídicos que nos restan por analizar.

El diagnóstico de peligrosidad es transversal a las disposiciones de derecho penitenciario. Es inherente al tratamiento carcelario de los sujetos, decisivo para la concreción del régimen de vida, su progresión, la posibilidad de salidas al exterior y las medidas de aseguramiento al interior de la institución.

Foucault subrayó el papel de la peligrosidad del sujeto en la concepción de la prisión, desde su origen mismo. En ella «[s]e organiza todo un saber individualizador tomando como referencia, no tanto el crimen cometido (al menos aisladamente), sino la virtualidad de peligros que el individuo contiene y se manifiesta en la conducta observada de forma cotidiana»[183]. El penitenciario es un espacio en el que el juicio penal de culpabilidad por el hecho se inclina hacia la consideración disciplinaria del sujeto, en su individualidad y expectativas de conducta:

> «[...] el castigo debe ajustarse al carácter individual y al peligro que [el sujeto] representa para los otros. El sistema de penas debe estar abierto a las variables individuales»[184]. «La técnica penitenciaria se dirige, no a la autoría del acto [en función de criterios como la voluntad libre y consciente], sino a la afinidad del criminal con su crimen [está ligado a su delito por todo un haz de hilos complejos (instintos, impulsos, tendencias, carácter)]. El delincuente, manifestación singular de un fenómeno global de

[183] Foucault (1975a, p. 393).

[184] *Ibidem*, p. 394.

criminalidad, se distribuye en clases, casi naturales, dotadas cada una de esos caracteres definidos y a las que corresponde un tratamiento específico [...]»[185].

El sujeto penal muta en «delincuente», que no es abstracción jurídica sino referencia empírica, objeto y producto de una forma de saber. El reo se toma como «unidad biográfica, núcleo de 'peligrosidad', representante de un tipo de anomalía»[186]. El juicio de culpabilidad se inclina hacia la gestión conductual del sujeto, en una suerte de encarnación del sistema punitivo.

Esta especificidad tiene reflejo en el carácter del derecho penitenciario, al tiempo judicial y ejecutivo, penal y administrativo. El tratamiento penitenciario significa una individualización «administrativa» o «ejecutiva» de la pena, tercera fase después de su determinación legislativa y concreción judicial en sentencia[187]. La prisión, inserta en la Administración penitenciaria, es un espacio jurídico complejo donde concurren el control judicial de la ejecución de la pena y la disciplina (administrativa) carcelaria; «es un ámbito en el que se superponen dos géneros de poderes y relaciones jurídico-públicas, expresión de un común *ius puniendi* del Estado: el derecho penal y la potestad organizativa y disciplinaria administrativa»[188].

La instrumentalidad punitiva carcelaria entrelaza lo penal y lo administrativo. Fenómeno que se aprecia en el carácter del Juez de Vigilancia Penitenciaria, órgano judicial propio de esta peculiar «jurisdicción», protagonista de muchas de las decisiones y valoraciones sobre los penados. Si bien se adscribe orgánicamente a la jurisdicción penal, la naturaleza de sus funciones es mixta. Se trata de un «órgano jurisdiccional complejo», con labores de ejecución de penas –asumiendo funciones propias, en principio, de los tribunales sentenciadores–; pero también de control de legalidad sobre los actos de la Administración penitenciaria para la salvaguarda de los derechos de los internos –adquiriendo facultades que, desde la teoría general, serían propias de la jurisdicción contencioso-administrativa–[189]. A esa doble faceta se suma una tercera de

[185] *Ibidem*, p. 546.

[186] *Ibidem*, pp. 548-549.

[187] Seoane Spiegelberg (1997, p. 533).

[188] Coello Martín (2009, pp. 105-106).

[189] Pérez Cepeda (2001, pp. 414-416); en sentido similar, entre otros, Alonso de Escamilla (2019, pp. 77-80) y Benítez Yébenes (2015, pp. 255-256). Considera este último que el legislador carece aún de una idea clara de lo que sea o deba ser el Juez de Vigilancia Penitenciaria. Advierte cómo, en los primeros

carácter no jurisdiccional, consistente en la emisión de informes y propuestas[190]. Esta heterogeneidad de funciones procede de su regulación en el CP[191], la LOGP y el RP[192] y la LOPJ[193].

Las valoraciones y decisiones sobre el sujeto penado, determinantes de su régimen de vida, proceden por lo tanto de una triple fuente: órgano judicial sentenciador, Administración penitenciaria y Juez de Vigilancia.

La peligrosidad inspira el ordenamiento penitenciario y el régimen interior de los establecimientos. Por ejemplo, las medidas de seguridad interior –observación de los internos, recuentos, registros, cacheos, requisas, controles, cambios de celda,

---

años tras su creación por la LOGP en 1979, la confusión de funciones y adscripción orgánica era patente en la labor de algunos de los nuevos Jueces de Vigilancia, que llegaron a practicar actuaciones estrictamente administrativas como el dictado de «órdenes» de carácter general e, incluso, la aprobación de reglamentos internos para los Centros.

[190] Benítez Yébenes (2015, p. 280); Alonso de Escamilla (2019, p. 77).

[191] Comprende las decisiones –algunas ya aludidas– de concesión, denegación y revocación de la libertad condicional (arts. 90, 91 y 308bis CP), revocación de la suspensión de la pena de prisión permanente revisable (art. 92.3 CP), exclusión de los periodos de seguridad (arts. 36.2 y 3, y 78.2 CP), suspensión de la pena privativa de libertad por enfermedad mental grave sobrevenida (art. 60 CP), abono de la prisión provisional en causa distinta de la que se decretó (art. 58 CP); también la elevación de propuestas de concreción del contenido de la medida de libertad vigilada (art. 106.2 CP), y de mantenimiento, cese o sustitución de medidas de seguridad privativas de libertad y de la propia libertad vigilada (art. 98.1 CP); además del control de la ejecución fuera de la prisión, como los trabajos en beneficio de la comunidad (art. 49 CP) y la pena de custodia familiar (arts. 96.2.4ª y 105.1.b) CP).

[192] El grueso de funciones está especificado en las normas penitenciarias, en especial en el art. 76 LOGP. Su aparado primero dispone que «tendrá atribuciones para hacer cumplir la pena impuesta, resolver los recursos referentes a las modificaciones que pueda experimentar con arreglo a lo prescrito en las Leyes y Reglamentos, salvaguardar los derechos de los internos y corregir los abusos y desviaciones que en el cumplimiento de los preceptos del régimen penitenciario puedan producirse»; previsión desglosada en un listado de atribuciones más específicas en su apartado segundo […]. El art. 77 LOGP reconoce al Juez de Vigilancia la potestad de dirigirse a la Dirección General de Instituciones Penitenciarias para formular propuestas referentes a la organización y desarrollo de los servicios dentro del centro penitenciario, y actividades regimentales, económico administrativas y de tratamiento. Racionero Carmona fue muy crítico con esta panoplia de competencias –ligeramente alterada después por LO 5/2003, de 27 de marzo–, que revela a su juicio una notable confusión en las funciones: el Juez de Vigilancia «viene a convertirse unas veces en trabajador social cualificado, otras en delegado del Tribunal sentenciador a quien se entrega ahora el control de la ejecución de las penas y medidas de seguridad, y otras [se le atribuye] el control sobre estas sin la más mínima posibilidad de ejercitarse racionalmente» (Racionero Carmona 1998, p. 43). El TC se ha pronunciado sobre las funciones del Juez de Vigilancia como «medio efectivo de control del principio de legalidad y una garantía de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos» (STC 73/1983, de 30 de julio, FJ 6), subrayando su papel en el sistema penitenciario para la salvaguarda de los derechos de los internos (SSTC 2/1987, de 21 de enero, FJ 5; 143/1997, de 15 de septiembre, FJ 5; 69/1998, de 30 de enero, FJ 1; 181/1999, de 11 de octubre, FJ 5; 9/2003, de 20 de enero, FJ 5; y 268/2006, de 11 de septiembre, FJ 1, entre otras.

[193] El art. 94.1 LOPJ se limita básicamente a reiterar las funciones previstas en la LOGP «en materia de ejecución de penas privativas de libertad y medidas de seguridad, emisión y ejecución de los instrumentos de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea que les atribuya la ley, control jurisdiccional de la potestad disciplinaria de las autoridades penitenciarias, amparo de los derechos y beneficios de los internos en los establecimientos y demás que señale la ley».

adecuación de destinos y actividades, cautelas en las salidas de los módulos y del Centro– se ajusta en su intensidad «a la potencial peligrosidad de los internos a que se apliquen», con especial atención a los internos miembros de grupos terroristas, organizaciones criminales o condenados «de peligrosidad extrema», admitiéndose, incluso, la creación de grupos especializados de funcionarios (art. 65 RP). También en las «conducciones», la entrega de los internos a las Fuerzas de Seguridad requiere acta en la que, junto con otros datos, se hará constar «cuando se estime preciso, el grado de peligrosidad del interno» (art. 38.1 RP).

Pero la peligrosidad emerge también como criterio para la toma de decisiones concretas sobre la ejecución de la pena, que se basan en específicos ejercicios de prognosis. A ellas atenderemos en este epígrafe: decisiones para determinar la calificación y el régimen penitenciarios de los internos, conceder permisos de salida y otorgar la libertad condicional.

La relevancia de la peligrosidad del sujeto como pauta de gobierno carcelario, junto con el carácter ejecutivo o administrativo del marco penitenciario, explican que este sea el espacio de mayor impacto de las técnicas de gestión de riesgos en nuestro sistema punitivo[194]. Castro Liñares ha identificado cuatro herramientas específicas de este tipo usadas en el sistema penitenciario en España, empleadas para la toma de distintas decisiones sobre los sujetos en atención a pronósticos de conducta[195]. Se trata de cuatro vías de objetivación de la peligrosidad como riesgo cuantitativo: los modelos basados en tablas de factores actuariales para la evaluación del riesgo de quebrantamiento de permisos de salida, empleadas desde mediados de los años 1990 (Tabla de Valoración de Riesgos –TVR– y de Concurrencia de Circunstancias Particulares –CCP–); el instrumento de valoración del riesgo de violencia sexual SVR-20 (*Sexual Violence Risk*), adaptado al contexto español en 2005; el Protocolo de Prevención del Suicidio (PPS) incorporado en 2014; y el instrumento RisCanvi, implementado en 2010 en el sistema penitenciario de Cataluña –con competencias de gestión penitenciaria–, para la valoración de riesgos diversos. Mientras los modelos TVR y CCP se usan específicamente en la toma de decisiones sobre los permisos

[194] De hecho, como advertimos *supra*, los primeros usos de técnicas actuariales punitivas en sentido estricto se produjeron en el sistema penitenciario estadounidense ya en la década de 1920 (Harcourt 2007a, pp. 39 y ss.).

[195] Castro Liñares (2019, pp. 105 y ss.).

penitenciarios, RisCanvi, SVR-20 y PPS se utilizan para la adopción de múltiples decisiones penitenciarias, en los ámbitos definidos en cada caso.

Este despliegue técnico evidencia que la Administración penitenciaria ha sido especialmente porosa a lógicas gerenciales de funcionamiento y decisión, a las que responde el recurso a medios estandarizados y «objetivos» de gestión de la peligrosidad[196]. Esta afirmación pareciera chocar, sin embargo, con la restricción impuesta por el art. 6.1 RP (bajo la rúbrica «Limitación de uso de la informática penitenciaria»), al disponer que:

> «Ninguna decisión de la Administración penitenciaria que implique la apreciación del comportamiento humano de los reclusos podrá fundamentarse, exclusivamente, en un tratamiento automatizado de datos o informaciones que ofrezcan una definición del perfil o de la personalidad del interno».

Tal prohibición ha sido leída como síntoma de recelo hacia la incorporación de instrumentos de valoración y gestión de riesgos en el ámbito penitenciario[197] o como freno normativo que ha desincentivado tal implementación[198]. No compartimos este diagnóstico. La previsión del art. 6.1 RP no guarda relación con perspectivas criminológicas sobre el modo de objetivar la peligrosidad, ni revela criterios de gobierno penitenciario. En nuestra opinión trae causa, exclusivamente, de las exigencias normativas sobre protección de datos de carácter personal. Así se deduce de una lectura conjunta de los cuatro apartados del artículo, que remiten expresamente a la normativa sobre protección de datos. Así lo demuestra, también, la jurisprudencia sobre el precepto –que gira casi en exclusiva en torno al Fichero de Internos de Especial Seguimiento (FIES)–. Los tribunales entendieron que el art. 6.1 RP no era «más que la traslación al ámbito penitenciario de la disposición del artículo 12 de la LORTAD» (LO 5/1992, de 29 de octubre, de regulación del tratamiento automatizado de los datos de carácter personal)[199]. En realidad, nos parece que la previsión del RP (aprobado en

---

[196] *Vid.*, ampliamente, Brandariz García (2016).

[197] Así, Castro Liñares (2019, p. 110)

[198] Brandariz García (2016, p. 202).

[199] AAP Madrid 271/2001, de 9 de febrero [ROJ M 170/2001], FD 2º; AAP Santander 166/2005, de 5 de diciembre [ROJ S 546/2005], FD 1º; AAP Soria 43/2007, de 11 de abril [ROJ SO 43/2007], RJ 2º. El art. 12 LORTAD disponía que: «El afectado podrá impugnar los actos administrativos o decisiones privadas que impliquen una valoración de su comportamiento cuyo único fundamento sea un tratamiento

1996) guarda aún más relación con el contenido del art. 15 de la Directiva sobre tratamiento de datos personales aprobada el año anterior[200]. La transposición de la norma, fuera de plazo, se produjo mediante la LO 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal (hoy derogada), en cuyo art. 13.1 se preveía similar prohibición con carácter general:

> «Los ciudadanos tienen derecho a no verse sometidos a una decisión con efectos jurídicos, sobre ellos o que les afecte de manera significativa, que se base únicamente en un tratamiento de datos destinados a evaluar determinados aspectos de su personalidad»

Restricción que, bajo nuevos ropajes, ha pervivido en el RGPD (art. 22 y concordantes) y la LOPDGDD (arts. 11.2 y 18, entre otros), alcanzando ahora a la «elaboración de perfiles». Cuestión con hondas repercusiones para las decisiones algorítmicas, como veremos en el capítulo siguiente.

Desde esta perspectiva, el art. 6.1 RP no puede leerse como traba o recelo para la incorporación de técnicas de gestión de riesgos, incluso con aplicación tecnológica. Al contrario, supuso una previsión que permitía incorporar tales instrumentos salvaguardando las limitaciones derivadas de la protección de datos. Es norma habilitante más que obstativa. Su regulación, no obstante, debe leerse en relación a las sucesivas normas aprobadas con incidencia en el tratamiento automatizado de datos de carácter personal; en especial, la recién aprobada LO 7/2021, de 26 de mayo, de protección de datos personales tratados para fines de prevención, detección, investigación y enjuiciamiento de infracciones penales y de ejecución de sanciones penales (LOPD-ISP) –que ha transpuesto con mucho retraso la Directiva (UE) 2016/680, de 27 de abril de 2016, relativa a la protección de datos personales tratados en el marco de la cooperación policial y judicial en materia penal (DPDP-ISP)–.

---

automatizado de datos de carácter personal que ofrezca una definición de sus características o personalidad».

[200] Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos. El art. 15.1 de la norma disponía que: «Los Estados miembros reconocerán a las personas el derecho a no verse sometidas a una decisión con efectos jurídicos sobre ellas o que les afecte de manera significativa, que se base únicamente en un tratamiento automatizado de datos destinado a evaluar determinados aspectos de su personalidad, como su rendimiento laboral, crédito, fiabilidad, conducta, etc.».

6.2.1 La peligrosidad como criterio penitenciario

La LOGPD concibe el tratamiento penitenciario como una planificación basada en el «estudio científico» de la personalidad del sujeto, a partir de un enjuiciamiento global de sus características: constitución, temperamento, carácter, aptitudes y actitudes, y su evolución (art. 62.a) LOGP). Tal planificación se basa, pues, en un diagnóstico de personalidad, pero también en «un juicio pronóstico inicial» emitido a partir de las variables mencionadas, así como en su actividad delictiva y en «todos los datos ambientales, ya sean individuales, familiares o sociales, del sujeto» (art. 62.b) LOGP). El internamiento implica, por lo tanto, un primer pronóstico de conducta y necesidades, de tipo esencialmente clínico: el precepto alude expresamente al uso de métodos médico-biológicos, psiquiátricos, psicológicos, pedagógicos y sociales en relación a la personalidad del interno, para la individualización del tratamiento (art. 62.c) LOGP).

No obstante, esa individualización está encorsetada por la clasificación penitenciaria previamente dictada. Las «variables y criterios de clasificación» se especifican en el art. 102 RP, según las reglas y procedimiento de arts. 103 y siguientes [201]. Se trata de una decisión que no supone explícitamente prognosis en su clasificación inicial, ni progresión de grado, pero que anticipa pronóstico sobre el éxito del tratamiento en sus distintas variantes. Requiere, según aquel precepto, ponderar «la personalidad y el historial individual, familiar, social y delictivo del interno, la duración de las penas, el medio social al que retorne el recluso y los recursos, facilidades y dificultades existentes en cada caso y momento para el buen éxito del tratamiento», así como las «circunstancias personales y penitenciarias» que denoten que el interno está capacitado, o no, para vivir en semilibertad». Lo que supone, obviamente, pronóstico sobre sus conductas delictivas potenciales[202].

[201] Los grados de clasificación están especificados en el art. 101 RP: segundo grado, que implica la aplicación de las normas de régimen ordinario; tercer grado, que determina la aplicación del régimen abierto; primer grado, que supone la aplicación de las normas de régimen cerrado.

[202] Así puede constatarse en STC 167/2005, de 20 de junio, donde el Tribunal otorga amparo a un interno por error en la valoración de los factores concurrentes para el acceso al tercer grado. Administración penitenciaria y Juez de Vigilancia denegaron el acceso ante las «serias dudas en orden a la actividad que pueda realizar el recurrente fuera de prisión». Sin embargo, a juicio del Tribunal, los informes en que se sustentó la decisión no contenían el mínimo indicio que permitiera llegar a tal conclusión. Aprecia, por lo tanto, error material en las resoluciones recaídas (FJ 5).

El pronóstico conductual se expresa en tres decisiones de clasificación. Por un lado, para la aplicación del régimen cerrado a penados clasificados en primer grado o internos preventivos que evidencien *peligrosidad extrema* o manifiesta inadaptación a los regímenes comunes (arts. 10 LOGP, 74.3, 89 y 96 RP). En concreto, dentro del régimen cerrado, el diagnóstico de peligrosidad extrema determina, entre otras causas, que el internamiento en «departamento especial» de control directo (art. 91.3 RP), con las condiciones regimentales especificadas en el art. 93. El Reglamento acoge en el art. 102.5 una enumeración no exhaustiva de factores que pueden ser tenidos en cuenta, entre otros, para el juicio de peligrosidad extrema o la inadaptación al régimen penitenciario. Son factores referidos al tipo de antecedentes delictivos del sujeto, atendiendo en especial a su tipo y modalidad comisiva, y la conducta evidenciada en el interior del establecimiento[203]. Mientras el juicio de peligrosidad extrema se refiere a la peligrosidad criminal del interno, la inadaptación aludiría a una «peligrosidad penitenciaria», es decir, el riesgo que plantea para el orden del propio establecimiento[204].

En segundo lugar, el art. 104.4 RP contempla la aplicación especial del tercer grado, con independencia de las variables del proceso de clasificación, a los «penados enfermos muy graves con padecimientos incurables», «por razones humanitarias y de dignidad personal, *atendiendo a la dificultad para delinquir y a su escasa peligrosidad*»[205]. El pronóstico, en este caso, valora la incidencia de la patología padecida en las condiciones de vida del establecimiento y la capacidad delictiva que conserva el sujeto, donde son relevantes, obviamente, los informes médico-forenses[206].

---

[203] El precepto cita, concretamente: la naturaleza de los delitos cometidos a lo largo del historial delictivo del interno, que denote una personalidad agresiva, violenta y antisocial; la comisión de actos que atenten contra la vida o la integridad física de las personas, la libertad sexual o la propiedad, cometidos en modos o formas especialmente violentos; la pertenencia a organizaciones delictivas o a bandas armadas, mientras no muestren signos inequívocos de haberse sustraído a la disciplina de dichas organizaciones; la participación activa en motines, plantes, agresiones físicas, amenazas o coacciones; la comisión de infracciones disciplinarias calificadas de muy graves o graves, de manera reiterada y sostenida en el tiempo; y la introducción o posesión de armas de juego en el Establecimiento, así como la tenencia de drogas en cantidad importante, que haga presumir su destino al tráfico (art. 102.5 RP).

[204] Voto Particular del magistrado Sáez Valcárcel al AAN 758/2020, de 29 de octubre [ROJ 4770/2020].

[205] Énfasis añadido

[206] Por ejemplo, ATS 1398/2015, de 10 de septiembre, Sala de lo penal [ROJ 8591/2015], que ratifica la denegación de acceso al tercer grado de un interno. Si bien «concurre el requisito de la enfermedad grave e incurable, al que alude el art. 104 del RP, la enfermedad no ha sumido al recurrente en un estado de postración tal que afecte a su dignidad el continuar en una institución penitenciaria; el

Por último, la valoración de peligrosidad es determinante para la progresión y regresión de grado penitenciario (art. 106 RP). El tránsito clasificatorio depende de la evolución percibida, es decir, de la modificación de los factores relacionados con la actividad delictiva, y el *incremento* –en su caso– *de la confianza* depositada en el interno (art. 106.2 RP). En cambio, la regresión arranca al apreciar en el recluso *una evolución negativa en el pronóstico de integración social y en la personalidad o conducta del interno* (art. 106.3 RP). En el caso de progresión al tercer grado, la prognosis anticipa o pronostica la capacidad del interno de vivir en régimen de semilibertad sin incurrir en nuevas conductas delictivas, ponderando múltiples factores que atañen al sujeto y su entorno[207].

6.2.2 El Fichero de Internos de Especial Seguimiento

En este conjunto de disposiciones sobre clasificación y régimen penitenciario es preciso aludir al Fichero de Internos de Especial Seguimiento (FIES), cuyo juicio de constitucionalidad fue ya apuntado. La jurisprudencia ha sentado la validez del Fichero en que no configura un régimen penitenciario específico para los internos que incluye.

a) Características técnicas del Fichero

El FIES es formalmente un «fichero penitenciario»: un instrumento de recogida y sistematización de información sobre determinados grupos de internos[208]. Ha sido

---

informe médico forense y del servicio médico del centro revelan que el tratamiento seguido para la enfermedad del interno ha obtenido una buena respuesta inmune y viral, pudiendo llevar una vida normal en el módulo penitenciario, por lo que le Tribunal puede concluir tras dicha pericia que no se cumplen los requisitos del art. 104.4 del RP, esto es, la dificultad para delinquir y la escasa peligrosidad criminal» (FJ Único.C).

[207] Sirva el ATS 475/2016, de 11 de febrero [ROJ 2678/2016] para ilustrar la complejidad de tal pronóstico. «El Auto impugnado valora que es cierta la reciente evolución positiva en prisión y el apoyo familiar en el exterior del recurrente –aun cuando sus padres no podían acogerle, condicionados por las circunstancias en que se les otorgó la guarda de su nieto, hijo del recurrente–; pero no se comparte con este la deducción de que su peligrosidad criminal haya desaparecido, hasta hacerle capaz de seguir una vida en régimen de semilibertad sin cometer delitos. [...] [E]s un consumidor problemático de alcohol con un pronóstico de reincidencia tendente a alto. [...] [E]l consumo descontrolado de alcohol constituye un claro factor criminógeno; la negativa del recurrente a recibir tratamiento, al menos el que podría proporcionarle el centro, constituye un dato muy importante. El informe psicológico constata déficits en el recurrente relativos a la capacidad de resolución de conflictos, autocontrol, impulsividad, y otros extremos, con el contexto relacional y valores delincuenciales» (FJ Único.C).

[208] Sobre el FIES, su evolución y los problemas jurídicos que ha suscitado *vid.* Brandariz García (2001), Carou (2018), Arribas López (2012), Cervelló Donderis (2012).

regulado desde 1991 por Órdenes-Circulares, Órdenes de Servicio, Protocolos, Circulares y, finalmente, Instrucciones de la Administración Penitenciaria[209]. La última fase de desarrollo arranca con la Instrucción de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias 21/1996, de 16 de diciembre (apartado 1.A, «Normas seguridad relativas a internos incluidos en el Fichero de Internos de Especial Seguimiento»), sustituida después por la Instrucción de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias 6/2006, de 22 de febrero («Protocolo de actuación en materia de seguridad») y, más tarde, por la Instrucción de la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias 12/2011, de 29 de julio («Internos de especial seguimiento/Medidas de seguridad»).

Su objetivo consiste en poner a disposición de los gestores penitenciarios una «base de datos» de carácter administrativo con una amplia información *sobre determinados grupos de internos de alta peligrosidad*, que permita una «rápida localización de cualquier dato». Las Instrucciones se esfuerzan por aclarar que, en cuanto sistema de información, el Fichero es «una prolongación del expediente/protocolo personal penitenciario». Su utilidad sería suministrar información que contribuya «al cumplimiento de la función básica de seguridad», «velar por la vida e integridad de los internos y funcionarios, así como por la seguridad de los propios Centros a fin de lograr la retención y custodia y una convivencia ordenada»[210]. Es decir, su finalidad explícita es de índole administrativa securitaria pero no de tratamiento penitenciario[211]. Su utilidad será, según las Instrucciones, meramente informativa, al sistematizar los datos para orientarlos a la individualización de las intervenciones. Pero la inclusión en el fichero no determina un tratamiento concreto[212].

---

[209] Una enumeración detallada de estos distintos instrumentos puede encontrarse en Arribas López (2010 y 2012).

[210] *Vid.* apartado 1.A.1 («Regulación del Fichero») de la Instrucción DGIIP 21/96, apartados 1 («Introducción») de la Instrucción DGIIP 6/06 y de la Instrucción SGIIP 12/11.

[211] La Instrucción 21/96 justificaba el Fichero en la «necesidad de disponer de una amplia información de determinados grupos de internos», con una «base de datos que permita conocer sus intervinculaciones y una adecuada gestión regimental, ejerciendo un control adecuado frente a fórmulas delictivas altamente complejas y potencialmente desestabilizadoras del sistema penitenciario». Las Instrucciones 6/06 y 12/11 calificaban el Fichero como «un instrumento más de la Administración Penitenciaria, en orden a contribuir a la seguridad y al cumplimiento de otras funciones legalmente asignadas y, con el objetivo inmediato, de recibir, almacenar y tratar información relevante».

[212] Esa utilidad enlazaría con el diagnóstico que el art. 62.b) LOGP requiere como principio del tratamiento, que habrá de basarse en «el resumen de su actividad delictiva y de todos los datos ambientales, ya sean individuales, familiares o sociales, del sujeto». Así lo consideran los AAP Santander 166/2005, de 5 de diciembre [ROJ S 546/2005], FD 1º y AAP Zaragoza 552/2011, de 15 de julio [ROJ Z 1408/2011], FJ 1º.

La peligrosidad que provoca la inclusión en el Fichero se deduce de forma distinta según las cinco categorías que estructuran la base de datos. Solo el FIES-1 CD (Control Directo) se basa en una estimación individual estricta de peligrosidad: se incluyen en este colectivo los «internos especialmente conflictos y peligrosos, protagonistas e inductores de alteraciones regimentales muy graves que hayan puesto en peligro la vida o integridad de los funcionarios, autoridades, otros internos o personal ajeno a la Institución». Otras tres categorías se basan en una presunción de peligrosidad en función del tipo de delito que haya determinado la condena de los internos: FIES-2 DO (Delincuencia Organizada) –NA (Narcotraficantes en la inicial Instrucción DGIIP 21/96–; FIES-3 BA (Bandas Armadas); y FIES-4 FS (Fuerzas de Seguridad y Funcionarios de Instituciones Penitenciarias). Por último, la categoría FIES-5 CE (Características Especiales) es heterogénea. Incluye «diversos grupos de internos que[,] dadas sus características criminológicas o penitencias, precisan de un especial seguimiento»[213].

El Fichero sirve a la administración de la peligrosidad, claramente para los incluidos en FIES-2 y 3, para internos pertenecientes a grupos terroristas y otros grupos de delincuencia organizada[214].

---

[213] Por: su historial penitenciario altamente conflictivo, evasivo o violento; ser autores de delitos graves contra las personas, la libertad sexual o delitos de corrupción, «que hayan generado gran alarma social», su vinculación a colectivos o grupos violentos; su «fanatismo radical» islamista, afinidad al ideario terrorista de ese tipo, o realizar acciones de presión o captación en el Centro (todo ello, aun sin haber sido condenados por terrorismo islamista); haber sido condenados por un Tribunal Penal Internacional; o ser colaboradores de la Justicia contra bandas terroristas u otras organizaciones criminales. El contenido de esta quinta categoría ha variado respecto a su regulación en las Instrucciones DGIIP 21/96 y 6/06. Según la primera se incluían en el colectivo FIES-5: «temporalmente, aquellos que evolucionan de forma muy positiva en el colectivo CONTROL DIRECTO; internos vinculados a la delincuencia común de carácter internacional; autores o presuntos responsables de delitos extraordinariamente violentos contra la libertad sexual, que además hayan causado gran alarma social y finalmente, los reclusos ingresados por negarse a realizar el servicio militar o rehusare realizar la prestación social sustitutoria». La segunda de las Instrucciones definió su contenido de forma similar a la vigente del año 2012, con solo dos diferencias: admitía la inclusión en el FIES-5 de cualquier interno condenado por ilícito generador de gran alarma social, sin especificar modalidades delictivas concretas; y la vinculación con grupos violentos solo era causa de inclusión en el Fichero si aquellos tenían carácter racista o xenófobo.

[214] El apartado 3.1 de la Instrucción SGIP 12/2011 establece que las normas de intervención con tales internos suponen «mayores medidas de precaución o estrategias preventivas». Requiere, en concreto, que la Junta de Tratamiento valore las «variables referidas a la peligrosidad y la consiguiente exigencia de medidas de control específicas» en el momento de la asignación al interno del Programa Individualizado de Tratamiento o modelo de intervención, tratándose de internos preventivos. Tal valoración de peligrosidad permite, en su caso, limitar la realización de tareas en el exterior del Departamento de destino, el acceso a teléfonos u otros medios de comunicación con el exterior, y los contactos otros internos del mismo colectivo, o estimados «conflictivos y peligrosos».

El FIES se configura como un sistema de tratamiento parcialmente automatizado, cuya finalidad es la «gestión y control de internos en los ámbitos de régimen, tratamiento y seguridad»[215]. Incorpora datos de carácter identificativo, datos de características personales[216], y datos relativos al historial de infracciones penales[217]. Su régimen jurídico integra aspectos penitenciarios y administrativos, generando no pocos problemas de deslinde. A tenor de la jurisprudencia, los conflictos suscitados en torno al Fichero son de tres tipos: discusiones sobre su admisibilidad legal atendiendo a las consecuencias de su aplicación sobre los internos; problemas formales en cuanto a su fuente reguladora, desde el punto de vista del principio de legalidad; y cuestiones relativas a la inclusión y exclusión de internos en el Fichero, donde afloran especialmente las polémicas competenciales. Atenderemos a estas tres líneas de tratamiento jurisprudencial, en la medida en que se trata de polémicas inducidas, en gran medida, por un instrumento administrativo-penitenciario orientado expresamente a la contención de la peligrosidad de determinados internos.

El FIES refleja con nitidez algunos problemas jurídicos característicos del tratamiento de la peligrosidad: creación de espacios ambiguos o mixtos en el derecho punitivo y recurso a instrumentos regulativos no ortodoxos que habiliten actuaciones de índole sustancialmente técnica, aunque ello llegue a dañar principios jurídicos centrales.

b) La gestión de la peligrosidad mediante el FIES

El grueso de la jurisprudencia sobre el FIES se refiere a la validez jurídica del Fichero, desde el punto de vista de los arts. 6 a 9 RP y 62 y 72 LOGPD, es decir, a su compatibilidad con las limitaciones en el uso de la informática, el tratamiento de datos

[215] Las características técnicas del Fichero están previstas en el Anexo I de la Orden INT/1202/2011, de 4 de mayo, por la que se regulan los ficheros de datos de carácter personal del Ministerio del Interior. El FIES se incluye como fichero núm. 28 de los adscritos a la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias.

[216] Respectivamente: número de identificación del interno, nombre y apellidos, dirección y marcas físicas; estado civil, datos de familia, fecha y lugar de nacimiento, edad, sexo, nacionalidad y características físicas o antropométricas.

[217] Prevé, además, que los datos han de provenir del propio interesado, mediante formularios, encuestas o entrevistas como procedimiento de recogida, bien en soporte papel o informático/magnético. Se admiten comunicaciones de datos, únicamente, a la Secretaría de Estado de Seguridad para el ejercicio de las competencias propias de Policía Nacional y Guardia Civil (arts. 12 y 13 LOFCS).

por la Administración penitenciaria y el principio de individualización del tratamiento. La intervención frente a la peligrosidad de los internos FIES supone la aplicación de un régimen de vida diferenciado, deducido automáticamente de la inclusión en el Fichero, podría, por ello, vulnerar, al tiempo, el art. 6.1 RP y el principio de individualización científica del tratamiento impuesto por la LOGP.

Como señalamos, el art. 6.1 RP proscribe la toma de decisiones penitenciarias que impliquen «la apreciación del comportamiento humano de los reclusos» fundadas, «exclusivamente, en un tratamiento automatizado de datos o informaciones que ofrezcan una definición del perfil o de la personalidad del interno». La jurisprudencia ha adoptado el precepto como parámetro de enjuiciamiento en la aplicación del régimen FIES, pese a que el Fichero parece salvar la limitación del Reglamento. Se configura técnicamente como «semiautomatizado», ya que la inscripción de internos requiere una decisión singular no automatizada. La discusión no se ha centrado en la inclusión, sino en las consecuencias que pueden derivarse de ella. No prejuzga la clasificación de los internos, ni veda su derecho al tratamiento, ni «la fijación de un sistema de vida distinto de aquel que reglamentariamente corresponda» [218]. Es decir, la prohibición del automatismo se predica también sobre los efectos de la inscripción en el Fichero. A la misma conclusión llegó el TC, recordemos, argumentando desde la necesidad de individualización del tratamiento que se deduce del art. 25.2 CE[219]. Por ello, el régimen del Fichero insiste en su carácter administrativo y su orientación hacia la seguridad y el buen orden del establecimiento.

Sin embargo, el contenido del régimen previsto por las sucesivas Instrucciones, para las distintas categorías FIES, suscita dudas sobre su carácter meramente informador y administrativo. En especial con aquellas medidas más restrictivas aparejadas al régimen FIES, como los cambios sistemáticos de celda, la exclusión de la posibilidad de obtener destinos extramodulares, o el incremento en la frecuencia de los cacheos y registros.

---

[218] Así se expresa el apartado 4 del art. 6 RP, introducido por RD 419/2011, de 25 de marzo. En el mismo sentido se han expresado las tres Instrucciones que sucesivamente al regulado el Fichero. La jurisprudencia lo ha reiterado, vinculando habitualmente tal advertencia al art. 6.1 RP (entre otras, AAP Sevilla 392/2005, de 3 de octubre [ROJ SE 2160/2005], FJ 2º; AAP Salamanca 452/2017, de 4 de diciembre [ROJ SA 597/2017], FD 2º; AAP Pontevedra, de 15 de abril [ROJ PO 585/2019], FD 2º; AAP Zaragoza 1672/2019, de 4 de noviembre [ROJ Z 1672/2019], FD 1º).

[219] SSTC 175/1997, de 27 de octubre, FJ 6; 170/1996, de 29 de octubre, FJ 5.

La jurisprudencia ha declarado, en los casos enjuiciados, que la incorporación al Fichero no supone afección directa sobre los derechos fundamentales ni penitenciarios de los internos. Verifica así el carácter de «protocolo» de seguridad de la herramienta, sin que, a juicio de los Tribunales, de su aplicación deriven consecuencias automáticas en el régimen de vida o el tratamiento[220]. Este carácter se ha defendido incluso en el caso de aplicación de las medidas más restrictivas ya mencionadas., cuya previsión sugiere automatismo aplicativo[221]. Se ha subrayado en ocasiones la necesidad de motivación específica en cada caso por «razones de seguridad debidamente justificadas»[222], si bien la distinción entre una decisión deducida de la catalogación en el registro y una motivación *sobre* los datos del registro puede ser tenue[223].

En alguna ocasión la jurisprudencia ha cuestionado la proclamada ajenidad del Fichero respecto a la clasificación y régimen de vida de los internos[224], llegando a revocar medidas restrictivas sobre internos FIES, al advertir automatismo en su aplicación[225].

---

[220] Entre otras, AAAP Jaén 17/2002, de 15 de febrero [ROJ J 3/2002], RJ 1º; AAP Soria 43/2007, de 11 de abril [ROJ SO 43/2007], RJ 2º; Madrid 184/2006, de 19 de enero [ROJ M 105/2006], RJ 1º; Huelva 72/2007, de 13 de febrero [ROJ H 83/2007], RJ Único; Madrid 2155/2007, de 9 de mayo [ROJ M 4296/2007], RJ 2º; Madrid 645/2009, de 19 de febrero [ROJ M 1202/2009], FJ 1º; Pontevedra 140/2009, de 8 de abril [ROJ PO 468/2009], RJ Único; Zaragoza 552/2011, de 15 de julio [ROJ Z 1408/2011], FJ 1º; Madrid 1699/2012, de 30 de abril [ROJ M 13575/2012], RJ 1º; Salamanca 452/2017, de 4 de diciembre [ROJ SA 597/2017], FD 3º; Salamanca 129/2018, de 16 de abril [ROJ SA 170/2018], FD 3º; Pontevedra 319/2019, de 15 de abril [ROJ PO 585/2019], FD 3º; Pontevedra 763/2019, de 17 de octubre [ROJ PO 1598/2019], RJ 1º; Salamanca 392/2019, de 31 de enero [ROJ SA 227/2020], FD 2º.

[221] Así se aprecia en el caso de las actuaciones previstas para el colectivo FIES-2 NA (Narcotraficantes) en el apartado 1.A.5 de la Instrucción 21/96, y los colectivos FIES-2 DO (Delincuencia Organizada) y FIES-3 BA (Bandas Armadas) en el apartado 3.1 de la Instrucción 12/11.

[222] AAP Madrid 271/2001, de 9 de febrero [ROJ M 170/2001], FD 5º.B).

[223] La AP Madrid trata de aclarar el sentido de tal motivación: «por ser narcotraficante no tiene una persona por qué ser cacheado, cambiado de celda o privado de ciertos destinos. Pero si consta vgr que cuenta con apoyo exterior y que hay personas dispuestas a facilitar su fuga, es natural [sic] que esos datos se incorporen al Fichero y que se obre en consecuencia por las Autoridades que tienen la responsabilidad de custodia» (AAP Madrid 670/2004, de 16 de marzo [ROJ M 2197/2004], RJ 1º).

[224] AAAP Sevilla 392/2005, de 3 de octubre [ROJ SE 2160/2005] y 538/2007, de 4 de abril [ROJ SE 1949/2007], FJ 2º. El Tribunal «alberga serias dudas» sobre el auténtico sentido del FIES, y aprecia automatismo en la imposibilidad de obtener permisos extramodulares y los cambios periódicos de celda previstos para los internos FIES-2 en la Instrucción 21/96. Los AAAP Madrid 58/1999, de 20 de enero [ROJ M 78/1999] y 92/1999, de 28 de enero [ROJ M 143/1999] fueron todavía más taxativos. «Todas estas medidas, aunque en la Instrucción se diga lo contrario, suponen de forma evidente el sometimiento del interno a un régimen especial no regulado por la Ley ni el Reglamento Penitenciarios [...]» (RJ 2º). Téngase en cuenta que las secciones penales de las Audiencias Provinciales, conociendo en apelación, carecen de competencia para declarar la ilegalidad de las Instrucciones, de carácter administrativo.

[225] Por ejemplo, AAAP Sevilla 391/2005, de 3 de octubre [ROJ SE 2153/2005], FJ Único; y 292/2006, de 7 de junio [ROJ SE 1026/2006], FJ 2º.

c) Reglamento Penitenciario y sistema de fuentes del derecho

Otra duda de validez sobre el FIES nace de su regulación en base a una «Instrucción». En los Autos de las Audiencias Provinciales encontramos pronunciamientos que admiten la suficiencia de dicho instrumento normativo, al encontrar habilitación suficiente en el RP y la legislación sobre protección de datos[226], o en su carácter de «reglamento administrativo de organización» dictado en el marco de una relación de «sujeción especial», según el TC ha catalogado la relación jurídico-administrativa penitenciaria[227].

La Instrucción 12/1996 fue objeto de análisis de legalidad más minucioso en la vía contencioso-administrativa[228]. Implicó declaración parcial de nulidad por parte de la Audiencia Nacional[229], si bien el Tribunal admitió la validez general del grueso de la Instrucción. La concepción restrictiva del derecho punitivo, como ordenamiento sancionador, lleva a la Audiencia a admitir la regulación reglamentaria de las medidas aparejadas al FIES[230]. Tampoco apreció contradicción entre el Fichero en art 6 RP y la legislación sobre protección de datos[231].

---

[226] AAP Ciudad Real 13/2003, de 17 de marzo [ROJ CR 24/2006], RJ 6º; AAP Santander 166/2005, de 5 de diciembre [ROJ S 546/2008], FD 2º.

[227] AAP Madrid 32/2002, de 11 de enero [ROJ M 39/2002], FD 3º. Sobre el régimen FIES y la relación de sujeción especial penitenciaria *vid.* Solar Calvo (2019, pp. 792 y ss.) y Cervelló Donderis (2012), esta última prestando especial atención a las afecciones al principio de legalidad.

[228] SAN de 1 de marzo de 2004, Sala de lo contencioso [ROJ 1415/2004]. La Sentencia es fruto del recurso contencioso-administrativo interpuesto por la asociación «Madres Unidas contra la Droga de Madrid», contra la Instrucción DGIIP 12/1996. Aunque la AN apenas detalla los aspectos formales y procesales del recurso, no alberga dudas sobre el carácter reglamentario de la Instrucción, pese a su denominación formal.

[229] Declaró la nulidad de su apartado B.1.A.13, que limitaba a tres horas las llamadas «visitas de convivencia» (con pareja sentimental o hijos de hasta diez años) frente a las seis horas que estipula con carácter general el art. 45.6 RP. La AN reprocha que tal restricción se adopte «sin argumentación ni justificación ninguna [...], de manera injustificada (e innecesariamente dolorosa para el interno), y sin ninguna motivación», aun considerando «el carácter especialmente peligroso y/o inadaptado de los reclusos a los que se aplica la Instrucción»: no parece evidente que las personas admitidas en tales visitas supongan «negativa influencia sobre el preso, o sobre la seguridad u orden del establecimiento» (SAN 1 de marzo de 2004, *cit.*, FD 2º). La medida no se incluía en subapartado 1.A de la Instrucción (dedicado específicamente a las «normas de seguridad relativas a internos incluidos en el Fichero de Internos de Especial Seguimiento», sino en el 1.B («normas de régimen cerrado, de control y prevención de incidentes»). Ambos se integraban en el general en el apartado 1 («normas de seguridad, control y prevención de incidentes relativas a internos muy conflictivos y/o inadaptados), aplicable íntegramente a los reclusos FIES.

[230] Por un lado, descarta contradicción con el principio de legalidad punitiva *ex* art. 25.1 CE, por no apreciar carácter sancionador en la disposición, pues contiene solo «normas sobre seguridad, control y prevención de incidentes de un determinado tipo de internos»: «no estamos ahora enjuiciando delitos ni faltas ni tampoco infracciones administrativas (infracciones disciplinarias, que, respecto del régimen

El TS, en vía de casación, corrigió drásticamente el criterio de la AN. Sin estimar necesario enjuiciar la validez de cada una de las medidas restrictivas de la disposición, rechazó de entrada su validez formal para implementar el régimen asociado al Fichero. La Instrucción, carente de cobertura legal expresa como reglamento ejecutivo, solo puede considerarse reglamento de organización vinculada al servicio penitenciario. Su contenido, sin embargo, excede el contenido admisible para este tipo de norma, al afectar de forma directa a los derechos de los internos[232]. El Tribunal esquiva el argumento en torno al principio de legalidad en materia sancionadora, enfocando el desde los límites de potestad reglamentaria de la Administración. En consecuencia, declaró la nulidad íntegra del apartado primero de la Instrucción.

Vino a invalidar, paradójicamente, una disposición sin vigencia, ya que la Instrucción objeto del recurso había sido derogada por la nueva Instrucción 6/2006[233]. Pero la STS tuvo mayores repercusiones a medio plazo. La falta de cobertura normativa achacada por el Tribunal pretendió ser colmada con la reforma del RP operada

---

penitenciario, se regulan en el Art. 42 de la LOGP)» (SAN 1 de marzo de 2004, *cit.*, FD 4º). La Audiencia halla justificación suficiente para las restricciones que la Instrucción admite para los reclusos FIES en cuanto a sus comunicaciones escritas y telefónicas, los derechos a la información, acceso a la cultura y desarrollo integral de la personalidad (en cuanto a las limitaciones en el acceso a libros y prensa y al uso de la televisión), a la integridad física y moral por imposición de tratos inhumanos y degradantes (por el régimen de aislamiento impuesto, las restricciones en las salidas de la celda, la práctica sistemática de cacheos y de «rondas nocturnas»). Entiende el Tribunal que todas estas medidas se ajustan a los márgenes de intervención admitidos por LOGP y RP (FD 4º a 8º).

[231] *Ibidem*, FD 3º.

[232] STS de 17 de marzo de 2009, Sala de lo contencioso [ROJ 2555/2009], FD 2º.

[233] Esta última quiso atajar los problemas de legalidad achacados a la regulación del FIES y, posiblemente, al resultado del recurso de casación pendiente entonces de resolución. Reconoce la Instrucción que, desde su implantación, el FIES «no ha estado libre de críticas. Sin embargo, numerosas resoluciones judiciales han venido a declarar la legalidad de la creación y mantenimiento del citado Fichero, *plenamente ajustado al ordenamiento jurídico vigente*» (Instrucción DGIIP 6/2006, apartado I; énfasis en el original). Su expositivo se esfuerza en justificar las características de los distintos colectivos de internos que integran las categorías del Fichero, y en salvar las críticas sobre el automatismo de las medidas y la exigencia de individualización del tratamiento subrayada por la doctrina constitucional –doctrina citada ya de manera puntual en la Instrucción 21/1996 (apartado 1.A.4)–. Ahora se explicita en la Introducción, a modo de principio inspirador. Ello, no obstante, con el matiz admitido por el TC, en Sentencia ya citada *supra*: «*la individualización de dichas circunstancias puede satisfacerse con la concurrencia de rasgos comunes a los pertenecientes a un colectivo de internos o a una organización* (STC núm. 141/1999, de 22 de julio)» (Instrucción 6/2006, apartado I; énfasis en el original). El contenido de la nueva Instrucción en cuanto a la previsión de medidas apenas varía respecto a la anterior, derogada *y* anulada. La variación fue ambigua incluso en la restricción invalidada por la AN. Si bien las visitas de convivencia se ajustaron a la previsión general de 6 horas del RP, «[n]o obstante, dicho tiempo podrá reducirse hasta el 50 % en aquellos Centros Penitenciarios que aún no dispongan de locales suficientes y adecuados para la celebración de las precitadas comunicaciones» (Instrucción 6/2006, apartado 3.1.1.15).

mediante RD 419/2011 de 25 de marzo. Según reza su expositivo, «[a] la luz de la citada jurisprudencia, la regulación de los procedimientos de seguridad ajustados a la potencial peligrosidad de los internos debe contenerse en una disposición administrativa de carácter general». El objetivo de la norma es, entonces, «regular los mencionados procedimientos de seguridad». Se pretendió, literalmente, «dotar de cobertura reglamentaria a los ficheros de internos de especial seguimiento». En concreto, la norma quiso habilitar a la Administración penitenciaria, de forma expresa, a implementar rutinas de evaluación y gestión de riesgos sobre los reclusos:

> «se prevé que la Administración penitenciaria pueda establecer *perfiles de internos que requieran un mayor control*. De acuerdo con esos perfiles, las medidas generales de seguridad, tales como la observación, conocimiento e información por parte de los funcionarios, se intensificarán *en función del riesgo atribuido a cada recluso*».[234]

Dos modificaciones introducidas en el RP responden a ese objetivo. Primero, se introdujo el nuevo apartado 4 en el art. 6, que autoriza a la Administración a «establecer ficheros que tengan como finalidad garantizar la seguridad y el buen orden del establecimiento, así como la integridad de los internos». Normativiza también la proscripción de que la inclusión en tales ficheros implique de suyo un régimen de vida distinto al que reglamentariamente corresponda.

Segundo, alteró el art. 65 sobre «medidas de seguridad interior» para acoger las intervenciones que venían siendo previstas en las Instrucciones FIES sin reflejo en el RP. Junto con la observación de los internos, recuentos, registros, cacheos, requisas, controles e intervenciones –ya contemplados previamente en el RP, y con desarrollo expreso en los arts. siguientes, 66 a 70–, se contemplan ahora, de forma meramente enunciativa, los cambios de celda, la asignación adecuada de destinos y las actividades y cautelas propias de las salidas de los módulos y del establecimiento. Se incorporó el nuevo apartado segundo para exigir que la intensidad de todas las medidas se ajuste «a la potencial peligrosidad de los internos a que se apliquen», con cita expresa de algunas de las categorías prototípicas del FIES (internos pertenecientes a grupos terroristas, de delincuencia organizada o de peligrosidad extrema). En el nuevo apartado tercero se admitió la creación de grupos especializados de funcionarios para su aplicación.

[234] Expositivo del RD 419/2011, de 25 de marzo (énfasis añadidos).

La Instrucción SGIIP 12/2011, aún vigente hoy, fue aprobada cuatro meses después sobre la base de esta modificación del RP –la Introducción de aquella reproduce casi por completo el expositivo del RD de reforma–. La disposición, en consonancia con los nuevos arts. 6.4 y 90.3 RP, insiste en la prohibición de automatismos en las medidas de seguridad a imponer y en su necesaria individualización en el marco del tratamiento[235]. Con todo, el conjunto de medidas previstas para los internos FIES es sustancialmente el mismo que en la Instrucción anterior, con algunas variaciones (por ejemplo, desaparece ahora la restricción en las visitas de convivencia).

Dichas medidas encontrarían ahora sustento en el RP, que haría admisible la Instrucción como reglamento ejecutivo. No obstante, el régimen sigue suscitando dudas formales y materiales. Por un lado, es todavía cuestionable que restricciones de tal calado, a nuestro juicio indudablemente punitivas, bien que no sancionadoras, se adopten bajo el manto formal de una norma *sui generis* como una Instrucción, y no por reglamento[236].

La regulación sigue presentando los problemas de «automatismo administrativo» en la gestión del riesgo, que se vienen observando desde la implantación del FIES. Aunque se exija motivación individualizada, resulta evidente que la Instrucción contempla el uso especialmente intenso de las medidas por razón del riesgo apreciado, que motiva la inclusión de ciertos internos en el Fichero. Se admiten, en definitiva, restricciones significativas a derechos de los internos, incluso fundamentales, en virtud de una valoración de riesgo efectuada por la Administración penitenciaria. Aunque tal práctica haya recibido cobertura en el RP, es discutible que sea legítima sin una habilitación clara en la LOGP.

En síntesis, la Instrucción posee un evidente carácter heteróclito. Junto a normas de alcance administrativo e informador propio de su rango, se alinean previsiones sobre la aplicación de medidas de seguridad a los internos que exceden el ámbito propiamente

[235] El art. 90.3 exige que, en los centros con módulos o departamentos de régimen cerrado, se diseñe «un programa de intervención específico que garantice la atención personalizada a los internos que se encuentren en dicho régimen, por equipos técnicos, especializados y estables».

[236] El carácter materialmente reglamentario de la Instrucción 12/2011 está fuera de toda duda. Escapa al carácter de las genuinas «instrucciones y órdenes de servicio» contempladas hoy en el art. 6 LRJSP. No obstante, su elaboración y aprobación no ofrecen las exigencias procedimentales, de participación y de publicidad de un reglamento formal.

administrativo. Se adentra así en el régimen de vida de los internos, lo que excede claramente a la habilitación reglamentaria en que se apoya.

d) Régimen administrativo de inclusión en el FIES

La decisión sobre la inclusión y exclusión del FIES consiste en un juicio administrativo de riesgo, especialmente en aquellas categorías en las que la peligrosidad no se deduce de la comisión de determinados ilícitos (FIES-1 y, en ciertos casos, FIES-5)[237].

El acuerdo de inclusión ha de considerarse un acto administrativo penitenciario que, sin embargo, según cierta jurisprudencia, no requeriría motivación[238]. Esa conclusión se ha deducido del carácter administrativo e informador del Fichero, y del innecesario consentimiento del interno para la incorporación de sus datos al registro, conforme al art. 7.1 RP[239]. En nuestra opinión, estos argumentos resultan poco consistentes si atendemos a los efectos de tal inclusión. No se trata de un mero tratamiento de datos, sino de una auténtica valoración del riesgo que habilita prácticas de gestión gravosas para los afectados. La falta de motivación choca con la exigencia del art. 35.1.a) LPAC (como acto limitador de derechos subjetivos o intereses legítimos) y, si se estimara que la decisión de incorporación es discrecional, también con el subapartado i) de dicho precepto.

Existe una línea jurisprudencial que, apartándose de aquel polémico criterio, ha controlado el contenido sustantivo de las decisiones de inclusión en el Fichero,

---

[237] El «alta y baja en el Fichero» está regulada en el apartado 2.2.2 de la Instrucción 12/2011. La decisión corresponde al Centro Directivo del establecimiento, «a la vista de los informes que se posean, de oficio o a propuesta de los responsables de los Centros». El ingreso de un nuevo interno, procedente de libertad, que reúna alguna de las características consideradas por el FIES, exige propuesta de inclusión en el Fichero.

[238] Así lo han estimado, desde el orden penal, diversas Audiencias Provinciales (por ejemplo, AAAP Madrid 32/2002, de 11 de enero [ROJ M 39/2002], FD 2º, 1176/2006, de 21 de marzo [ROJ M 2969/2006], RJ 4º y 2155/2007, de 9 de mayo [ROJ M 4296/2007], RJ 2º, y AAP Santander 166/2005, de 5 de diciembre [ROJ S 546/2008]. Pero también, lo que resulta quizá más sorprendente, por la jurisprudencia contencioso-administrativa: «lo acordado es algo que ha de hacerse en forma prácticamente instantánea sin necesidad de trámite procedimental alguno, sin necesidad de motivación alguna pues ésta se encuentra ínsita en el mismo hecho registrado que no es otro que la situación del interno» (STSJ Madrid, sala de lo contencioso, 481/2005, de 13 de mayo [ROJ M 5592/2005], FJ 3º.

[239] Esta peculiaridad de los registros penitenciaros es hoy admisible en virtud del art. 2.3 LOPDGDD, que declara dicha LO aplicable solo subsidiariamente a aquellos tratamientos de datos a los que no es directamente aplicable el RGPD, entre ellos, los realizados en el ámbito de las instituciones penitenciarias.

ponderando las circunstancias de los internos[240]. Lo cual ha provocado, en ocasiones, la revocación de las inscripciones[241]. Se ha requerido también la revisión periódica de las inscripciones, al objeto de determinar si perviven las circunstancias que motivaron su inscripción[242].

Los pronunciamientos aludidos proceden de la jurisdicción penal. Estamos, sin embargo, en un terreno de fricción entre esta y el orden contencioso-administrativo, lo que ha suscitado pronunciamientos en uno y otro sentido[243]. La polémica fue zanjada

---

[240] Así, por ejemplo, el citado AAP Santander 166/2005 entendió correcta la inclusión en la base de datos FIES-2 (según su antigua denominación «NA, Narcotraficantes») mediante un análisis de los hechos probados en la sentencia condenatoria: «visto que la actividad delictiva del interno está relacionada con el tráfico de drogas cometido por grupo organizado, pues no actuaba solo sino junto con otros, cada uno de los cuales tenía un papel y operaban en varias provincias [...] siendo el organizador y el financiador el interno» (FD 1º). Más recientemente, el AAP Alicante/Alacant 651/2018, de 12 de noviembre [ROJ A 384/2018] argumentaba sobre el comportamiento penitenciario para justificar el mantenimiento de un interno en el colectivo FIES-5: «se han detectado maniobras dirigidas a evitar el mayor control y vigilancia que implica su inclusión en el FIES, pretendiendo demostrar no ser musulmán, y mintiendo sobre su nacionalidad, compra internos para obtener sus números de teléfono y eludir la intervención telefónica a la que está sometido» (RJ 1º). El AAP Teruel 170/2020, de 7 de octubre [ROJ TE 193/2020] funda la decisión en un juicio de riesgo sobre la conducta del recluso: «la aparición de pintadas religiosas en su celda, aunque no radicales, [...] teniendo en cuenta la previa inclusión del interno en el FIES 5, [...] debe concluirse que de ello se desprende un claro riesgo de su posible radicalización religiosa, así como de influir negativamente en el resto de reclusos y en la posibilidad de que se reciban o transmitan datos o noticias del exterior que puedan repercutir en la seguridad del Establecimiento y sus trabajadores [...]» (FJ 3º). Las ponderaciones de estos dos últimos Autos incorporan «factores» problemáticos desde el punto de vista jurídico, como la nacionalidad o las manifestaciones religiosas de los internos.

[241] Así, por ejemplo, el AAP Madrid 523/2007, de 6 de febrero [ROJ M 2394/2007], que considera que el interno afectado no reúne las características de ninguno de los cinco grupos del Fichero (RJ 1º). Más detallado en su motivación es el AAP Madrid 418/2012, de 3 de febrero [ROJ M 1696/2012], sobre la presunta pertenencia del interno a colectivo violento, que determinó su inclusión en el FIES-5 CE: «se hallaron en la celda que ocupaba unos dibujos alusivos a los 'Latin Kings'. El interno reconoció el hecho, dijo que eran de un compañero de celda que había quedado en libertad y que él se había limitado a conservarlos por respeto. De estos datos, sin más añadiduras, sin más antecedentes no puede desprenderse que el penado esté integrado en la citada banda, por lo que no se cumple el presupuesto para su inclusión en el citado Fichero» (RJ 1º).

[242] AAP Huelva 231/2009, de 25 de mayo [ROJ H 388/2009], FJ 1º.B).

[243] Desde la jurisdicción penal, el AAP Jaén 102/2006, de 3 de mayo [ROJ J 229/2006] entendió que «la mera inclusión en el Fichero no es susceptible de ser revisada por el Juez de Vigilancia ni por esta Sala, pues no es sino un acto administrativo ajustado al Reglamento Penitenciario, que no supone vulneración de derechos fundamentales ni afecta [...] al tratamiento penitenciario» (RJ 1º). En cambio, las salas de lo contencioso de varios TSJ llegaron a la conclusión contraria: «La inclusión en el Fichero [...] es una actividad encuadrada en el régimen y tratamiento penitenciario», por lo que su revisión corresponde al Juez de Vigilancia Penitenciaria y, por consiguiente, a la jurisdicción penal (STSJ Comunidad Valenciana 40/2008, de 24 de enero [ROJ CV 25/2008], FD 3º. En sentido similar, SSTSJ Madrid 10633/2010, de 21 de mayo [ROJ M 12227/2010], FD 4º y 94/2015, de 24 de febrero [ROJ M 2579/2015], FD 3º). Otros pronunciamientos contencioso-administrativos no rechazaron, en cambio, su jurisdicción sobre la materia. La STSJ Madrid 10090/2009, de 23 de octubre [ROJ M 13560/2009] entra a conocer del asunto inadmitiendo el recurso por falta de agotamiento de la vía administrativa previa (considerando como tal, forzando quizá en exceso el argumento, la interposición de queja ante el Juez de Vigilancia Penitenciaria) (FD 2º). Más explícita es la STSJ Madrid 497/2013, de 24 de junio [ROJ M

por la sala tercera del TS en 2015. Entiende el Tribunal que el orden contencioso-administrativo carece de jurisdicción para conocer de la impugnación de las inclusiones de los datos de los internos en el FIES[244]. El argumento empleado es, sin embargo, sorprendente si consideramos la justificación que se ha dado al régimen FIES. Entiende el Tribunal que la competencia de la jurisdicción penitenciaria y penal se desprende del art. 76.2.g) LOGP, según el cual corresponde al Juez de Vigilancia «[a]cordar lo que proceda sobre las peticiones o quejas que los internos formulen en relación con el régimen y el tratamiento penitenciario en cuanto afecte a los derechos fundamentales o a los derechos y beneficios penitenciarios de aquellos». Es decir: el carácter penal-penitenciario, y no administrativo, a efectos jurisdiccionales, deriva para el TS de la incidencia directa que la incorporación al régimen FIES tiene en el tratamiento penitenciario y en la esfera de derechos de los internos. Aspectos negados sistemáticamente en la regulación del FIES y la jurisprudencia inferior, al sostenerse el carácter «meramente administrativo» del Fichero como eje argumental de su legitimidad.

Un último aspecto a considerar, sobre la inscripción en el Fichero, es la posible competencia de la Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) para su control. Cierta jurisprudencia penal pretendió remitir a esa vía la posibilidad de impugnación por parte de los internos, en ejercicio de los derechos de acceso, rectificación, cancelación u oposición reconocidos en la legislación tuitiva de los datos de carácter personal (hoy en los arts. 15 y ss. RGPD y 12 a 15 LOPDD)[245]. Hoy, esa aplicación de la legislación general de protección datos al FIES parece descartada. El tratamiento de datos personales en la ejecución penitenciaria está excluido del ámbito de aplicación del Reglamento europeo (art. 2.2.d) RGPD) y la norma estatal es de aplicación subsidiaria (art. 2.3 LOPDD). Lo cual remite los derechos de los internos, como

---

10526/2013], que se pronuncia sustantivamente sobre el caso, considerando innecesaria la motivación de la inclusión en el Fichero por no afectar al tratamiento penitenciario al no prejuzgar la clasificación del interno (FD 3º).

[244] STS, de 29 de junio de 2015 [ROJ 2865/2015], FD 2º. Esta doctrina ha sido aplicada después por STSJ Castilla y León 266/2016, de 23 de diciembre [ROJ CL 4782/2016], FD 2º y STSJ Madrid 2010/2018, de 28 de marzo [ROJ M 3469/2018], FD 4º, ambas emitidas por las salas de lo contencioso.

[245] AAP Madrid 32/2002, de 11 de enero [ROJ M 39/2002], según el cual «correspondería a la Agencia de Protección de Datos el pronunciamiento sobre una eventual cesación del tratamiento de estos datos o cancelación de los ficheros FIES, caso de que no se ajustaran a la Ley de Protección de Datos» (FD 2º). En el mismo sentido, AAP Ciudad Real 43/2005, de 17 de marzo [ROJ CR 45/2005], RJ 2º; y AAP Madrid 1176/2006, de 21 de marzo [ROJ M 2969/2006], RJ 3º.

titulares de datos personales, al escueto régimen de los arts. 7 a 9 RP. Este último precepto reconoce el derecho a la rectificación de los datos inexactos o incompletos (art. 9.1 RP), pero excluye de facto el hipotético derecho a la cancelación: los datos contenidos en ficheros informáticos penitenciarios «no serán cancelados cuando, ponderados los intereses en presencia, concurran razones de interés público, de seguridad y de protección de los derechos y libertades de terceros [...]» (art. 9.2 RP). Circunstancias que se dan, de suyo, en el caso del FIES.

Sobre esa base, la AEPD ha inadmitido las solicitudes de cancelación de inscripciones en el FIES formuladas por internos, aceptando sin más la denegación formulada por la Administración penitenciaria[246]. No obstante, ha reconocido el derecho de acceso a la información obrante en el FIES en virtud de su regulación general, facultad de los titulares no prevista en el RP[247]. La Agencia se ha declarado incompetente para decidir sobre la existencia o no de motivos para la inclusión en el fichero ni valorarlos, al no constituir dichos motivos datos de carácter personal[248]. Y tampoco ha entendido propio de sus facultades rectificar el contenido del FIES relativo a las circunstancias del interno, al entender que esa información constituye «manifestaciones» de la Administración y no datos personales[249].

Debe tenerse en cuenta que la posibilidad de ejercicio de los derechos de acceso, rectificación y cancelación de los datos del Fichero se ha visto afectada por la muy reciente LOPD-ISP. Su art. 24 admite nuevas restricciones al ejercicio de derechos frente al tratamiento de datos, entre otros motivos, para «evitar que se cause perjuicio a la prevención, detección, investigación y enjuiciamiento de infracciones penales *o a la ejecución de sanciones penales*»[250]. Este argumento es ahora base suficiente, no solo para limitar el derecho de supresión sino, incluso, los de acceso y rectificación.

---

[246] Resoluciones de la AEPD nº R/00557/2010, de 23 de octubre, FD 6º; R/00433/2014, de 4 de septiembre, FD 8º; RR/00284/2014, de 22 de abril, FD III; R/00840/2016, de 28 de abril.

[247] Resolución AEPD nº R/00527/2017, de 28 de junio, aplicando el art. 29 del RD 1720/2007, de 21 de diciembre, reglamento de desarrollo de la LO de Protección de Datos de Carácter Personal de 1999.

[248] Resolución AEPD nº R/01695/2010, de 24 de noviembre, FD 5º.

[249] Resolución AEPD nº R/02781/2017, de 25 de octubre, FD 6º.

[250] Art. 24.1.b) LOPD-ISP (énfasis añadido). Tales restricciones están habilitadas por el art. 15 DPD-ISP.

6.2.3 La concesión de permisos de salida

El segundo grupo de disposiciones penitenciarias que apelan a la prognosis se refieren a la concesión de permisos de salida. Se trata de un caso de especial interés porque las normas penitenciarias no atienden a la peligrosidad del sujeto, sino a una valoración construida en términos estrictos de riesgo. Estamos ante el punto de mayor condensación de técnicas actuariales en nuestro sistema.

Los permisos de salida son excarcelaciones transitorias que la legislación penitenciaria admite con ciertos requisitos y límites, y bajo distintas modalidades: permisos ordinarios para reclusos en segundo y tercer grado, extraordinarios para cualquier grado, salidas de fin de semana para los clasificados en tercer grado, y permisos a presos preventivos[251]. Nos centraremos aquí en los de tipo ordinario (y equivalentes para presos preventivos), donde cobra claro protagonismo la valoración de riesgos[252].

Los arts. 47.2 LOGP y 154 RP permiten la concesión de permisos ordinarios «como preparación para la vida en libertad» de los internos, bajo ciertos requisitos objetivos y subjetivos[253]. Entre las exigencias objetivas se cuentan: la clasificación en segundo o tercer grado de tratamiento, haber cumplido la cuarta parte de las condenas impuestas[254] y ausencia de «mala conducta». Como requisito subjetivo la decisión remite a la «conveniencia» de la concesión del permiso. Este requerimiento no se

[251] Los arts. 48 LOGP y 159 RP proyectan sobre los internos preventivos el régimen general de los permisos, ordinarios y extraordinarios

[252] La concesión de permisos extraordinarios se configura de forma más objetiva y reglada: el art. 47.1 LOGP estipula que, «En caso de fallecimiento o enfermedad grave de los padres, cónyuge, hijos, hermanos y otras personas íntimamente vinculadas con los internos, alumbramiento de la esposa, así como por importantes y comprobados motivos, con las medidas de seguridad adecuadas, *se concederán* permisos de salida, salvo que concurran circunstancias excepcionales» (énfasis añadido). El régimen de los permisos extraordinarios está desarrollado en el art. 155 RP. El TC se ha pronunciado sobre el carácter de estos en STC 4/2020, de 15 de enero, advirtiendo que su carácter extraordinario no se corresponde con la pretensión de ejercer funciones continuadas en régimen de excarcelación, incluso aunque se trate de funciones de representación política como cargo electo (FJ 5). Las salidas de fin de semana para internados en Establecimientos de régimen abierto se contemplan en el art. 87 RP. En este caso sí exige una valoración sobre el interno sobre el éxito del tratamiento: «La junta de Tratamiento regulará, de forma individualizada, en función de la modalidad de vida establecida para cada interno, de su evolución en el tratamiento y de las garantías de control necesarias, las salidas de fin de semana» de tales internados. Estos permisos se extienden, como norma general, desde las 16 h. del viernes hasta las 8 h. del lunes, más 24 horas por cada día festivo según el calendario oficial de la localidad del Establecimiento.

[253] Señalan esta diferenciación entre los requisitos Gómez López y Rodríguez Moro (2015, pp. 402-403) y Neira Folgar (2015, p. 5).

[254] Según los criterios de cómputo del art. 78 CP, ya abordado.

contiene explícitamente en los preceptos, pero se deduce de su tenor potestativo (los permisos ordinarios *se podrán conceder*) y del papel que se otorga al informe del Equipo Técnico en la valoración del riesgo de quebrantamiento durante el disfrute del permiso. El art. 156 RP impone informe desfavorable cuando «resulte probable el quebrantamiento de la condena, la comisión de nuevos delitos o una repercusión negativa de la salida sobre el interno» desde el punto de vista del tratamiento, en atención a: «la peculiar trayectoria delictiva del sujeto», su «personalidad anómala» o «la existencia de variables cualitativas desfavorables». Este precepto opera como abertura de la norma a la irrupción de técnicas de valoración de riesgos, incluidas las de tipo actuarial.

A este conjunto de condiciones se suman los límites temporales a su concesión[255] y las reglas sobre procedimiento y competencia para la resolución –repartida, según los casos, entre el Juez de Vigilancia Penitenciaria y la Dirección del Establecimiento–[256].

La naturaleza de los permisos de salida ha sido discutida. Esta polémica interesa aquí, no en sentido meramente teórico, sino porque conecta con el papel de la valoración de riesgos en la decisión sobre su otorgamiento. No hay duda de que los permisos son parte del tratamiento penitenciario y no constituyen recompensas o beneficios penitenciarios[257]. No existe consenso, en cambio, sobre su consideración

[255] Las normas citadas imponen ciertos límites temporales a la concesión de permisos ordinarios. Su duración puede extenderse hasta los siete días, y su disfrute total no puede superar los treinta y seis días por año para condenados en segundo grado, y los cuarenta y ocho días por año para los clasificados en tercer grado. La distribución será, como regla general, equitativa en los dos semestres del año. Además, en este cálculo no computan las salidas de fin de semana propias del régimen abierto, las posibles salidas programadas ni los permisos extraordinarios.

[256] El procedimiento está regulado en los arts. 160 a 162 RP. La competencia para autorizar el permiso se deduce de los arts. 76.2.i) LOGP y 161 RP. La decisión corresponde al Centro Directivo cuando se trate de permisos ordinarios de duración de hasta dos días para internos en segundo grado, y cualquiera que sea su duración para los clasificados en tercer grado. Le corresponde también autorizar los permisos extraordinarios en supuestos de urgencia. Por el contrario, la competencia es del Juez de Vigilancia cuando se trate de permisos ordinarios superiores a dos días para internos en segundo grado, en todo caso para internos preventivos, y también con carácter general en caso de permisos extraordinarios.

[257] Como advierte Alfonso Barrera (1999, p. 19), no se ubican en el Capítulo V del Título II LOGP («Recompensas»), ni en el Título X RP («Del régimen disciplinario y de las recompensas», en especial en el listado de recompensas del art. 263 del Reglamento. La vinculación de los permisos con el tratamiento penitenciario ha sido confirmada por el TC. «La posibilidad de conceder permisos de salida se conecta con una de las finalidades esenciales de la pena privativa de libertad, la reeducación y reinserción social (art. 25.2 de la Constitución) [...] y se integra en el sistema progresivo formando parte del tratamiento. [...] Todos los permisos cooperan potencialmente a la preparación de la vida en libertad del interno [...]» (SSTC 112/1996, de 24 de junio, FJ 4; 2/1997, de 13 de enero, FJ 4; 81/1997, de 22 de abril FJ 3).

como derechos de los reclusos, o bien como una mera concesión potestativa de la Administración penitenciaria o del Juez de Vigilancia[258].

Si bien el art. 4.2.e) RP reconoce el derecho de los internos «a las relaciones con el exterior previstas en la legislación», el art. 3 LOGP no hace ninguna alusión a las excarcelaciones temporales como posibilidad exigible por parte de los reclusos. Si bien la doctrina había sostenido una interpretación como «derecho subjetivo condicionado»[259] o incluso como «derecho absoluto de los internos»[260], el TC ha aclarado que la concesión de permisos prevista en la legislación penitenciaria «no es fuente, en sí misma, de derechos subjetivos en favor de los condenados a penas privativas de libertad, ni menos todavía de derechos fundamentales susceptibles de amparo constitucional»[261]. Aunque tienen una innegable conexión con el principio de resocialización del art. 25.2 CE, advierte el Tribunal que este precepto «contiene tan sólo un mandato dirigido, en primer término, al legislador penal y penitenciario», del que no se deducen derechos subjetivos en favor de los condenados[262]. El permiso ordinario de salida, «más que un propio derecho subjetivo es una medida individualizada de tratamiento penitenciario del penado, dirigida a la reinserción social de éste, cuya concesión o denegación ha de ser motivada»[263].

Desde esta lectura la doctrina ha planteado la comprensión del permiso de salida como un «derecho limitado» o condicionado[264]. A nuestro parecer, esta calificación no aclara demasiado la naturaleza jurídica de los permisos. La existencia de condiciones para la titularidad o ejercicio es un dato que nada dice sobre la naturaleza de una facultad. Todo derecho subjetivo público, pero también todo interés legítimo, plantea condicionantes. Lo relevante es precisar el grado de exigibilidad frente al poder público que la norma otorga a su titular. En este caso, descartado su carácter de derecho, el TC

---

[258] Sobre esta discusión, *vid.* Mapelli Caffarena (1983, pp. 200 y ss.), Bueno Arús (1986), Alfonso Barrera (1999, pp. 19-21), Martínez Escamilla (2002, pp. 25 y ss.), Gómez López y Rodríguez Moro (2015, pp. 399-401), Castro Liñares (2019, pp. 113-115).

[259] Bueno Arús (1986).

[260] Mapelli Caffarena (1983).

[261] STC 75/1998, de 31 de marzo, FJ 2.

[262] SSTC 81/1997, de 22 de abril, FJ 3.B); 88/1998, de 21 de abril, FJ 2.

[263] STC 115/2003, de 16 de junio, FJ 6.

[264] Por todos, Bueno Arús (1986, p. 16), Martínez Escamilla (2002, p. 29).

ha entendido el acceso a los permisos como interés legítimo de los internos[265]. Lo cual significa que la concurrencia de los requisitos y circunstancias que exige la norma no garantiza la obtención del permiso (tal concurrencia hace nacer una *expectativa* normativamente fundada, esto es, el citado interés legítimo). Pueden acaecer «otras circunstancias que aconsejen su denegación a la vista de la perturbación que puedan ocasionar en relación con los fines» propios del permiso[266].

Subsiste todavía la duda de qué tipo de decisión lleva finalmente a la concesión o denegación del permiso. Sin duda, esta decisión está jalonada de elementos reglados. Así pueden entenderse, sin duda, los requisitos objetivos de otorgamiento, aun cuando incorporen conceptos jurídicos indeterminados que apelen a su concreción técnica[267]. Por ejemplo, la exigencia de que el interno no observe mala conducta[268].

También puede entenderse reglada la valoración de riesgos a efectuar por el Equipo Técnico en su informe. A nuestro juicio, la estimación del riesgo de quebrantamiento y reiteración constituye, así mismo, un ejercicio reglado de discrecionalidad técnica y no una facultad discrecional. Ello, con independencia de que se practique según metodologías cuantitativas o cualitativas, y con arreglo a criterios más o menos estructurados. Si el cálculo de probabilidad se basa en tablas, modelos u otros instrumentos actuariales, estos operarán jurídicamente como baremos o, en términos del TC, «informes estereotipados».

Como hemos señalado, a mediados de los años 1990 la Administración penitenciaria adoptó a estos efectos las llamadas Tablas «de Valoración de Riesgo» (TVR) y «de Concurrencia de Circunstancias Particulares» (CCP). Son modelos para evaluar el riesgo de quebrantamiento en permisos de salida, para informar técnicamente

---

[265] STC 204/1999, de 8 de noviembre, FJ 4.

[266] SSTC 112/1996, de 24 de junio, FJ 4; 81/1997, de 22 de abril, FJ 3.

[267] El ejercicio de la discrecionalidad técnica para la concreción de conceptos jurídicos indeterminados ha de comprenderse como ejercicio de una potestad reglada, no discrecional. Sobre el concepto de discrecionalidad técnica y su evolución en la jurisprudencia del TS, *vid.* Fernández (2015).

[268] Así califica el concepto Beltrán Núñez (2019, p. 74). A su juicio, «se sitúa casi en el extremo negativo de las conductas posibles, que oscilarán entre la óptima o muy buena y la pésima o muy mala» Entre ambos extremos, y entre la buena y la mala, «cabrían los términos intermedios más grises –normal, discreta, aceptable, mejorable, etc.– estáticamente contemplada la conducta, y otros, quizá más importantes, si se contempla dinámicamente, esto es, según la evolución a peor o mejor». Como sucede con todo concepto jurídico indeterminado, la aplicación de la norma exigirá concreción del caso en esa escala.

su concesión o denegación[269]. Se trata de un protocolo cuantitativo, de tipo actuarial, compuesto por diez factores de riesgo que pretenden predecir «la posible existencia de circunstancias particulares en el interno, al amparo de lo establecido en el artículo 156.1 del Reglamento Penitenciario» –esto es, los motivos que imponen el sentido negativo del informe preceptivo del Equipo Técnico sobre la concesión de los permisos–[270].

La simple enunciación del conjunto de factores atendidos por el instrumento suscita dudas de admisibilidad jurídica, en especial la variable «extranjería». Si bien no nos dentendremos en una exposición del contenido de las Tablas, interesa considerar su influencia en la decisión normativa sobre la concesión de los permisos.

Como hemos advertido, el cálculo de probabilidad de quebrantamiento y reiteración delictiva, así como los otros requisitos objetivos requeridos por la norma, no determinan plenamente la decisión sobre la concesión del permiso. Operan, a lo sumo, como factores obstativos en caso de valoración negativa, y como información relevante que sostiene el interés legítimo del recluso, en caso positivo[271]. El órgano decisor puede apreciar la concurrencia de circunstancias adicionales que frustren la expectativa, según ha confirmado la jurisprudencia. Así lo ha reconocido, también, la Dirección General de Instituciones Penitenciarias:

> «Los resultados obtenidos, tanto los de carácter cualitativo como cuantitativo, no condicionan de forma matemática, el acuerdo de concesión o denegación, pero tienen que tener, lógicamente, influencia directa y el acuerdo final, dependerá de la valoración

[269] Castro Liñares (2019, pp. 120-159), Brandariz García (2016, pp. 210-219) y Férez-Mangas y Andrés-Pueyo (2018), Gómez López y Rodríguez Moro (2015, pp. 402-407), Fernández García (2014).

[270] Tales factores consideran las circunstancias de: extranjería, drogodependencia, profesionalidad delictiva, reincidencia, quebrantamientos anteriores, aplicación de régimen cerrado o de peligrosidad extrema, ausencia de permisos previos, deficiencia convivencial, lejanía del lugar de disfrute del permiso, y presiones internas a las que pueda estar sometido el interno. La apreciación de estas circunstancias eleva el nivel de riesgo de quebrantamiento. *Vid.* la Instrucción 22/1996, de 16 de diciembre, de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias, sobre permisos de salida. Esta Instrucción adoptó formalmente los criterios utilizados por los Modelos TVR y CCP. Acogió así mismo otros modelos estandarizados para la valoración del permiso disfrutado (VPD), la propuesta de salidas programadas (SPR) y comunicación de incidencias en salidas del Centro Penitenciario efectuadas sin custodia (ISA), así como una Hoja Estadística mensual de permisos (EMP). La vigencia de TVR y CCP ha sido confirmada por Instrucción DGIIP 3/2008, de 6 de marzo, sobre salidas de los internos de los centros penitenciarios.

[271] Para Beltrán Núñez, Magistrado de la Audiencia Provincial de Madrid, la valoración «sobre el buen uso de los permisos tiene que ser un juicio de muy alta probabilidad» (Beltrán Núñez 2019, p. 73).

probabilística y de todo el conjunto de argumentos y razones esgrimidos en cada caso concreto»[272].

No queda claro, sin embargo, si esta valoración conjunta de circunstancias, en la que se integra la valoración del riesgo, sigue siendo una decisión reglada de tipo técnico, o puramente discrecional. En todo caso, se atribuye un amplio margen de apreciación en la selección de los factores a considerar, y en su ponderación. Se requiere una decisión final jurídicamente motivada, pero no la pormenorización de los criterios utilizados ni la relevancia de cada uno de ellos.

El TC, en vía de amparo, ha controlado la suficiencia de las motivaciones ofrecidas para la denegación de permisos por la Administración penitenciaria y los órganos judiciales revisores. Ha valorado, en concreto, el papel que los instrumentos actuariales pueden jugar a la hora de fundamentar jurídicamente la decisión. Para el Tribunal son admisibles justificaciones escuetas con una amplia remisión a los instrumentos técnicos de valoración del riesgo (en el caso, los modelos TVR y CCP):

> «Ciertamente, esta Resolución no resulta muy expresiva de los motivos concretos que fundamentan las dos razones que justifican la desestimación adoptada, a saber: la presencia de 'unas variables de riesgo de ausencia de permisos' y 'una motivación del permiso desfavorable por concurrencia de circunstancias particulares'. Con todo, la lectura del informe estereotipado en forma de 'Tablas' emitido por la Junta de Tratamiento a la que implícitamente se remite el Auto permite constatar: respecto del riesgo de quebrantamiento de la condena, que el referido informe lo califica de '15% bajo', ya que sólo existe una circunstancia negativa y ésta no es otra que la 'ausencia de permisos' previos; y, respecto de la 'Tabla de concurrencia de circunstancias peculiares', que la Junta señala con una aspa la circunstancia 'B' 'tipo delictivo: condenado por delito contra las personas o contra la libertad sexual'; la 'D' 'trascendencia social: existencia de especial ensañamiento en la ejecución, pluralidad de víctimas o que éstas sean menores de edad o especialmente desamparadas'; y la 'E' 'fecha 3/4 partes: le resta más de cinco años para el cumplimiento de las 3/4 partes'»[273].

[272] Instrucción DGIIP 3/2008, de 6 de marzo, sobre salidas de los internos de los centros penitenciarios.

[273] STC 204/1999, de 8 de noviembre, FJ 5.

El Tribunal estima motivación suficiente la valoración técnica del riesgo, a pesar de la debilidad del «relato jurídico» y «clínico» que la envuelve. No juzga decisiva «la mayor o menor fortuna en la redacción de los razonamientos jurídicos», la tenue «especificación de las circunstancias concretas relativas al caso enjuiciado», ni la «escasa capacidad de convicción de alguno de los razonamientos individualmente considerado». Desde el punto de vista constitucional, a su parecer, el interno recibió una respuesta sobre el fondo de la pretensión motivada y fundada en derecho, con conocimiento de las razones por las que se denegó el permiso. Razones que «no pueden considerarse arbitrarias ni desconectadas con los fines constitucionales y legales» de los permisos[274].

Anteriormente, sin embargo, el TC había considerado insuficientemente motivada una denegación por el Juez de Vigilancia que aludía meramente a la falta de concurrencia de las circunstancias que exige el RP para la concesión del permiso. El problema radicó, para el Tribunal, en endeble pericia técnica en el uso del modelo actuarial aplicado, que no salvaba el estándar de motivación exigible en el plano jurídico[275]. No obstante, el control de la motivación se ha mostrado formalmente flexible, admitiendo amplias motivaciones *in aliunde*[276]. Posteriormente, la Dirección General de Instituciones Penitenciarias ha exigido una «especial motivación» en casos de valoraciones contradictorias[277].

---

[274] *Ibidem.*

[275] El Juez se limitó en aquel caso a remitir al informe del Equipo Técnico, consistente «en un modelo que enumera todas las variables posibles de riesgo de cualquier interno, en el que únicamente aparece una marca sobre el apartado 'larga condena' y una frase que señala que, sin embargo, el interno sí tiene arraigo en España». La decisión se consideró contraria al derecho a la tutela judicial efectiva del interno. Sin embargo, el problema advertido por el Tribunal no radicó tanto en la calidad jurídica del razonamiento del Juez de Vigilancia, con su desnuda remisión al informe, sino en la debilidad técnica del informe mismo (STC 112/1996, de 24 de junio, FJ 5).

[276] Se ha admitido la denegación basada en la «no concurrencia de los requisitos reglamentariamente establecidos para la concesión del permiso», si esa alusión puede «entenderse razonablemente referida a la calificación de la conducta del interno» descrita en el expediente (STC 2/1997, de 13 de enero, FJ 4).

[277] Cuando el informe del Equipo Técnico discrepe de los resultados obtenidos en la TVR; cuando el acuerdo de la Junta de Tratamiento lo haga respecto al informe elevado por el Equipo; cuando las valoraciones tengan un mismo sentido, pero presenten diferencias significativas en la duración, las condiciones a imponer o las medidas de control establecidas para el disfruten del permiso; y también, «deseablemente», cuando existan desacuerdos entre los miembros de los órganos colegiados –Equipo o Junta– en la adopción de los acuerdos. (Instrucción DGIIP 3/2008, de 6 de marzo).

La jurisprudencia penal revela un amplio rango de factores ponderados en la concesión y denegación de permisos de salida[278]. De hecho, la alusión explícita a los instrumentos de valoración de riesgos empleados, o a sus resultados cuantitativos, es escasa[279]. Tales resultados se subsumen habitualmente en una valoración cualitativa de las circunstancias y factores concurrentes, donde pueden incorporarse evaluaciones clínicas de los profesionales penitenciarios.

La jurisprudencia al respecto es muy abundante, si bien compuesta sobre todo por Autos de inadmisión de recursos, ya en vía de apelación ante las Audiencias Provinciales[280], ya ante el TS en recurso de casación para la unificación de doctrina en el ámbito penitenciario, introducido en 2003[281]. En general, la jurisprudencia del TS niega la pertinencia del contraste propuesto por los recurrentes entre la resolución impugnada y otros casos, del que pretende deducirse la heterogeneidad de doctrina. El Tribunal arguye sistemáticamente la especificidad de las valoraciones en cada caso concreto. Siendo las condiciones concurrentes total o parcialmente distintas, no se aprecia identidad de supuestos de hecho que pueda dar lugar a la unificación hermenéutica[282]. Esta vía de recurso será ineficaz cuando se pretendan discutir, por

[278] Para un análisis de estos distintos factores, *vid.* Fernández García (2014).

[279] Ejemplos puntuales los encontramos en el ATS 300/2020, de 27 de enero [ROJ 3044/2020], en el que se alude un riesgo de quebrantamiento apreciado del 65%. Dato que lleva a la conclusión de que los factores positivos observados en el interno no se encuentran aún consolidados (RJ Único.C). Esta, y el resto de resoluciones del TS citadas en este apartado, proceden de la Sala segunda.

También es ejemplo el AAP Santander 114/2021, de 15 de marzo [ROJ S 262/2021], que menciona «el altísimo riesgo de quebrantamiento que se cuantifica por la Junta, de un 95%» (FJ 1º). Esta falta de referencia explícita al instrumento actuarial ha sido apreciada Neira Folgar, en su estudio sobre la concesión de permisos ordinarios de salida inferiores a dos días en el contexto penitenciario catalán. Los resultados arrojados por la herramienta técnica (RisCanvi, en este caso) se subsumen en motivaciones cualitativas sobre la carencia de «garantías de buen uso del permiso a causa del alto riesgo de quebrantamiento», «inferido de la existencia de expedientes disciplinarios u otras incidencias» (Neira Folgar 2015, p. 16).

[280] Estima Beltrán Núñez que los recursos relativos a denegaciones de permisos penitenciarios suponen más del 70% de las apelaciones resueltas por la sala de lo penal de la Audiencia Provincial de Madrid. Se lamenta el magistrado de la escasa fundamentación de muchos de esos recursos, ampliamente inadmitidos (Beltrán Núñez 2019, p. 68).

[281] El llamado recurso de casación para la unificación de doctrina en el ámbito penitenciario fue introducido por LO 5/2003, de 27 de mayo, mediante la modificación de la DA 5ª.8 de la LOPJ. Sobre los requisitos para la interposición de este recurso *vid.*, por todas, STS 1097/2004, de 30 de septiembre [ROJ 6112/2004], FJ 1 a 4.

[282] Tras analizar las circunstancias de cada resolución de contraste, el Tribunal tiende a reiterar la misma estructura argumental en la inadmisión de los recursos: «[...] tanto el Auto recurrido como los invocados en el recurso obtienen de los factores existentes la valoración acerca de la pertinencia de la concesión del permiso, según el riesgo que cada órgano aprecia respecto de cada interno [...]. La norma

comparación con otros casos, los criterios empleados en un pronóstico de conducta[283]. Lo cual merma significativamente la efectividad del recurso frente a la evaluación de riesgos.

En cuanto a los factores determinantes de las decisiones sobre los permisos son variados, si bien se repiten con distintas combinaciones y ponderaciones[284]. Atienden a la situación penitenciaria del sujeto[285], su trayectoria delictiva[286], el tipo de delito cometido[287], los antecedentes penitenciarios[288], la actitud sobre los delitos cometidos[289],

---

del art. 156 del Reglamento Penitenciario pone de manifiesto que el art. 154 del mismo se debe aplicar mediante una ponderación de las circunstancias personales del interno. La interpretación del art. 154 del Reglamento que se percibe en el Auto recurrido refleja este criterio hermenéutico. Por lo tanto, en la medida en la que el objeto del presente recurso es el mantenimiento de la unidad interpretativa de las normas de ejecución penal en casos con los requisitos de identidad referidos, el recurso debe ser inadmitido» (por todos, ATS 380/2014, de 4 de febrero, Sala de lo penal [ROJ 1918/2016], RJ Único.C).

[283] «[C]uando la resolución impugnada haya valorado aspectos personales, fundamentalmente cuando deban tenerse en consideración informes personalizados de conducta o un pronóstico de comportamiento futuro, no podrá declararse que el supuesto legal de hecho de la norma es sustancialmente idéntico, y en consecuencia, el recurso no podrá prosperar. No puede olvidarse que, en muchos casos, en materia penitenciaria, la aplicación de la ley está basada en la individualización de conductas» (STS 59/2018, de 2 de febrero, Sala segunda [ROJ 230/2018], FD 1º).

[284] Hemos centrado el análisis en un conjunto de casos resueltos en casación para la unificación de doctrina por el TS, que expresan suficientemente esa panoplia de criterios. Se han seleccionado resoluciones posteriores al año 2010, fecha en que comienza a apreciarse un esfuerzo mucho mayor del Tribunal en las motivaciones en esta clase de asunto, quizá por influencia de la citada Instrucción DGIIP del año 2006, que enfatizó la necesidad de motivación de las denegaciones de permisos.

[285] Se valora el volumen de condena pendiente, que revelaría riesgo de quebrantamiento. El factor suele atender tanto al plazo restante para el licenciamiento definitivo, como para acceder a la libertad condicional, bajo el argumento de que una distancia temporal amplia desdibuja la finalidad de preparación para la vida en libertad. No obstante, este factor no suele considerarse decisivo por sí solo, sino en conexión con otras circunstancias apreciadas (AATS 539/2010, de 18 de marzo [ROJ 3193/2010], RJ Único.C; 1377/2011, de 6 de octubre [ROJ 9911/2011], RJ Único.C); 239/2013, de 24 de enero [ROJ 1185/2013], RJ Único.C); 146/2014, de 6 de febrero [ROJ 1211/2014], RJ Único.C); 260/2014, de 27 de febrero [ROJ 1620/2014], RJ Único.C); 1995/2014, de 4 de diciembre [ROJ 10581/2014], RJ Único.C); 354/2016, de 4 de febrero [ROJ 1771/2016], RJ Único.C); 380/2016, de 4 de febrero [ROJ 1918/2016], FJ Único.C); 1219/2016, de 7 de julio [ROJ 7748/2016], RJ Único; 997/2018,de 45 de julio [ROJ 8648/2018], RJ Único.C); 496/2020, de 18 de junio [ROJ 4648/2020], RJ Único.C); 27/2021, de 14 de enero [ROJ 1774/2021], RJ Único.C).

[286] Antecedentes que dibujan «un perfil del interno de alta peligrosidad criminal entendida como pronóstico de probabilidad de comisión de nuevos delitos» o al riesgo de uso inadecuado del permiso (STS 62/2016, de 4 de febrero [ROJ 3518/2016], FD 1º). En sentido similar, AATS 1377/2011; 239/2013; 146/2014 (que valora negativamente «la rápida reincidencia tras su última excarcelación»); 354/2016; 380/2016; 1219/2016; 1481/2017, de 30 de noviembre [ROJ 12061/2017], RJ Único.C); 1127/2019, de 31 de octubre [ROJ 13913/2019], RJ Único.C) ; 220/2021, de 11 de marzo [ROJ 4543/2021], RJ Único.C). Se observan también apreciaciones sobre la «profesionalización y habitualidad delictiva» (ATS 354/2016, donde ese indicio de profesionalidad se deduce de la ausencia de hábitos laborales del interno).

[287] AATS 539/2010; 2054/2012, de 15 de noviembre [ROJ 11521/2012], RJ Único.C); 1351/2015, de 30 de julio [ROJ 8100/2015], RJ Único.C); 1127/2019; 496/2020; 27/2021; en especial si reveló violencia o agresividad (AATS 239/2013; 260/2014; 1995/2014). Dictados todos por la Sala de lo penal.

condiciones personales [290] y «rasgos de personalidad» [291], e incluso su «sistema valores» [292]. Las decisiones pueden integrar, también, criterios de valoración de peligrosidad específicos para ciertas modalidades delictivas, como las agresiones de tipo sexual[293].

Las decisiones exigen ponderación de los factores negativos con aquellos positivos que se aprecien y que pudieran compensarlos, si fueran lo bastante significativos[294].

En distintas resoluciones en vía de amparo, el TC ha admitido expresamente algunos de estos criterios de decisión, algunos de ellos considerados en el modelo TVR, como el tiempo de condena pendiente de cumplimiento [295] y la drogadicción del

---

[288] AATS 146/2014; 1995/2014. Por ejemplo, estimando la existencia de sanciones sin cancelar índice de mala conducta (AATS 1351/2015; 1127/2019), o «el mal uso de anteriores oportunidades institucionales» (AATS 2054/2012; 672/2018, de 26 de abril [ROJ 6571/2018], RJ Único.C), ambos refiriéndose a la comisión de nuevos delitos mientras el interno estuvo en régimen abierto).

[289] AATS 260/2014; 1219/2016; 496/2020; 27/2021; 220/2021. Se considera también la falta de satisfacción de la responsabilidad civil derivada del delito cometido (ATS 260/2014).

[290] Drogodependencia o alcoholismo «etiológicamente vinculad[os] a su actividad delictiva» (STS 539/2010; 62/2016, FD 1º; AATS 239/2013; 146/2014; 260/2014; 1995/2014; 354/2016; 997/2018; 619/2019, de 23 de mayo [ROJ 6306/2019], RJ Único.C); 1127/2019; 220/2021); déficits formativos y laborales (AATS 539/2010; 1377/2011; 354/2016).

[291] AATS 2054/2012; 239/2013, ambos con alusión a la «impulsividad y baja tolerancia a la frustración» del recluso.

[292] AATS 1377/2011; 380/2016.

[293] AATS 2093/2013, de 24 de octubre [ROJ 10391/2013], RJ Único.C); 612/2014, de 27 de marzo [ROJ 3861/2014], RJ Único.C). En los casos, los indicadores específicos de riesgo de reincidencia en delitos sexuales («con selección de una víctima especialmente vulnerable y reiteración de las conductas») se estiman factores «que exigen una especial prudencia en la autorización de un permiso a un delincuente de estas características, dada la elevada probabilidad de reincidencia y el carácter especialmente sensible de los bienes en juego». Tales factores se sobreponen en la ponderación del Tribunal al amplio volumen de pena cumplida (que «no hace especialmente relevante el riesgo de quebrantamiento») y la «buena adaptación penitenciaria» mostrada por el interno.

[294] Cobra relevancia la valoración de la conducta penitenciaria del interno, más allá del «laxo requisito legal de no observar mala conducta». Se estiman indicadores insuficientes de buen comportamiento, por ejemplo, la conducta «irregular y pasiva, con escasa participación en actividades»; la falta de adaptación general a la vida penitenciaria (STS 62/2016, FD 1º; ATS 1219/2016). Dato que, quizá, puede ser poco relevante para valorar la concesión de un permiso que permitiría al interno, precisamente, la salida del Establecimiento, lo que no obsta que, cuando el interno sí observa buena conducta, pueda estimarse «poco indicativa del comportamiento en libertad» (ATS 380/2016), o la falta de consolidación suficiente de los indicios positivos observados (AATS 2054/2012; 239/2013; 611/2019). La participación en programas de tratamiento específicos, siendo un dato significativo para valorar la evolución en la peligrosidad del sujeto, no siempre resulta determinante (AATS 1995/2014; 612/2014; 27/2021).

[295] SSTC 112/1996, de 24 de junio, FJ 5; 2/1997, de 13 de febrero, FJ 4; 81/1997, de 22 de abril, FJ 5; 204/1999, de 8 de noviembre, FJ 5; 109/2000, de 5 de mayo, FJ 5.

interno[296]. Ha considerado también admisible fundar la valoración en el rechazo por el interno de programa individualizado de intervención y, en general, la falta de voluntad de seguir las indicaciones del Equipo de tratamiento[297]. El Tribunal estima tales factores «conectados» con la finalidad legal de los permisos, válidos para juzgar su pertinencia.

Se han planteado duda sobre otros criterios no sometidos aún a juicio de validez constitucional. La jurisprudencia ordinaria ha rechazado puntualmente que la gravedad del delito cometido sea criterio legítimo para realizar el pronóstico que exige el otorgamiento del permiso[298]. También suscita dudas la consideración de causas pendientes como criterio válido para la valoración del riesgo de quebrantamiento y reincidencia[299]. Beltrán Núñez habla al respecto de «peligrosidad latente». Advierte que –como hemos constatado que sucede en general con los ejercicios de prognosis– los internos afectados no podrán alegar vulneración de la presunción de inocencia por integrar en el análisis antecedentes todavía no constatados. Podrán, en su caso, esgrimir su falta de incidencia en términos de probabilidad[300]. No obstante, esa «peligrosidad latente» tensiona al extremo la complicada relación entre culpabilidad por el hecho y peligrosidad, en este caso en el sistema de ejecución de penas.

Relacionado con esta regulación de los permisos de salida ha de citarse, también, la posibilidad de autorizar salidas regulares del Centro a internos clasificados en segundo grado, con el fin de realizar programas concretos de atención especializada en alguna institución. La admisibilidad de ese régimen de salidas está en función de un doble juicio anticipado: que los internos presenten *un perfil de baja peligrosidad social* y que *no ofrezcan riesgos de quebrantamiento de condena* (art. 117 RP).

---

[296] STC 109/2000, FJ 5.

[297] STC 167/2003, de 29 de septiembre, FJ 6.

[298] Ello, por considerar que el desvalor del injusto fue criterio para fijar la extensión temporal de la pena, y no responder a causas objetivas vinculadas a la observación individualizada del interno (AAP de San Sebastián 63/2008, de 31 de marzo [ROJ SS 246/2008], FD 3.II). En el mismo sentido se había pronunciado el AAP de Madrid 770/1996, de 6 de octubre. Ambos Autos son citados por Gómez López y Rodríguez Moro (2015, pp. 407-408).

[299] Este factor es considerado motivo de incremento del riesgo de reiteración delictiva, por ejemplo, en AATS 380/2016, de 4 de febrero [ROJ 1918/2016] y 2054/2012, de 15 de noviembre [ROJ 1152/2012], ambos en RJ Único.C). Mientras el primero se refiere a una causa pendiente de enjuiciamiento, el segundo alude a una sentencia ya dictada, pero todavía sin firmeza.

[300] Beltrán Núñez (2019, p. 72).

6.2.4 Peligrosidad y libertad condicional

La libertad condicional es otra de los institutos de ejecución de la pena que ha exigido habitualmente pronóstico de peligrosidad, y donde se han aplicado técnicas para su objetivación como riesgo actuarial.

Como en el caso de los permisos, la naturaleza de la excarcelación condicional ha sido discutida. Se ha entendido, entre otras alternativas, como una suerte de «libertad a prueba», beneficio penitenciario, forma de sustitución de la pena, acto de gracia o auténtico derecho de los reclusos, bajo ciertas condiciones[301].

En nuestro sistema su carácter ha variado sustancialmente tras la reforma del CP en 2015. Hasta entonces se comprendía como última fase de ejecución de la pena de prisión, un último grado de clasificación penitenciaria, a disfrutar ya en régimen de libertad bajo ciertas medidas de control. La modificación del Código por LO 1/2015 ha configurado la libertad condicional, en cambio, como caso de suspensión de la pena (arts. 90 a 92 CP). Transformación que ha «desnaturalizado» la medida, alejándola de los fines del tratamiento penitenciario[302]. Se prima, ahora, su funcionalidad retributiva y de prevención general[303]. Esta opción del legislador penal genera distorsiones con la regulación de la LOGP (arts. 66bis, 67 y 72) y el RP (arts. 192 a 201), no modificados, que siguen comprendiendo la libertad condicional como último grado en la ejecución de la pena.

Sin obviar la relevancia de esta discusión y sus consecuencias prácticas, nos interesa el modo en que esta reforma ha afectado al régimen de concesión o denegación de la medida, en función del cálculo de riesgos[304].

---

[301] Vega Alocén (2002); Cutino (2018, p. 113); Asencio Cantisán (1989, p. 997).

[302] Daunis Rodríguez (2014, p. 2), pronunciándose todavía sobre el proyecto de reforma. Salat Paisal ha subrayado la incoherencia que supone configurar la libertad condicional como caso de suspensión de la pena, dado el fundamento distinto de ambos institutos: la suspensión «tiene como objetivo evitar el uso de la pena de prisión en supuestos en que su ejecución se considera innecesaria o incluso puede llegar a ser contraproducente». En cambio, la libertad condicional se concede porque se entiende adecuada para lograr la resocialización del condenado, ante la proximidad de su licenciamiento definitivo. Se distinguen también en cuanto al órgano judicial competente para adoptar la decisión, el sentenciador en un caso, y el Juez de Vigilancia en el otro (Salat Paisal 2015, p. 417).

[303] Cutino (2018, p. 113).

[304] Por ejemplo, al significar suspensión de la pena, el tiempo de libertad condicional no es computado como tiempo de cumplimiento de la condena, en caso de revocación de la medida (art. 90.6 CP).

La resolución es competencia del Juez de Vigilancia Penitenciaria, revisable en apelación por la Audiencia Provincial correspondiente. Es, por lo tanto plenamente jurisdiccional, aunque deba ser informada por la Administración penitenciaria[305]. El art. 90.1 CP regula las condiciones para el acceso «ordinario» a la libertad condicional[306]. Se requiere: que el interno se encuentre clasificado en tercer grado, que haya satisfecho las tres cuartas partes de la pena impuesta, y observado buena conducta[307].

Hasta la reforma de 2015 el anterior art. 91.1.c) CP exigía, además, *pronóstico individualizado y favorable de reinserción social*, emitido en los términos del art. 67 LOGP:

> «Concluido el tratamiento o próxima la libertad del interno, se emitirá un *informe pronóstico final*, en el que se manifestarán los resultados conseguidos por el tratamiento

[305] STC 79/1998, de 1 de abril, FJ 4. El art. 90.7 CP dispone que el Juez de Vigilancia, «resolverá de oficio sobre la suspensión de la ejecución del resto de la pena y concesión de la libertad condicional a petición del penado».

[306] Los apartados 2 y 3 del art. 90 CP regulan supuestos especiales. El art. 90.2 regula los casos de «libertad condicional anticipada». Exigiendo tercer grado y buena conducta, se adelanta la posibilidad de concesión en dos supuestos. Por un lado, una vez cumplidos las dos terceras parte de condena, si durante su cumplimiento se han desarrollado actividades laborales, culturales u ocupacionales, de forma continuada o que hayan supuesto modificación relevante y favorable de las circunstancias personales relacionadas con la actividad delictiva; además de estar clasificado en tercer grado y haber observado buena conducta. Por otro lado, cumplida la mitad de la condena, de forma limitada, hasta un máximo de noventa días por cada año de cumplimiento efectivo de la pena, siempre que haya realizado el tipo de actividades antes citada y haya participado «en programas de reparación a las víctimas o programas de tratamiento o desintoxicación, en su caso». El art. 90.3 contempla la libertad condicional «cualificada» o «excepcional», a conceder (salvo a penados por delito contra la libertad e indemnidad sexuales) cuando: el interno esté cumpliendo su primera condena de prisión y no supere los tres años de duración; que haya extinguido la mitad de la condena; y que se encuentre clasificado en tercer grado y haya observado buena conducta. Las adjetivaciones «ordinaria», «anticipada» y «excepcional» o «cualificada» son doctrinales –por ejemplo, Daunis Rodríguez (2014) y Sánchez Herrador (2020)–.

Los arts. 91 CP y 196 RP regulan los casos especiales de concesión de libertad condicional a penados de 70 años o más, y a enfermos muy graves con padecimientos incurables. El TC ha aclarado que la aplicación de este último supuesto no puede supeditarse a que la estancia en prisión constituya un riesgo para la vida del interno. Tal requisito obstativo no está contemplado en la norma, que requiere solo acreditación del carácter grave e incurable de la enfermedad en informe médico, sin que este juicio experto pueda ser suplantado por una valoración profana de la situación del interno (STC 48/1996, de 25 de marzo, FJ 3 y 4).

El art. 197 RP acoge reglas específicas para la libertad condicional de extranjeros no residentes legalmente en España y de españoles residentes en el extranjero.

El art. 92 CP contiene las particularidades de aplicación de la libertad condicional a internos condenados a pena de prisión permanente revisable, caso ya abordado.

[307] El régimen de la libertad condicional se completa con: las posibilidades de denegación previstas en el apartado 4 del art. 90 CP; las medidas de control a implementar en su desarrollo y su posible modificación (art. 90.5 CP –con remisión a las previsiones del régimen general de suspensión de penas, en los arts. 83, 86 y 87 CP– y art. 200 RP), el régimen de su revocación (art. 90.6 CP y 201 RP) y las particularidades en caso de penados por delitos de terrorismo y criminalidad organizada (apartado 8). El RP regula, además, las normas de cómputo temporal para la aplicación de la medida (art. 193) y las reglas de procedimiento (arts. 194, 195 198 y 199).

> y un *juicio de probabilidad sobre el comportamiento futuro del sujeto en libertad*, que, en su caso, se tendrá en cuenta en el expediente para la concesión de la libertad condicional»[308].

Ahora el art. 91.1 CP omite toda prognosis. A cambio, se han introducido un conjunto de criterios que el Juez de Vigilancia Penitenciaria ha de valorar en su resolución sobre la libertad condicional[309].

En una lectura literal del precepto, la falta de apelación al pronóstico de peligrosidad podría llevar a concluir la capacidad plena del Juez de Vigilancia para decidir sobre la libertad condicional, sin interferencia alguna de la Administración penitenciaria (que informaba la prognosis a través de la Junta de Tratamiento)[310]. La doctrina ha entendido, sin embargo, que la omisión del pronóstico en el tipo del CP es superflua[311].

La nueva regulación del art. 90.1 CP es un caso de operativización del concepto de peligrosidad, al tipificar los factores que venían inspirando el informe de pronóstico.

---

[308] Énfasis añadidos.

[309] La personalidad del penado, sus antecedentes, las circunstancias del delito cometido, la relevancia de los bienes jurídicos que podrían verse afectados por una reiteración en el delito, la conducta del interno durante el. cumplimiento de la pena, sus circunstancias familiares y sociales, y los efectos que quepa esperar de la propia suspensión de la ejecución y del cumplimiento de las medidas que fueren impuestas. Sigue incluyéndose como impedimento para la concesión de la libertad condicional el hecho de que el penado no haya satisfecho la responsabilidad civil derivada del delito, según los criterios especificados en los apartados 5 y 6 del art. 72 LOGP. Téngase en cuenta que el TS ha entendido aplicables a esta cuestión los límites del art. 607 LEC sobre las cuantías inembargables de los salarios. Es decir, la exigencia de satisfacción de la responsabilidad civil derivada del delito tiene su límite en la cuantía del salario mínimo interprofesional y, aun en cuantías superiores, según la escala contenida en dicho precepto procesal (STS 59/2018, de 2 de febrero [ROJ 230/2018], FD 2º).

[310] Daunis Rodríguez (2014, p. 16).

[311] Ello por cuatro motivos. Primero, porque la reforma no ha afectado a la exigencia de prognosis prevista en la legislación penitenciaria para el acceso a la libertad condicional, que sigue vigente (en el citado art. 67 LOGP, y en el art. 195.c) RP). Segundo, porque el art. 90.1 CP impone valorar la personalidad del penado, sus circunstancias y, en especial, «los efectos que quepa esperar» de la suspensión de la ejecución. Criterios subjetivos que requieren, en definitiva, prognosis, y que condensan el contenido del antiguo informe de pronóstico. Tercero, porque el art. 90.5 CP presume que la concesión de la libertad condicional sigue exigiendo prognosis, pues admite que se acuerde su revocación cuando se produzca un cambio en las circunstancias «que no permita mantener ya el pronóstico de falta de peligrosidad en que se fundaba la decisión adoptada». Por último, porque la propia Administración penitenciaria ha reconocido la necesidad de seguir practicando un juicio anticipatorio sobre la conducta del interno, pese al tenor literal de la reforma. *Vid.* Cutino (2018, pp. 114-115); Sánchez Herrador (2020); Salat Paisal (2015, p. 418); Daunis Rodríguez (2014, pp. 16-17). En Instrucción 4/2015, de 29 de junio, sobre «Indicadores para la adecuación de la reforma del Código Penal al cumplimiento de la condena», la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias asume los argumentos citados. Entiende que el nuevo sistema de valoración implica que el Juez realice una estimación favorable en términos de reincidencia o reinserción, con lo cual «el informe de pronóstico de reincidencia contemplado en el art. 67 LOGP, debe mantenerse en la remisión del expediente administrativo tramitado».

Explicita factores objetivos y subjetivos, algunos inmutables y otros que han podido variar por influencia de la conducta del sujeto. En este ejercicio de concreción se mantiene la alusión a la «personalidad» como parámetro de valoración. Expresión que preserva evocación clínica en el pronóstico, y parece reforzar la subjetividad del juicio[312]. Los informes psicológicos penitenciarios cobran necesaria relevancia a la hora de concretar el concepto jurídico «altamente» indeterminado que incorpora esa referencia a la personalidad del sujeto[313].

En todo caso, el listado de criterios de la norma mezcla esa laxa valoración de personalidad con criterios que ya debieron influir la individualización de la pena y la progresión en el tratamiento penitenciario; combina datos sobre los antecedentes conductuales que se proyectan *ad futurum* como expectativas, con las circunstancias que envuelven al sujeto en el momento de la decisión. Amplitud de juicio que se reconocía también en el pronóstico de peligrosidad, en su configuración anterior a la reforma de 2015[314].

Tébar Vilches desarrolló un estudio empírico sobre la aplicación de la libertad condicional en el sistema penitenciario catalán, considerando las variables influyentes en la decisión[315]. Aunque es una investigación territorialmente circunscrita y referida a datos del año 2002 –muy anteriores a la reforma– merece apuntar sus conclusiones. En

[312] Así lo observa Cutino, que estima cuanto menos «curiosa» la pervivencia de la «personalidad» como parámetro de valoración en el art. 90.1 CP (Cutino 2018, p. 115).

[313] Así lo atestigua, por ejemplo, el ATS 519/2019, de 11 de abril [ROJ 4559/2019]: «en el informe psicológico del Establecimiento Penitenciario se señala que el penado presenta esquemas cognitivos marcados por valores machistas muy cerrados, no existe asunción de la responsabilidad delictiva, niega los hechos, distorsionando los mismos y posicionándose [é]l mismo como víctima, no se observa en el interno percepción del daño causado a la víctima, posee baja capacidad empática y frialdad emocional, y no consta que haya realizado ningún programa de tratamiento relacionad[o] con su actividad delictiva» (FD Único.C).

[314] El TS admitió «la justificación de criterios diferentes cuando se trata de supuestos básicos distintos, como es la diferente personalidad de los internos, la diferencia de sus condenas, de las vicisitudes de sus respectivos cumplimientos, de su comportamiento penitenciario y perspectivas personales y familiares… y un sinfín de circunstancias que hacen específico y único el tratamiento que pueda o deba aplicarse a cada uno de ellos, dentro de las posibilidades legales generalmente establecidas» (ATS de 5 de junio de 2007 [ROJ 7645/2007], RJ 2º).

[315] Tébar Vilches (2006), sobre una muestra compuesta por los 1141 penados en la Administración penitenciaria catalana que, a julio de 2002, habían cumplido las tres cuartas partes de su condena o se encontraban en libertad condicional. En un estudio más limitado, desarrollado en los Servicios Sociales Penitenciarios de la provincia de Córdoba sobre datos comprendidos entre 2001 y 2008, Roldán Barbero concluyó que un factor decisivo para el acceso a la libertad condicional fue la existencia de apoyos familiares, y también la disposición mostrada por el penado para realizar cursos y actividades programadas por el Centro penitenciario, los esfuerzos realizados para la desintoxicación y el desempeño de trabajo en prisión (Roldán Barbero 2010, pp. 10-12).

análisis de regresión logística, identificó como variables con mayor poder de predicción sobre el otorgamiento de la libertad condicional: la habitualidad delictiva (factor que reduce la posibilidad de acceso), el disfrute de salidas del centro (a mayor disfrute, mayor posibilidad de concesión), el tiempo pasado en situación de prisión preventiva (a mayor duración, menor probabilidad de concesión) y la comisión de faltas graves durante el cumplimento de la condena (con influencia negativa en el acceso a la libertad condicional)[316].

El informe de pronóstico de la Junta de Tratamiento sigue siendo preceptivo en la tramitación del expediente, pero en ningún modo es vinculante para el Juez de Vigilancia ni las posibles revisiones posteriores en apelación o casación[317]. El órgano judicial habrá de atender al informe, pero puede discrepar, e incluso colmar las lagunas que aprecie según su propio criterio, según ha admitido el TC[318].

No concurren en este caso las dudas sobre la naturaleza de la decisión que apreciamos en el otorgamiento de permisos de salida. El CP y la legislación penitenciaria no contemplan un sistema automático de acceso a la libertad condicional, pero tampoco lo hacen depender de una decisión meramente discrecional[319]. Se trata de una decisión reglada que reclama un ejercicio de discrecionalidad técnica sobre

[316] *Ibidem*, p. 113.

[317] En su estudio empírico, Tébar Vilches apreció que el nivel de divergencia entre el sentido del informe y la decisión del Juez de Vigilancia aumenta cuando los pronósticos técnicos son desfavorables. Es decir, la Administración penitenciaria estaría dispuesta a conceder la libertad condicional de forma más restrictiva que el Juez de Vigilancia, que tiende a apartarse del sentido del informe, sobre todo, cuando este es negativo (Tébar Vilches 2006, p. 311). No obstante, estas conclusiones deben tomarse con cautela, dada el ámbito territorial y temporal del estudio.

[318] STC 79/1998, de 1 de abril. El Tribunal confirma el carácter no vinculante del informe de la Administración penitenciaria. En el caso, la Junta de Régimen y Administración del Centro emitió propuesta favorable de concesión de la libertad condicional, basándose en la concurrencia de factores objetivos. El Juez de Vigilancia denegó el permiso por la ausencia en el informe de toda valoración sobre los de tipo subjetivo relativos al pronóstico de conducta (FJ 3). El TC admite la motivación del órgano judicial, «al no haberse acreditado debidamente dicha circunstancia en la propuesta de la Administración Penitenciaria, lo que era exigible a la vista de la dilatada trayectoria delictiva del recurrente, y sin que la ponderación de este dato implique en modo alguno afectación o menoscabo del derecho fundamental a la presunción de inocencia, ex art. 54.2 CE» (FJ 4).

[319] El análisis penológico comparado suele distinguir entre sistemas de concesión de libertad condicional «automáticos» y «discrecionales». Los primeros aplican la concesión de la libertad condicional cuando se cumplen determinados requisitos objetivos (en especial el cumplimiento de una cierta fracción de la pena), mientras los segundos exigen, además, pronóstico sobre la conducta del sujeto (Cid y Tébar 2010, p. 2). Debe aclararse, sin embargo, que la terminología citada responde a criterios criminológicos más que jurídicos. Los denominados sistemas discrecionales no implican necesariamente discrecionalidad en la decisión, en un sentido jurídico. El caso español se ubica entre dichos sistemas de tipo discrecional, aunque la decisión que determina el acceso a la libertad condicional es de tipo técnico, y no discrecional en sentido estricto.

conceptos jurídicos que, pese a ser ampliamente indeterminados, no habilitan a un juicio puramente volitivo entre varias opciones legítimas. Las normas reguladoras de la libertad condicional se expresan en términos imperativos[320]. Además, su tradicional vinculación con la «individualización científica» del tratamiento invitan a considerar la medida como un derecho de los reclusos[321], «que debe ser promocionado por la Administración penitenciaria y salvaguardado por la Administración judicial»[322]. Ello, sin obviar que el juicio de peligrosidad o la valoración del riesgo de la que depende, en su inherente laxitud y subjetividad, arrojan incertidumbre sobre el ejercicio de tal derecho, pese a su naturaleza reglada.

Por último, hemos de recordar que el CP sigue requiriendo de forma expresa pronóstico de peligrosidad en dos aspectos concretos del régimen de libertad condicional. Uno es el ya citado art. 90.5 CP (párrafo tercero), confirme al cual el Juez de Vigilancia debe revocar la medida «cuando se ponga de manifiesto un cambio de las circunstancias que hubieran dado lugar a la suspensión que no permita mantener ya el pronóstico de falta de peligrosidad en que se fundaba la decisión adoptada». Previsión que confirma la necesidad de que la decisión inicial de otorgamiento se fundara ya en prognosis sobre el sujeto. Otro es el previsto en el art. 91.2 y 3, en el marco de la prisión provisional de carácter especial concedida a internos por razón de su edad o con enfermedades muy graves e incurables. La norma admite la concesión de libertad condicional sin los requisitos generales en cuanto a volumen de pena cumplida, siempre que se aprecie «dificultad para delinquir» y «escasa peligrosidad del sujeto».

---

[320] «El juez de vigilancia penitenciaria *acordará* la suspensión del resto de la pena de prisión y *concederá* la libertad condicional al penado que cumpla» los requisitos exigidos (art. 90.1 CP, énfasis añadidos). «Los penados clasificados en tercer grado que reúnan los demás requisitos establecidos al efecto en el Código Penal *cumplirán* el resto de su condena en situación de libertad condicional, conforme lo dispuesto en dicho Código» (art. 192 RP, énfasis añadido).

[321] «Las penas privativas de libertad se ejecutarán según el sistema de individualización científica, separado en grados, el último de los cuales será el de libertad condicional, conforme determina el Código Penal» (art. 72.1 LOGP).

[322] Así lo entiende Daunis Rodríguez (2014, pp. 6-7).

6.3 Medidas de derecho procesal penal

Las medidas cautelares constituyen el espacio de actuaciones procesales preventivas ligadas a la peligrosidad del sujeto. Se trata de actuaciones instrumentales orientadas al buen fin del proceso. Incluiremos aquí el estudio de la prisión preventiva y de las órdenes de protección y alejamiento.

6.3.1 La prisión preventiva

La prisión provisional o prisión preventiva es una medida cautelar personal. Ambas denominaciones equivalentes son adoptadas, respectivamente, por los arts. 502 a 504 LECrim, por un lado, y 34.1 CP, 294 LOPJ y 5 y 29.2 LOGP, por otro. La prisión preventiva alude al «periodo de detención de una persona sospechosa de haber cometido un delito, ordenado por una autoridad judicial y previo a la condena»[323]. Su adopción judicial y su encaje en un proceso penal en fase de instrucción la distingue de la detención preventiva, ya atendida *supra.* Sin embargo, pese a aquella calificación, es en sus funciones *no cautelares* donde la peligrosidad del sujeto opera como criterio de aplicación.

a) Naturaleza y constitucionalidad

La prisión preventiva es una de las cuestiones más controvertidas en la regulación del proceso penal, en cuanto a su naturaleza y aceptabilidad, al suponer una privación de libertad sin declaración de culpabilidad[324]. Buena parte de la discusión está vinculada a los fines de la medida, muy variados, y difícilmente subsumibles en su naturaleza de instrumento al servicio del proceso que se instruye. Su naturaleza cautelar permite su convivencia con el principio de presunción de inocencia (arts. 24.2

[323] Recomendación Rec(2006)13 del Comité de Ministros del Consejo de Europa, de 27 de septiembre de 2006, *On the use of remand in custody, the conditions in which it takes place and the provision of safeguards against abuse*.

[324] Para un tratamiento general *vid.*, entre otras referencias, Asencio Mellado (1987), Sanguiné (2003), Alonso Fernández (2019) y los volúmenes colectivos coordinados por Barbero Santos (1997) y Dorrego de Carlos (2004).

y 17 CE)[325]: la prisión preventiva no puede significar una pena anticipada, pues ello supondría una presunción de culpabilidad y, por lo tanto, tampoco cabe su uso con finalidades de prevención general ni especial. Ese sentido «no sancionador» es aludido por el Consejo de Europa y el TC al proscribir su uso punitivo[326].

Sin embargo, esa «concepción cautelar» no se ve respaldada por la configuración y la praxis[327]. La doctrina ha cuestionado tradicionalmente que su configuración legal se ajuste estrictamente a su carácter cautelar, al revelarse en ocasiones como una suerte de pena anticipada o medida de seguridad encubiertas[328], con grave afección del principio de presunción de inocencia[329].

---

[325] «[L]a apreciación de indicios racionales de criminalidad en la fase de investigación no significa, por sí sola, el establecimiento de una presunción de culpabilidad del imputado, sino que únicamente implica la existencia de motivos razonables que permiten afirmar la posible comisión de un delito por el eventual destinatario de la medida». Lo relevante es que la aplicación de la medida no esté presidida por una finalidad retributiva o ajena a las que la legitiman constitucionalmente (SSTC 156/1997, de 29 de septiembre, FJ 2; 47/2000, FJ 6).

[326] Ya en la Resolución (65) 11 del Comité de Ministros, de 9 de abril de 1965, el Consejo de Europa advertía que «en ningún caso de be aplicarse con fines punitivos» (1.c). El mismo criterio acogió la Recomendación R(80) 11 del Comité de Ministros, de 27 de junio de 1980, *Concerning custody pending trial*: calificaba la medida de excepcional, excluyendo su uso obligatorio ni «por razones punitivas» (1.1). Ambos instrumentos han sido sustituidos por la ya citada Recomendación Rec(2006)13, cuyo apartado 3.3 dispone: «En cada caso concreto, la prisión preventiva solo se utilizará cuando sea estrictamente necesario y como medida de último recurso, y no se utilizará con efectos punitivos». El TC ha aludido a esa prohibición al exigir proporcionalidad «razonabilidad» en cuanto a la finalidad perseguida y «proporcionalidad» en el uso de las medidas cautelares de carácter procesal penal: «una medida desproporcionada o irrazonable no sería propiamente cautelar, sino que tendría un carácter punitivo en cuanto al exceso» (STC 108/1984, de 26 de noviembre, FJ 2.b). Ello no obsta que, como sabemos, el Tribunal haya asimilado el tratamiento de la prisión preventiva a las disposiciones de derecho punitivo (STC 128/1995, de 26 de julio, FJ 3).

[327] Dei Vecchi (2013, p. 191). Advierte el autor que, aun asumiendo que el adjetivo cautelar califique suficientemente la medida, «no dice nada de por qué está justificado encerrar cautelarmente» (p. 203).

[328] Rodríguez Ramos (1984) advertía que su sentido material no coincide con su naturaleza formal ni funcional. Sobre la discusión en cuanto a su naturaleza, valorando esa triple opción, *vid.* Morillas Cueva (2016, pp. 12 a 18). Han señalado su carácter no explícito de medida de seguridad Jorge Barreiro (1996b) y Mir Puig, para quien actúa de facto como una auténtica medida de seguridad predelictual (Mir Puig 2003, p. 2003).

[329] Nistal Martínez (2013). A su juicio, «la aplicación material de la prisión provisional está más cerca del 'principio de presunción de culpabilidad' que del 'principio de presunción de inocencia'». El TC trabajó inicialmente sobre la parca regulación de la LECrim para acuñar una doctrina que permitiera su compatibilidad constitucional (*vid.* la redacción anterior del art. 502 LECrim). Además de los presupuestos que contenía la norma, el Tribunal exigió reiteradamente, como requisito objetivo, que su empleo persiguiera «fines constitucionalmente legítimos y congruentes con la naturaleza de la medida»: la realización de la justicia penal (evitar la sustracción del imputado a la acción de la Administración de la Justicia o la obstrucción de la instrucción) o evitar la comisión de nuevos hechos delictivos (SSTC 128/1995, de 26 de julio, FJ 3; 62/1996, de 15 de abril, FJ 5; 47/2000, de 17de febrero, FJ 5; 207/2000, de 24 de julio, FJ 6). Colmando las lagunas regulativas exigió, además, que su aplicación fuera excepcional, subsidiaria, provisional y proporcionada (SSTC 128/1995, de 26 de julio, FJ 3; 62/1996, de 15 de abril, FJ

La reforma de 2003 de los arts. 502 a 504 LECrim recogió la doctrina constitucional, explicitando en la norma presupuestos generales[330], criterios para decidir la aplicación[331] y fines lícitos de la medida. Esta modificación, sin embargo, no ha resuelto las dudas sobre su naturaleza jurídica y encaje constitucional. Más bien, ha trasladado sus ambivalencias a la norma misma.

Por un lado, se eliminaron del precepto las alusiones que vinculaban la medida con fines claramente preventivo-generales, muy alejados de toda vocación cautelar: la alarma social creada por el delito y la frecuencia de comisión de hechos similares no son ya criterios admisibles para la aplicación de la libertad preventiva[332]. Sin embargo, por otro lado, se introdujeron criterios que no responden a una vocación cautelar, sino preventivo-securitaria[333]. Así sucede con la flexibilización en la imposición de la medida, admitida ahora cuando la pena prevista para el presunto delito sea superior a dos años de prisión (art. 503.1.1º LECrim)[334]. Criterio que permite una generalización

---

5; 29/2001, de 29 de enero, FJ 3), en decisión suficientemente motivada (SSTC 128/1995, de 26 de julio, FJ 4.b); 37/1996, de 11 de marzo, FJ 6; 14/2000, de 17 de enero, FJ 4; 47/2000, de 17 de febrero, FJ 2; 333/2006, de 20 de noviembre, FJ 3). Motivación que debe ponderar los intereses contrapuestos en juego (libertad personal frente a los fines legítimos de la medida) y valorar los criterios de los que depende su suficiencia y razonabilidad (STC 94/2001, de 2 de abril FJ 6). Motivación también exigible para las prórrogas que se apliquen a la medida, que no puede suponer una extensión automática de la ponderación realizada inicialmente (SSTC 99/2005, de 18 de abril, FJ 4.b; 50/2009, de 23 de febrero, FJ 4).

[330] El art. 502.2 LECrim exige excepcionalidad y subsidiaridad en el uso de la prisión preventiva: solo «cuando sea objetivamente necesaria» y «no existan otras medidas menos gravosas para el derecho a la libertad».

[331] El art. 502.3 LECrim requiere considerar la repercusión que la prisión provisional puede tener en el investigado o encausado, así como sus circunstancias, las del hecho objeto de las actuaciones, y la entidad de la pena que pudiera imponerse (que, como criterio general, habrá de ser de al menos dos años, art. 5031.1º). Obviamente, se sigue requiriendo apreciación racional de la existencia de delito –y de ausencia de causa de justificación– (art. 502.4) y de responsabilidad del autor (*fumus bonis iuris*, art. 503.1.2º).

[332] El TC se había pronunciado en varias ocasiones, aun con la redacción anterior, sobre la impertinencia de valorar la alarma social como *ratio decidendi*: «[...] la genérica alarma social presuntamente ocasionada por un delito constituye el contenido de un fin exclusivo de la pena –la prevención general– y [...] presupone un juicio previo de antijuridicidad y de culpabilidad del correspondiente órgano judicial tras un procedimiento rodeado de plenas garantías de imparcialidad y defensa» (SSTC 66/1997, de 7 de abril, FJ 6; 98/1997, de 20 de mayo, FJ 9; 47/2000, de 17 de febrero, FJ 5).

[333] Antes de la reforma de 2003, la doctrina había advertido la conveniencia de reforzar el carácter cautelar de la medida, depurándola de otros fines que serían impropios. *Vid.*, por ejemplo, Gimeno Sendra (1997, pp. 153-154).

[334] El mínimo anterior era de tres años, al exigirse que fuese superior a la pena de prisión menor (la DT 11ª CP entendió la pena de prisión menor equivalente a la de seis meses a tres años).

de su uso como «herramienta de seguridad ciudadana, contribuyendo al llamado derecho Penal de la seguridad»[335].

El problema se refleja, en especial, en la diversidad de fines legítimos que se han reconocido a la prisión preventiva, presentes ya en la praxis anterior, y ahora legalmente acogidos. Solo algunos de ellos poseen auténtico sentido cautelar[336].

Tal es el uso de la medida para: asegurar la disponibilidad del sujeto durante el proceso, garantizar su sometimiento a la ejecución de la pena que pueda (probablemente) recaer y evitar la ocultación, destrucción o alteración de fuentes de prueba relevantes (supuestos a) y b) del art. 503.1.3º LECrim). Las dos primeras finalidades aluden al riesgo de fuga que se aprecie en el sujeto, fundado en la valoración de la probabilidad de una conducta de riesgo muy concreta (abandonar ilegítimamente un lugar para no ser localizable)[337]. Implica, por lo tanto, una cierta prognosis para la que el legislador aporta factores de estimación: la naturaleza del hecho, la gravedad de la pena que pudiera imponerse, la situación familiar, laboral y económica del sujeto, y la inminencia de la celebración del juicio oral son criterios a los que «se atenderá conjuntamente» para «valorar la existencia de este peligro»[338], perfilados ya por la jurisprudencia constitucional en los años anteriores[339].

Se trata, no obstante, de un cálculo de riesgo claramente cautelar, consustancial a los fines del proceso, que no parece abocar a un juicio general de peligrosidad sobre el sujeto. En cuanto a la prevención de destrucción de fuentes de prueba, supone una valoración aún más circunscrita, para la que el legislador requiere «un peligro fundado y concreto» de que el sujeto vaya a cometer tal tipo de conducta[340].

---

[335] Simón Castellano (2021a, p. 176).

[336] Sobre esta distinción entre fines cautelares y preventivos (no cautelares), *vid.* Barallat López (2004) y Morillas Cueva (2016).

[337] Conforme a este fin, la medida se adoptará «cuando pueda inferirse racionalmente un riesgo de fuga» (art. 503.1.3º.a) LECrim).

[338] El precepto incluye, además, una presunción de existencia de riesgo: procederá acordar la prisión preventiva por causa de riesgo de fuga cuando «hubieran sido dictadas al menos dos requisitorias» para el llamamiento y busca del sujeto encausado, por cualquier órgano judicial, en los dos años anteriores. Además, en este supuesto la medida puede aplicarse cualquiera que sea la pena prevista para los hechos delictivos que motivan el proceso, sin sujetarse al mínimo de dos años de prisión.

[339] SSTC 128/1995, de 22 de agosto, FJ 4.a); 62/1996, de 15 de abril, FJ 5; 47/2000, de 17 de febrero, FJ 3; 8/2002, de 14 de enero, FJ 4.

[340] Hay criterios adicionales para valorar tal peligro: no puede inferirse «únicamente del ejercicio del derecho de defensa o de la falta de colaboración del investigado en el curso de la investigación»; y ha de atenderse a la capacidad del sujeto «para acceder por sí o a través de terceros a las fuentes de prueba»

b) Prevención y valoración de riesgos

Un segundo grupo de fines, sin embargo, no puede reconducirse a esa instrumentalidad cautelar. Aquí la medida despliega fines preventivos en sentido estricto (evitación de nuevos delitos): funciones securitarias que desbordan el ámbito del proceso, y próximas a una medida de seguridad predelictual[341]. La prisión preventiva como recurso que evite que el sujeto «pueda actuar contra bienes jurídicos de la víctima» (art. 503.1.3º.c) LECrim). La norma estipula que esta finalidad sea atendida, en especial, cuando la víctima sea alguna de las personas citadas en el art. 173.2 CP –es decir, se trate de un supuesto de violencia de género o doméstica–[342]. Pese a tratarse de una finalidad que desborda la formalidad cautelar de la prisión preventiva, se percibe una cierta conexión con el proceso. Hay «una suerte de continuidad entre el delito presuntamente cometido y aquel que se quiere prevenir»[343]. La medida despliega en este caso una finalidad de prevención especial negativa, una función inocuizadora, si bien en atención solo a personas en riesgo atendida la peligrosidad del encausado. Como sucede en la imposición facultativa de la pena de alejamiento, y también en la orden de alejamiento como medida procesal, se reclama una prognosis específica, contextualizada o relacional (peligrosidad del encausado *en atención* a la concreta víctima, o riesgo de esta en atención al presunto agresor). El TC ha advertido que debe ser, por ello, un pronóstico suficientemente motivado en atención a las circunstancias[344].

Por otro lado, en fin, el art. 503.2 LECrim alude al riesgo general de reiteración delictiva: finalidad ajena a la cautelaridad de la prisión provisional. Admite su uso «para evitar el riesgo de que el investigado o encausado cometa otros hechos

---

o para influir en otros participantes en el proceso (otros encausados, testigos o peritos, o quienes pudieran serlo).

[341] Morillas Cueva (2016, p. 22).

[342] En este caso tampoco es aplicable la exigencia general de que el delito en cuestión tenga aparejada una pena de prisión de al menos dos años. Se flexibiliza, por lo tanto, la posibilidad de encarcelamiento preventivo.

[343] Morillas Cueva (2016, p. 21), atribuyendo el argumento a Asencio Mellado.

[344] Así lo ha exigido el TC: se requieren «elementos de convicción acerca de la existencia real del riesgo que se intentaba evitar [...]». Si bien la decisión se basa en «un pronóstico futuro, que como tal es relativamente incierto, debe resultar real y no meramente presunto». El Tribunal impone una medición de «los grados de peligro objetivo y de peligrosidad subjetiva», explicitando «los datos fácticos que evidenci[en] la existencia real del riesgo» para la víctima (STC 62/2005, de 14 de marzo, FJ 7º).

delictivos». Los criterios para valorar la entidad del riesgo son las «circunstancias del hecho» y «la gravedad de los delitos que se pudieran cometer». Se imponen, además, un límite y un criterio de flexibilización. Solo puede atenderse a esta causa si el hecho imputado está tipificado como doloso. Sin embargo, la duración de la pena prevista es irrelevante, si puede «inferirse racionalmente» que el sujeto viene realizando los hechos de forma organizada o con habitualidad.

Ello nos lleva, por conexión, al problema de extender el juicio sobre la peligrosidad del sujeto, como riesgo general de reincidencia, a factor habilitante del encarcelamiento preventivo. El TC ha reconocido que la reiteración delictiva se sitúa «en un plano distinto[,] aunque íntimamente relacionado» con el resto de finalidades –evitar que el sujeto se sustraiga a la acción de la justicia u obstaculice la instrucción–[345]. No ha aclarado, sin embargo, qué significa ese diferente plano en el que ha de operar la prevención de tal riesgo; si, quizá, quiere significar una importancia o trascendencia menor que el peligro de fuga y la obstrucción del proceso[346]; o bien, por ejemplo, que ha de jugar un papel complementario a esos otros fines cautelares, situándose en un «segundo plano» respecto a ellos[347]. Estimamos que el Tribunal alude al distinto carácter de ambas finalidades. Si en el riesgo de fuga y de alteración de pruebas se reconoce una naturaleza cautelar (matizada en el primer caso), la prevención de la reiteración delictiva puede entenderse cabalmente sino como medida de estricta prevención securitaria.

Sin embargo, TS y TC han negado que el riesgo de reiteración delictiva, a los efectos del art. 503.2 LECrim, implique efectuar un juicio de peligrosidad sobre el sujeto. Aunque previamente se había admitido de forma implícita la equiparación de ambos conceptos[348], recientemente los Tribunales han pretendido dar a esta finalidad un sentido despojado de connotaciones sobre la peligrosidad:

> «Mientras que respecto a la valoración del riesgo de fuga, y la motivación de dicha valoración, la jurisprudencia constitucional proporciona criterios precisos de análisis, no

[345] SSTC 128/1995, de 26 de julio, FJ 3; 62/1996, de 16 de abril, FJ 3; 44/1997, de 10 de marzo, FJ 5.a); 207/2000, de 24 de julio, FJ 6; 22/2004, de 23 de febrero, FJ 4; 191/2004, de 2 de noviembre, FJ 4; 333/2006, de 20 de noviembre, FJ 3; 27/2008, de 11 de febrero, FJ 4.

[346] Así se lo plantea Alonso Fernández (2019, p. 230).

[347] Esta es la opinión de Jorge Barreiro (2016b).

[348] ATC 61/2000, de 17 de junio, FJ 2; STC 94/2001, de 2 de abril, FJ 7.

es el caso de la evaluación de los motivos atinentes al riesgo de reiteración delictiva, que por fuerza exigen una formulación del pronóstico sobre el acaecimiento de un suceso futuro. Sí resulta claro que no pueden vincularse estos argumentos a la peligrosidad del sujeto o a sus antecedentes [...], sino a la constatación de dudas razonables de que no se produzca 'nueva lesión o puesta en peligro del bien jurídico tutelado, y que comporta el descrédito del proceso, como medio de restablecimiento del orden perturbado por la infracción'»[349].

«[...] tal análisis no debe ser realizado con un carácter general, lo que implicaría un pronóstico de peligrosidad general alejado del principio de culpabilidad por el hecho; sino específicamente como una probabilidad de que el sujeto continúe con la actividad delictiva que venía desarrollando y que ha sido interrumpida por el inicio de la causa y la adopción de las medidas oportunas»[350].

Los pronunciamientos responden a acciones de líderes políticos y sociales en el seno de las movilizaciones independentistas en septiembre de 2017 en Cataluña. Se trata, por lo tanto, de resoluciones peculiares en las que los Tribunales interpretan el precepto con argumentos, quizá, un tanto contraintuitivos.

Con ellos pretenden anudar el riesgo de reiteración delictiva a la culpabilidad por el hecho y a una funcionalidad cautelar: que nuevas conductas antijurídicas desacrediten el sentido del proceso afirmativo del orden jurídico, una suerte de prevención general positiva. Por un lado, debe advertirse que, tratándose de una medida recaída todavía sin destrucción de la presunción de inocencia, la culpabilidad por el hecho es a lo sumo una probabilidad que se verificará, o no, en la sentencia: aunque quiera anudarse la reiteración a los hechos presuntamente cometidos, el fundamento de la prisión preventiva será la probabilidad de que tales hechos se repitan; pronóstico que, como tal, sigue escapando a todo juicio de culpabilidad.

Por otro lado, la vinculación del riesgo de reiteración a finalidades cautelares ha sido ensayada en ocasiones, argumentando por ejemplo la necesidad de evitar los retrasos que la investigación de nuevos hechos delictivos supondría para el proceso en marcha[351]. Formulaciones que, a nuestro parecer, evidencian el carácter doctrinario de

[349] SSTC 29/2019, de 28 de enero, FJ 6; 30/2019, de 28 de enero, FJ 5.

[350] ATS de 5 de enero de 2018 [ROJ 91/2018], RJ 6.

[351] Así lo advierte Rodríguez Ramos (1984).

la tesis cautelar como diagnóstico absoluto sobre la prisión preventiva, que ha señalado Dei Vecchi[352]. Es decir, la negación formal de fines no cautelares choca con el tenor de la norma y su praxis: un juicio en clave de la peligrosidad del sujeto. Por más que pretenda forzarse su orientación a funciones cautelares, resulta difícil concebir una valoración sobre la probabilidad de reiteración delictiva que no implique enjuiciar la peligrosidad del sujeto. Tal es, en definitiva, el contenido típico de la peligrosidad en sentido jurídico-penal.

La doctrina ha subrayado ese juicio de peligrosidad ínsito en el apartado segundo del art. 503 LECrim. La norma acoge aquí, abiertamente, una finalidad de prevención especial negativa en el uso de la prisión provisional[353], orientada a fines «sociales» de protección y no procesales[354], en virtud de un ejercicio de prognosis en sentido estricto[355]. Todo ello, con las inevitables dudas de constitucionalidad que conlleva desde la perspectiva de los arts. 25.2 y 17 CE, al adquirir la medida el cariz, bien de pena anticipada, bien de medida de seguridad predelictual encubierta.

Alonso Fernández propone, para salvar la validez del precepto, una interpretación que esquive su uso como juicio general de peligrosidad. Se trataría de convertir en supuesto general de aplicación el caso especial que contempla la norma; admitir la probabilidad de reiteración como causa de la prisión preventiva solo cuando se verifique que: el sujeto actúa en el seno de una organización delictiva y de forma continuada[356]. Es plausible que el cálculo de probabilidad sea más fiable en esas circunstancias, y que esta lectura permitiría restringir notablemente la aplicación del supuesto. Pero el argumento no salva los problemas dogmáticos que supone admitir el juicio de peligrosidad como fundamento de la prisión preventiva. Tampoco lo permite, en nuestra opinión, afirmar la formalidad cautelar de la medida aun a pesar de su tenor sustantivo.

---

[352] Dei Vecchi (2013, p. 191).

[353] Morillas Cueva (2016, p. 13).

[354] Rodríguez Ramos (1984).

[355] Jorge Barreiro (2016b, p. 69).

[356] Alonso Fernández (2019, pp. 249-250). Advierte el autor que esta lectura sería coherente con la perspectiva sostenida por el TEDH en Sentencia de 10 de noviembre de 1969 (caso Matznetter v. Austria, Nº 2178/64), especialmente en sus votos discrepantes.

6.3.2 Las órdenes de protección y alejamiento

Se trata de medidas procesales de carácter preventivo que incorporan juicio de riesgo, tanto en su adopción judicial como en su gestión policial. Aplazaremos su tratamiento al capítulo siguiente ya que, como anunciamos, se trata de uno de los casos de implementación de tecnologías punitivas actuariales en nuestro sistema.

Valga, por el momento, advertir que la «orden de alejamiento» fue introducida en el art. 544bis LECrim en 1999, paralelamente a su previsión como medida de seguridad y como pena en el CP, según mencionamos[357]. Admite la imposición de medidas tuitivas hacia la víctima en los casos de investigación de delitos del art. 57 CP, en concreto: prohibición de residir o de acudir a determinados lugares (barrio, municipio, provincia u otra entidad local o Comunidad Autónoma), o de aproximarse o comunicarse a determinadas personas, con graduación que resulte precisa[358].

Ley 27/2003, de 31 de julio, reguladora de la Orden de protección de las víctimas de la violencia doméstica, añadió un nuevo artículo 544ter en la LECrim, regulador de dicha medida procesal. El precepto anuda la adopción judicial de los mecanismos preventivos a la existencia de una *situación objetiva de riesgo para la víctima*, si existen indicios fundados de comisión de un delito contra la vida, integridad física o moral, libertad sexual, libertad o seguridad de alguna de las personas que se citan en el art. 153 CP[359].

Ambas medidas nos sitúan, de nuevo, ante una peligrosidad circunscrita a la relación presunto agresor-víctima, riesgo contextualizado o relacional. En el caso de la orden de protección, la exigencia de «riesgo objetivo», estimado inicialmente por el

[357] Mediante LO 14/1999, de 9 de junio. Recordemos que, tras la LO 5/2010, de 22 de junio, de reforma del CP, el contenido de tal «alejamiento» como medida de seguridad se han subsumido en la de libetad vigilada.

[358] La adopción de la medida exige ponderación con las circunstancias económicias, de salud, familiares y de actividad laboral del inculpado. El precepto ha sido reformado en dos ocasiones en cuanto a las consecuencias del incumplimiento de la medida. Si, inicialmente, se previó simplemente la posibilidad de acordar nuevas medidas cautelares más restrictivas, tras su modificación por LO 13/2003, de 24 de octubre, se incorporó expresamente la opción de decretar prisión provisional o, después de la LO 15/2003, de 25 de noviembre, orden de protección.

[359] Es decir, mujer que sea o haya sido esposa, o esté o haya estado ligada al agresor por una análoga relación de afectividad, aun sin convivencia; o también persona especialmente vulnerable que conviva con el autor.

órgano judicial competente según su arbitrio, ha de ser concretado para precisar el contenido de la protección a dispensar[360].

Más aún, se entiende que la protección efectiva de la víctima ante indicios de violencia de género exige una concreción del riesgo de mayor precisión «objetiva», para articular actuaciones policiales tuitivas para su gestión. Para ello –y, en realidad, para la protección de la mujer víctima incluso al margen de medida cautelar– se ha instrumentado una tecnología de valoración compleja del riesgo encomendada a los agentes policiales receptores de la denuncia o conocedores de los hechos (Valoración Policial del Riesgo, VPR/VPER); un *software* de carácter actuarial y semi automatizado, reglado en algunos de sus aspectos por la Instrucción 4/2019, de la Secretaría de Estado de Seguridad[361].

El carácter cautelar de estas medidas ha sido también discutido. Para Santos Requena y Leal Medina, pese a la presentación formal de la orden de protección como instrumento cautelar, su evidente carácter preventivo e inocuizador le aproxima a una medida de seguridad predelictual[362]. Hay que advertir, no obstante, que se trata en este caso de restricciones que no implican privación de libertad mediante internamiento, por lo que el juicio de proporcionalidad presenta una exigencia menor. El parámetro de constitucionalidad no remite al art. 17, sino al 19 CE (libertad ambulatoria y de fijación de residencia). Y el CP cataloga las prohibiciones propias de la «pena de alejamiento» como privativas de derechos distintos a los de libertad (art. 39.f), g) y h) CP).

[360] El contenido de la medida es variable y puede integrar actuaciones de carácter penal y civil. Las primeras admiten cualquiera de las medidas «previstas en la legislación procesal criminal» incluyendo, por lo tanto, el alejamiento (art. 544ter.6 LECrim). Las segundas acogen modificaciones en el ejercicio de la patria potestad y régimen de guarda y custodia respecto a menores, y régimen de visitas y prestación de alimentos, respecto a menores y otras personas necesitadas de especial protección, uso de la vivienda familiar, y cualquier otra disposición «que se considere oportuna» (art. 544ter.7 LECrim).

[361] Por la que se establece un nuevo protocolo para la valoración policial del nivel de riesgo de violencia de género (Ley Orgánica 1/2004) y de gestión de la seguridad de las víctimas.

[362] Santos Requena (2001, p. 227), pronunciándose sobre el art. 544bis LECrim; Leal Medina (2008, p. 230).

6.4 Medidas de derecho administrativo de policía

Como advertimos en el capítulo anterior, el riesgo se integra como principio de política normativa en el derecho administrativo sancionador. Se manifiesta en la instrumentalidad de la potestad sancionadora, en la tipificación de infracciones formales y en la tendencia a objetivar la responsabilidad. Riesgo y peligro se han incorporado, también, como conceptos jurídico-normativos para anticiparse a la peligrosidad de ciertas conductas o modular la respuesta sancionadora en función del grado de exposición al riesgo de los intereses públicos[363].

Nieto «lamentó» la escasa presencia en derecho administrativo de disposiciones punitivas que atendieran a las circunstancias personales del autor. La peligrosidad del sujeto pareciera ajena a la praxis administrativa: no se han desarrollado medidas de seguridad (allí donde «resultan socialmente más necesarias»); ni existe un concepto correlativo al de peligrosidad criminal, ni una clasificación sociológica de infractores correspondiente a la de «delincuentes habituales, profesionales y tendenciales»[364].

No es, sin embargo, esa lista de carencias las que agotan los problemas. Quizá el problema más insidioso consista, precisamente, en que aquella ausencia de la peligrosidad del sujeto en la praxis de la Administración no lo es tal. Se trata más bien de una presencia desapercibida cuya proliferación es, paradójicamente, muy llamativa. La estimación de peligrosidad se produce en espacios administrativos «liminales», donde la Administración pública interviene con carácter auxiliar. Así sucede en el espacio penitenciario, donde aporta el marco organizativo para la ejecución del castigo penal, y la intervención policial para la gestión de medidas procesales preventivas, como las órdenes de protección. Más aún, el juicio de peligrosidad surge fácticamente, sin previsión normativa habilitante, como en las prácticas de *profiling* policial.

---

[363] Esta última utilidad es muy patente, por ejemplo, en el Decreto-Ley foral 9/2020,de 16 de septiembre, por el que se establece el régimen sancionador por el incumplimiento de las medidas de prevención y contención sanitarias para afrontar la situación de crisis sanitaria ocasionada por COVID-19, en la Comunidad Foral de Navarra. La norma clasifica las infracciones administrativas en leves, graves y muy graves, atendiendo, entre otros criterios, al riesgo generado para la salud por la conducta (art. 4, concretado en los tipos de los artículos siguientes).

[364] Nieto (2005, pp. 378-379).

Ello torna el concepto de peligrosidad más indefinido y carente de delimitación en la práctica administrativa frente a la criminal. Un sentido rayano con la peligrosidad social construida sobre factores heteróclitos que alimentan el carácter predictivo de eventuales conductas «antisociales», no siempre incluibles en el ámbito de lo ilícito.

Melero Alonso ha propuesto hablar de un «derecho administrativo del enemigo», en lectura analógica de la tesis de Jakobs –si bien con un tono abiertamente crítico, no legitimante, como sucede en el autor alemán[365]–. Utiliza la expresión para detectar «ámbitos de actuación administrativa en los que se utiliza el derecho como instrumento para combatir a aquellos individuos que son considerados como especialmente peligrosos»[366]. Apunta con ello a la definición de cierto ejercicio de la potestad sancionadora con sesgos «de autor», como la tipificación de infracciones en las ordenanzas locales de convivencia enfocadas en conductas de las personas sin hogar; pero también a «actuaciones materiales» sin naturaleza sancionadora, pero sentido punitivo, como el rechazo en frontera del régimen especial de la LOEX para Ceuta y Melilla[367].

Este derecho administrativo del enemigo identifica disposiciones con indicios de algunos de los siguientes rasgos distintivos: adelantamiento de la intervención administrativa a estados anteriores a la infracción (es decir, lógica preventiva); desproporción en la gravedad de las medidas; vocación de «lucha» contra ciertas acciones o actividades; supresión de garantías procedimentales y sustantivas; y/o identificación de ciertas categorías de sujetos como «enemigos». Desde nuestra perspectiva, el interés de este análisis es que, entre otras manifestaciones, subraya vías de incorporación de la peligrosidad del sujeto en el derecho administrativo.

No todas las decisiones administrativas sobre la peligrosidad responden a dicho modelo, pero sí da cuenta de algunas de sus manifestaciones. Así sucede, en especial, con las prácticas «selectivas» en la aplicación de las disposiciones sobre identificación,

---

[365] Hemos discutido la presunta vocación descriptiva del análisis de Jakobs *supra*, en §2.2.3.b).

[366] Melero Alonso (2018b). Reconoce el autor la inspiración en el calificativo «derecho sancionador del enemigo» utilizado antes por Presno Linera al describir el Anteproyecto de la LOPSC 2015 (Presno Linera 2014).

[367] Maqueda Abreu critica, en sentido similar, el uso del derecho como «instrumento de gestión de esas personas excluidas de la vida social»: mendigos, vendedores ambulantes, prostitutas, jóvenes desviados, «que se mueven y ensucian el espacio público provocando inseguridad e inquietud [...], 'símbolo vergonzante de la decadencia social y moral de la ciudad'» (Maqueda Abreu 2015, p. 5).

registro y comprobación, en el ámbito de la policía de seguridad, a las que atenderemos en primer lugar. También en la incorporación del juicio de peligrosidad en el ordenamiento jurídico de extranjería y fronteras, que observaremos en segundo término.

Aludiremos, por último, al régimen de concesión de la licencia para tenencia y uso de armas de fuego. Supuesto distinto, de policía administrativa especial, que revela no obstante un caso significativo de juicio de peligrosidad «social» por parte de la Administración pública.

6.4.1 *Profiling* en la diligencia de «parada policial»

En el capítulo anterior atendimos a la diligencia policial de identificación, con y sin traslado (art. 16 LOPSC), como caso de intervención preventiva. No reiteraremos lo ya analizado. Sin embargo, es preciso volver a este instituto para situarlo junto a las actuaciones policiales de comprobación, registro y controles en lugares públicos, previstos también en dicha norma.

El art. 18.1 LOPSC autoriza a los agentes policiales comprobaciones en personas, bienes y vehículos, con el objetivo de impedir el portado o uso de armas, explosivos, sustancias peligrosas, u otros efectos generadores de riesgos potencialmente graves, que pudieran usarse en la comisión de delitos o la alteración de la seguridad ciudadana; todo ello condicionado a la constatación de «indicios» de su posible presencia. El art. 20 LOPSC regula los «registros corporales externos», de tipo superficial, que la policía podrá practicar cuando existan indicios racionales de hallazgo de instrumentos, efectos u objetos relevantes para sus funciones de indagación y prevención. Registros que podrán llevarse a cabo contra la voluntad del afectado, haciendo uso de las medidas de compulsión necesarias (art. 20.4 LOPSC)[368]. El art. 17 LOPSC, en su párrafo primero, habilita la limitación o restricción de la circulación y permanencia en vías o lugares públicos, estableciendo «zonas de seguridad» en casos de alteración de la seguridad

[368] El precepto impone ciertas reglas y restricciones. Salvo que urgencia por riesgo grave e inminente para los agentes, deberán practicarse por persona del mismo sexo que la registrada; si su práctica dejara a la vista partes del cuerpo cubiertas por ropa, deberá realizarse en lugar reservado; así mismo, habrá de dejarse constancia escrita de la diligencia, sus causas y la identidad del agente (art. 20.2 LOPSC). Su uso debe respetar el principio de injerencia mínima y causar el menor perjuicio posible a la intimidad y la dignidad del afectado; quien, además, tiene derecho a ser informado «de modo inmediato y comprensible» de los motivos del registro (art. 20.3 LOPSC).

ciudadana o la paz convivencial, «o cuando existan indicios racionales de que pueda producirse». El apartado segundo del precepto permite establecer controles en vías, lugares o establecimientos públicos para «proceder a la identificación de personas que se encuentren en ellos, al registro de vehículos o al control superficial de efectos personales». Ello, con el objetivo de prevenir delitos «de especial gravedad o generadores de alarma social», para el descubrimiento de sus autores, o la recogida de efectos o pruebas.

El conjunto de disposiciones de los arts. 16 a 20 LOPSC regula la llamada «parada policial», que puede implicar identificación, cacheo y/o retención. Se trata de un tipo de intervención que, por su materialidad e implementación, plantea dificultades de control jurídico[369]. Son regulaciones que no integran formalmente juicios de peligrosidad sobre los sujetos afectados. Abren, sin embargo, espacios de decisión policial de tipo selectivo basadas eventualmente en ejercicios de *profiling*.

Nos encontramos pues ante una actuación administrativa (de policía de seguridad) de valoración y gestión del riesgo. Puede consistir en juicio anticipatorio del tipo analizado: medidas de control sobre determinados sujetos por la probabilidad estimada de que cometan ciertas acciones. Pero puede emplearse en sentido distinto, como valoración de probabilidad sobre conductas previa a cualquier comprobación de comisión de un ilícito. En el primer caso el *profiling* persigue eficiencia preventiva; en el segundo, eficiencia indagatoria. En ambos casos, sin embargo, implica un juicio externo y apriorístico sobre el riesgo que representan ciertos sujetos, oportunamente categorizados.

En las últimas dos décadas ha existido una preocupación creciente, social y académica, por la incorporación de variables discriminatorias en tales ejercicios de selección policial[370]. Según el Consejo de Europa, el *profiling racial* o *étnico* alude al «uso, por parte de la policía, sin una justificación objetiva y razonable, de motivos

[369] López-Riba (2019). El autor identifica dos modelos de regulación de este tipo de actuación policial, anglosajón y europeo continental. Aun así, existen algunas diferencias relevantes a nivel nacional en cada contexto.

[370] Téngase en cuenta que la posible afección al principio de igualdad se suma a la afección a derechos fundamentales que, de suyo, pueden conllevar las potestades vinculadas a la parada policial. Según advertimos en su momento, el TC no aprecia privación de libertad (solo restricción) en las retenciones *in situ*, pero sí en aquellas que implican traslado a dependencias policiales (SSTC 107/1985 y 341/1993, ya citadas). No obstante, sí observa afección a la intimidad y a la integridad física en el caso de los registros corporales (SSTC 37/1989, 207/1996, 206/2007, 172/2020, 13/2021, ya mencionadas).

como la raza, el color de la piel, el idioma, la religión, o la nacionalidad u origen nacional o étnico, en las actividades de control, vigilancia o investigación»[371]. Los criterios discriminatorios citados no componen una enumeración exhaustiva[372]. La definición tampoco implica que estos factores sean los únicos determinantes de la selección policial, sino que basta con que resulten significativos en la decisión[373]. Además, incluye formas de discriminación racial indirecta, esto es, el uso policial de criterios aparentemente neutros, pero con impacto desproporcionado en un grupo de personas definido por rasgos raciales u otros de los citados[374].

Al no tratarse de actuaciones formales, en aplicación de normativas específicas, la constatación y prueba de este tipo de práctica material es dificultosa. Supone evaluar la intervención policial en su sentido sustantivo desde criterios de «daño»: «hasta qué punto la medida en cuestión institucionaliza el prejuicio y legitima [...] una conducta discriminatoria hacia miembros de ciertos grupos», o supone «concentrar los esfuerzos policiales sobre determinados delitos o en zonas geográficas», por ejemplo, con gran presencia de población migrante o personas pertenecientes a minorías étnicas[375].

El *profiling racial* ha sido ampliamente denunciado en EEUU[376]. Pero existen casos hechos públicos, estudios e informes que, al menos durante los últimos treinta años, atestiguan su uso como una de las pautas de actuación policial en España[377].

---

[371] ECRI General Policy Recommendation Nº11, *On combating racism and racial discrimination in policing*, ECRI(2007)39, de 29 de junio de 2007, I.1 (European Commission against Racism and Intolerance, Consejo de Europa). La ECRI se ha pronunciado también sobre la relación entre policía y minorías étnicas en la General Policy Recommendation Nº13, On combating antigypsyism and discrimination against Roma CRI(2011)37, de 24 de junio de 2011.

[372] ECRI General Policy Recommendation Nº11, *cit.*, Explanatory Memorandum I.35.

[373] Harris (2020).

[374] ECRI General Policy Recommendation Nº11, *cit*, Explanatory Memorandum I.38.

[375] Amnistía Internacional (2011), refiriendo los criterios de valoración propuestos por la ECRI. La doctrina ha advertido las graves consecuencias discriminatorias de las prácticas de *profiling* racial. «Los agentes de policía representan, como ningún otro colectivo de funcionarios, el Estado en las calles. La policía con su sola presencia comunica e influye en las percepciones», con lo cual las actuaciones policiales altamente selectivas refuerzan la segregación entre grupos sociales y refuerza las percepciones existentes sobre ellos (López-Riba 2021).

[376] Harcourt, por ejemplo, ofrece un análisis de su aplicación en los controles de carretera (Harcourt 2007a, pp. 195 y ss.). Para una perspectiva amplia de problema *vid.* los recursos disponibles en la web de la American Civil Liberties Union (ACLU, https://www.aclu.org/issues/racial-justice/race-and-criminal-justice/racial-profiling). Un comentario actualizado sobre la situación al respecto en EE.UU. puede encontrarse en Harris (2020).

[377] Véanse al respecto los Informes anuales del Defensor del Pueblo, en su apartado «Controles policiales de identificación» del epígrafe «Igualdad de Trato», dentro de la sección «Supervisión de la

El hito jurisprudencial más relevante en nuestro país sigue siendo el resuelto en vía de amparo por STC 13/2001, de 29 de enero. El recurso trajo causa del requerimiento de identificación realizado por agentes de la Policía Nacional a la interesada, de nacionalidad española y raza negra, practicada en atención a su característica racial. El interés del caso es doble. Deriva, por un lado, de la admisión expresa, por parte de la Administración pública y sus agentes, de que la diligencia de identificación se practicó tomando como indicio la raza de la afectada. Por otro, del argumento acogido por el TC para denegar el amparo, que sincroniza con el sentido probabilista y la instrumentalidad gerencial de la evaluación y gestión de riesgos.

El caso no versa sobre la diligencia de identificación recogida en la LOPSC-1992, de vigencia muy reciente en el momento de los hechos[378], sino de lo establecido en la legislación de extranjería[379]. Formalmente se trató de una actuación de policía administrativa especial, y no de policía de seguridad. Han de tenerse en cuenta, sin embargo, los ingredientes securitarios y de «orden público» presentes en el

actividad de las Administraciones Públicas» (pp. 299-300 en el último Informe publicado, correspondiente el año 2020). Han denunciado prácticas de *profiling* discriminatorio en nuestro país Amnistía Internacional (2011) y, más recientemente, la ECRI (2018) –para la cual «la elaboración de perfiles según la raza por las autoridades encargadas de hacer cumplir la ley es un problema continuo» en España (p. 35)– y la Open Society Foundation (2019). Considera esta última institución que el *profiling* étnico es usual en nuestro país, advirtiendo que «muchos agentes de policía en España mantienen estereotipos explícitos y, a menudo, carencia de políticas o entrenamiento en prácticas no discriminatorias o trabajo policial en sociedades con diversidad» (p. 6). Desde los ámbitos académico y social se han académica ha desarrollado varios estudios con abundante material empírico que revelan este tipo de prácticas: Wagman (2006); García Añón, Bradford, García Sáez, Gascón Cuenca y Llorente Ferreres (2013); Arenas García y García España (2016); Pović y Jiménez Bautista (2016); López-Riba (2021).

En el año 2009 se publicó en prensa la evidencia documental de una reunión celebrada en noviembre de 2008 en la Jefatura Superior de Policía, en la que se acordó la fijación de «cupos para la detención de extranjeros» en las comisarías de Madrid, estableciendo además criterios selectivos para la petición de ingresos en CIEs según nacionalidad. La noticia exigió explicaciones del Secretario de Estado de Seguridad ante la Comisión de Interior del Congreso de los Diputados. Una relación de las fuentes documentales sobre tales hechos puede encontrarse en Amnistía Internacional (2011).

[378] La identificación policial que suscitó el caso se produjo en la estación de autobuses de Valladolid el 6 de diciembre de 1992. La LOPSC-1992, de 21 de febrero de dicho año, fue publicada en el BOE el 22 de febrero y entró en vigor el 13 de marzo.

[379] En el caso, en virtud del art. 72.1 del entonces vigente RD 1119/1986, de 26 de mayo, Reglamento ejecutivo de la LO 7/1985, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España: «Los extranjeros están obligados a llevar consigo el pasaporte o documento con base en el cual hubieran efectuado su entrada en España, y, en su caso, el permiso de residencia, y a exhibirlos, cuando fueran requeridos por las autoridades o sus agentes, sin perjuicio de poder demostrar su identidad por cualquier otro medio si no los llevaran consigo». Obligación regulada hoy en el art. 205 RLOEX.

ordenamiento de extranjería, según indicamos *supra*[380]. Así lo reconoce también el voto particular formulado a la Sentencia[381].

El amparo solicitado por la interesada deriva de la previa denegación de su solicitud de responsabilidad patrimonial por parte de la Administración General del Estado[382]. La pretensión indemnizatoria se fundó en que la identificación se basó, exclusivamente, en la raza negra de la requerida, comportamiento racista que le produjo lesiones morales y psicológicas a ella y a sus familiares, fruto de la humillación e indignación sufridas[383]. Tal pretensión fue rechazada en vía administrativa. También en recurso contencioso-administrativo frente a la Audiencia Nacional, que descartó la antijuridicidad de la actuación pública, entendiendo que el deber de identificarse constituye una carga a soportar por el conjunto de la ciudadanía[384].

Rechazada toda responsabilidad administrativa patrimonial, la interesada fundó su recurso de amparo en una triple vulneración constitucional: sus derechos a la libertad, a la seguridad y a la libertad de circulación (arts. 17 y 19 CE), su derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE) y la prohibición de discriminación (art. 14 CE), quebrada por la utilización de la raza como criterio selectivo de la intervención pública. Las dos primeras afecciones no son enjuiciadas por el TC, por falta de invocación en la vía judicial previa. El derecho a la libertad, y la libertad de circulación, quedaría al margen de cualquier vulneración según la doctrina constitucional sobre las identificaciones «sin traslado» a dependencias policiales. Las alegaciones de la presunción de inocencia merecieron consideración, a pesar de que queden al margen del

---

[380] *Vid.* §5.1.2, en especial el argumento al respecto de Velasco Caballero (2006).

[381] Por parte del Magistrado Julio Diego González Campos, que lee la facultad administrativa de control general sobre la población extranjera («policía de extranjeros») como un residuo histórico del Estado policía. En contra de esta lectura, defendiendo el carácter estricto de policía administrativa sectorial de la actuación, se expresó tempranamente Lafont Nicuesa (2001).

[382] Existieron en realidad otros dos cauces jurídicos intentados de forma infructuosa por la interesada. Interpuso denuncia penal que dio lugar a diligencias previas, después sobreseídas por no apreciar el órgano judicial indicios de delito. Formuló también recurso de alzada contra la hipotética orden (no escrita) del Ministerio del Interior de que la policía procediera a identificar a las personas según su raza, para la aplicación de la legislación de extranjería. El recurso fue inadmitido por falta de acto impugnable, al entender la Administración que no se acreditó la existencia de orden, circular, disposición general o acto en el sentido indicado (STC 13/2001, Antecedente 2.a) y b).

[383] STC 13/2001, Antecedente 2.c).

[384] SAN 29 de noviembre de 1996, FJ 2º. Esta, y el resto de resoluciones judiciales citadas en este apartado, proceden del orden jurisdiccional contencioso-administrativo.

contenido de la Sentencia. No obstante, su valoración exige atender primero al argumento principal del recurso, sobre la prohibición de discriminación en el trato.

El TC no apreció vulneración del art. 14 CE, descartando que se produjera discriminación directa o indirecta. No existe discriminación directa por no haberse verificado la existencia de una orden que dirigiera las actuaciones de identificación hacia grupos raciales determinados. El Tribunal descarta la discriminación indirecta proyectando un juicio de proporcionalidad sobre la aplicación de la medida. Aunque de forma poco sistemática, los fundamentos de la Sentencia reúnen argumentos que salvarían los tres parámetros empleados por el Tribunal en sus valoraciones de proporcionalidad: idoneidad o razonabilidad, necesidad y ponderación (o proporcionalidad en sentido estricto).

Una medida que afecte a los derechos fundamentales será idónea o razonable si se verifica su virtud instrumental, es decir, si es un medio apto para alcanzar la finalidad pública perseguida. Este es el aspecto más atendido por la Sentencia, y el de mayor trascendencia para los intereses de este trabajo.

El TC acepta la medida como razonable, acogiendo el argumento que el Consejo de Estado había planteado en su Dictamen en el procedimiento de responsabilidad patrimonial previo: los funcionarios policiales actuaron en el marco de sus competencias de control de la inmigración ilegal; la intervención no respondió a una voluntad de controlar a las personas de raza negra, sino que la raza fue utilizada como «factor» de «un posible indicio de la condición de extranjera de la interesada»[385]. Sobre esta premisa el Tribunal admite que, en los controles en ejercicio de la potestad de identificación, «determinadas características físicas o étnicas pueden ser tomadas en consideración en ellos como razonablemente indiciarias del origen no nacional de la persona que las reúne»[386]. Descarta que la actuación se dedujera de prejuicios racistas o especiales prevenciones contra las personas de ciertos grupos raciales o étnicos. El criterio racial se utilizó «como meramente indicativo de una *mayor probabilidad* de que la interesada no fuera española»[387]. Lo discriminatorio, añade el Tribunal, hubiese sido

[385] La intervención policial «consistió en una actuación ordinaria de identificación de la nacionalidad de una determinada persona, utilizando al efecto uno de los criterios –el racial– que puede aportar un indicio al respecto» (Dictamen del Consejo de Estado 1148/1993, de 2 de diciembre).

[386] STC 13/2001, FJ 8.

[387] Énfasis añadido.

utilizar un criterio irrelevante para individualizar a las personas que la norma objetiva como destinatarias de la medida[388].

Supedita el juicio de constitucionalidad a un argumento probabilístico. Su racionalidad resulta problemática en dos sentidos, de exactitud y de legitimidad.

En el primer sentido, para el Tribunal lo «razonable» del criterio utilizado depende de su utilidad para completar un cálculo de probabilidad. Sin embargo, se basa en una interpretación puramente subjetiva de la aptitud del factor racial para tal fin, con solo una vaga referencia a la composición racial de la sociedad española de la época. Esta pauta de racionalidad suscita el interrogante de qué grado de exactitud probabilística o qué márgenes de error resultarían admisibles para salvar la constitucionalidad de una intervención restrictiva de derechos. El juicio de idoneidad se reconduce, estrictamente, a la existencia de una «inferencia lógica» en la aplicación de la norma[389]. Pero el criterio manejado presenta evidentes problemas de exactitud en atención a posibles falsos positivos: bajo esos parámetros, el control puede enfocarse con facilidad sobre extranjeros con permiso de residencia y, como en el caso, sobre personas de nacionalidad española[390].

El segundo aspecto problemático se refiere a la aceptabilidad jurídica del factor empleado (pertenencia racial), con independencia de su idoneidad. El Tribunal no considera este aspecto, aceptando la utilidad predictiva del factor. En su análisis, el dato que salva la discriminación por motivo de raza, a los efectos del art. 14 CE, es que la intervención no pretendía enfocarse en personas de raza negra, sino sobre personas extranjeras en posible situación irregular. Es decir, la raza actuó como variable *proxy* de la extranjería. Sin embargo, el problema, desde la perspectiva de la gestión de riesgos es, precisamente, deslindar qué inferencias puedan resultar jurídicamente inasumibles por considerar, directa o indirectamente, categorías de datos protegidos o sensibles. «[U]na conclusión lógica no es necesariamente lícita»; en el caso, aun cuando no se juzgue ilógico inferir la condición de extranjería de la raza negra, sí habrá de

[388] *Ibidem*, FJ 9 (énfasis añadido).

[389] Pomed Sánchez y Velasco Caballero (2003, p. 147).

[390] Así lo advierte el voto particular a la Sentencia. Ha enfatizado este problema Melero Alonso (2018a, p. 261). El autor considera que este aspecto debería integrar la valoración de la «necesidad», y no de la «idoneidad» de la medida, dentro del juicio de proporcionalidad. A nuestro juicio, sin embargo, se trata de un problema que atañe a la razonabilidad o idoneidad de la intervención: apunta al tipo de racionalidad empleada.

cuestionarse «que el art. 14 CE tolere la inclusión de la raza en una inferencia lógica realizada por un agente de policía»[391].

Esa pura instrumentalidad debe ser modulada en los dos pasos sucesivos del juicio de proporcionalidad, sobre la necesidad y la proporcionalidad estricta de la medida. Ejercicios, sin embargo, poco consistentes en el argumentario de la Sentencia[392].

La necesidad de la medida no es abordada expresamente por el Tribunal. Podemos reconducir a ese nivel del análisis el argumento de eficiencia esgrimido, en atención a los resultados cuantitativos logrados en el operativo gracias a la «identificación en función de las apariencias»[393]. Siendo así, la necesidad de la medida (la inexistencia de otras medidas menos gravosas e igualmente eficaces) quedaría justificada mediante un criterio de gerencialismo policial muy propio, no en vano, de las lógicas de gestión de riesgos[394].

En cuanto a la ponderación o proporcionalidad estricta de la intervención, el Tribunal alude a un conjunto heterogéneo de circunstancias que la rodearon, que permitirían salvar también esta exigencia de validez: la «incomodidad» generada a la recurrente fue razonablemente asumible; el lugar en que se efectuó era adecuado, dada la presencia habitual de personas extranjeras; se empleó el tiempo estrictamente necesario para practicar la identificación; y el trato dispensado fue respetuoso y cortés. Es en este último estadio del análisis donde el razonamiento adolece de consideraciones sobre la aceptabilidad de la raza como factor de probabilidad, y a otros valores constitucionales inmediatamente afectados. El Voto Particular reprocha estas omisiones del fallo mayoritario.

Queda por considerar la afección que la aplicación de la medida pudo tener sobre la presunción de inocencia, aun cuando no fuera objeto de pronunciamiento por el TC.

---

[391] Pomed Sánchez y Velasco Caballero (2003, p. 148).

[392] Así lo estima Melero Alonso (2018a). Para Sánchez Barrilao, la consideración de la raza como factor selectivo no es un problema de desproporcionalidad en el uso de la diligencia de identificación, sino de arbitrariedad o falta de razonabilidad en su motivación, «a tenor de la agresión que para la dignidad de una persona supone el ser tratado de forma distinta exclusivamente por su etnia» (Sánchez Barrilao 2002, pp. 236-237).

[393] Tal práctica hizo posible «que la actividad de la Brigada Móvil de Valladolid diera lugar a la localización de 136 extranjeros en situación ilegal durante 1992».

[394] Criticó este argumento eficiencista Sánchez Barrilao (2002, p. 236).

La recurrente alegó que la intervención policial se sustentó en una presunción de «mayor peligrosidad y capacidad de infracción del Ordenamiento jurídico» deducida exclusivamente de sus rasgos raciales, que sería contraria a la regla del art. 24.2 CE[395]. Lafont Nicuesa, en comentario muy próximo a la fecha de la Sentencia, estimó que, en el caso, «el criterio racial no implica una presunción de culpabilidad o de infracción del ordenamiento jurídico, ni de peligrosidad criminal». Ello, por el mismo motivo que llevó al Tribunal a descartar vulneración del art. 14 CE: «la presunción exacta de la que se parte en la intervención administrativa de identificación es que dicha persona tiene más posibilidades de ser extranjera que las demás, y por lo tanto existen más opciones de que se le pueda aplicar la Ley de Extranjería»; solo «una vez verificada su condición de persona extranjera» se procedería a determinar si ha incurrido en infracción del ordenamiento jurídico[396].

A nuestro juicio, el argumento resulta insuficiente. En el *profiling* la valoración de probabilidad no se efectúa, sin más, para identificar sujetos pertenecientes a ciertas categorías (de nacionalidad extranjera, en el caso). Implica un juicio sobre la mayor probabilidad que une a tales individuos con la infracción (en el supuesto, al aparato sancionador de la legislación de extranjería). Se trató de una práctica de carácter indagatorio y no de prognosis, pero ello no elimina su carácter de juicio de peligrosidad. El tipo de *profiling* racial que revela el caso implica una doble presunción, enunciada como «alta probabilidad» en la Sentencia: que las personas de ciertas razas están sujetas al marco de derechos y deberes diferenciado del derecho de extranjería; y que algunas razas son propias de personas extranjeras en situación irregular en territorio español[397]. Esa «alta probabilidad» significa, en definitiva, un control policial intensificado por razón del potencial infractor de determinados sujetos.

Sometido el caso a la consideración del Comité de derechos Humanos de la ONU, apreció violación del art. 26 PIDCP[398]. Entiende el Comité que, siendo legítimos los controles policiales de identidad con fines de protección de la seguridad ciudadana,

[395] STC 13/2001, Antecedente 3.

[396] Lafont Nicuesa (2011).

[397] Sánchez Barrilao (2002, p. 235).

[398] UN Doc. CCPR/C/96/D/1493/2006, 17 de agosto de 2009. El art. 26 PIDCP acoge el principio de igualdad ante la ley y la prohibición de toda discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

prevención del delito o control de la inmigración ilegal, «las meras características físicas o étnicas de las personas objeto de las mismos no deben ser tomadas en consideración como indicios de su posible situación ilegal en el país»[399].

Tanto el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial de la ONU (CERD), como la Comisión contra el Racismo y la Intolerancia del Consejo de Europa (ECRI), han adoptado sendas recomendaciones para combatir el *profiling* racial por parte de las policías de los Estados miembros[400].

Desde el año 2015, la vigente LOPSC exige que en la práctica de las identificaciones se respeten «estrictamente los principios de proporcionalidad, igualdad de trato y no discriminación por razón de nacimiento, nacionalidad, origen racial o étnico, sexo, religión o creencias, edad, discapacidad, orientación o identidad sexual, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social» (art. 16.1 *in fine* LOPSC). No despeja la duda, sin embargo, sobre la validez de la raza como variable *proxy* de circunstancias significativas para la aplicación de normas sectoriales, como la extranjería. De hecho, casos de *profiling* racial han seguido siendo denunciados en los últimos años[401].

6.4.2 Valoración del riesgo en el derecho de extranjería

El derecho de extranjería es el ámbito jurídico-administrativo que ha incorporado con mayor intensidad la de gestión de riesgos sobre el sujeto en la toma de decisiones. Proponemos una sistematización de las disposiciones que incorporan juicio de

[399] El Comité exigió al Estado español proporcionar a la autora un recurso efectivo y una pública petición de disculpas. Además, recordó que el Estado tiene «la obligación de tomar todas las medidas necesarias para evitar que sus funcionarios incurran en actos como los del presente caso» (ap. 9).

[400] CERD General Recommendation Nº36, Preventing and Combating Racial Profiling by Law Enforcement Officials (CERD/C/GC/36, 24 noviembre de 2020); y ECRI General Policy Recommendation Nº11 del año 2007, ya citada.

[401] Así lo atestiguan algunos de los documentos ya citados: Informe anual del Defensor del Pueblo 2020 (pp. 299-300), ECRI (2018), Open Society Foundation (2019), López-Riba (2021). Las dificultades de control jurídico sobre este tipo de prácticas han llevado, puntualmente, a experimentar soluciones alternativas en forma de protocolos de buenas prácticas. En sintonía con las recomendaciones de los organismos internacionales, han buscado la formación y «sensibilización» de los agentes policiales y facilitar la rendición de cuentas en el uso de sus potestades (por ejemplo, sistematizando su uso y el registro de las intervenciones). Resulta de interés el proyecto STEPSS (Strategies for Effective Police Stop and Search), promovido por la Open Society Justice Initiative, implementado en 2005 en las policías locales de Fuenlabrada y Girona. Un mecanismo similar (Programa para la Identificación Policial Eficaz, PIPE) fue adoptado en las policías locales de Castellón y Pedrezuela (Madrid). *Vid.* Arenas García y García España (2006).

peligrosidad en cinco grupos: las medidas cautelares (administrativas) de detención e internamiento de extranjeros en procedimientos orientados a su expulsión; la aplicación de medidas de control sobre el acceso de personas extranjeras al territorio nacional, directamente vinculadas con el otorgamiento de visados; la valoración de riesgos en ciertas decisiones sobre la expulsión del territorio; el papel del juicio de peligrosidad como factor de restricción al ejercicio del derecho de asilo; y, por último, el rol colateral e implícito que la peligrosidad tiene, en ocasiones, en la valoración de la «buena conducta cívica» del sujeto en la obtención de la nacionalidad española por residencia.

a) Detención e internamiento administrativo cautelar

Al hilo de la delimitación del concepto de derecho punitivo, aludimos al internamiento de personas extranjeras en centros no penitenciarios, como medida cautelar personal de tipo jurisdiccional (no penal), prevista en la LOEX. Trataremos ahora un recurso conexo, de carácter estrictamente administrativo: la detención de personas extranjeras (anterior a su posible internamiento) en el marco de procedimientos administrativos sancionadores que pueden implicar su expulsión como medida punitiva. Se trata, como en el caso del internamiento, de una medida excepcional, propia del derecho de extranjería, sin parangón en cualquier otro cauce procedimental administrativo[402].

Esta posibilidad está prevista, también como medida cautelar, en el art. 61.1.d) LOEX:

> «Desde el momento en que se incoe un procedimiento sancionador en el que pueda proponerse la expulsión, el instructor, a fin de asegurar la resolución final que pudiera recaer, podrá adoptar alguna de las siguientes medidas cautelares: [...] d) Detención cautelar, por la autoridad gubernativa o sus agentes, por un período máximo de 72 horas previas a la solicitud de internamiento. En cualquier otro supuesto de detención, la puesta a disposición judicial se producirá en un plazo no superior a 72 horas».

[402] Barbero (2018, p. 148). Alonso Pérez (1999), siguiendo a Gimeno Sendra, habla de «detención atípica».

El límite temporal es análogo al previsto en el art. 17.2 CE, aunque no estemos ahora ante un supuesto de detención preventiva –ya que la actuación Administrativa no se produce como auxilio judicial–. La alusión del precepto, *in fine*, a «cualquier otro supuesto de detención», refiere la posibilidad de detención en otros casos equiparables: para la ejecución de la sanción de expulsión ya dictada e incumplida (art. 64.1 LOEX), hacer cumplir la obligación de regreso tras denegación de entrada (art. 60.1 LOEX), proceder a la devolución ante el intento de entrada ilegal (art. 58.5 LOEX) o ejecutar el rechazo en frontera (DA 10ª LOEX).

Esta clase de detención no incorpora de suyo juicio de peligrosidad, pero abre la vía a prácticas de *profiling*, con ocasión de la de identificación. De hecho, en la jurisprudencia constitucional existe un antecedente al caso de la comentada STC 13/2001, en recurso de amparo ante la detención de un ciudadano extranjero. En este supuesto, la actuación policial estuvo determinada por el «acento argentino» de la persona intervenida que, pese a encontrarse indocumentado en el momento del requerimiento, contaba con nacionalidad italiana[403]. Pese a ello resultó detenido en aplicación de la posibilidad contemplada en la antigua LO 7/1985.

La discusión sobre el factor de selección policial fue en este caso colateral. El TC centra el análisis en la situación de indocumentado del sujeto en el momento del requerimiento como justificación de la detención. No se cuestiona el uso del rasgo cultural como indicio de extranjería e irregularidad administrativa: no se vulneró «su derecho a no ser discriminado, ex art. 25 CE, porque el actor no fue detenido por razón de su nacionalidad sino porque, atendiendo [a] que carec[í]a de la condición de ciudadano español, no pudo acreditar su residencia legal en España [...]»[404].

El tipo de actuación descrita enlaza con la posibilidad de internamiento del extranjero en CIE como medida cautelar que asegure su previsible expulsión. Esta segunda decisión, que habrá de producirse en el plazo máximo de 72 horas desde la detención, implica concreta estimación del *riesgo de incomparecencia* (de elusión de la medida de expulsión) que el sujeto presente. La valoración de este criterio ha sido progresivamente concretada por la norma y la jurisprudencia.

---

[403] STC 86/1996, de 21 de mayo, Antecedente 2.

[404] *Ibidem*, FJ 5.

La LOEX 1985 admitía el internamiento en centro de carácter no penitenciario en su art. 26 que, sin embargo, no especificaba criterio alguno a ponderar en la decisión[405]. Fue el TC quien, en interpretación conforme fruto de un recurso de inconstitucionalidad contra el precepto, advirtió que el internamiento no podía basarse únicamente en la posibilidad de expulsión; debía atenderse a «las circunstancias que concurren en el caso» más allá de la necesidad de la expulsión, «entre otros aspectos, a la causa de expulsión invocada, a la situación legal y personal del extranjero, a la *mayor o menor probabilidad de su huida* o *cualquier otra* que el Juez estime relevante para adoptar su decisión»[406]. El Tribunal tuvo ocasión de aplicar esta doctrina en vía de amparo, enjuiciando si la medida fue aplicada conforme a su carácter de «excepcionalidad» por válidas «razones de cautela o prevención»[407].

La nueva LOEX, en su redacción original del año 2000, reguló la medida de internamiento en el art. 58 sin acoger expresamente la doctrina constitucional[408]. Fue en la reforma operada por LO 11/2003 cuando, llevada su regulación al art. 62, se incorporaron ciertos criterios de valoración para decidir sobre el internamiento: «las circunstancias concurrentes y, en especial, el hecho de que carezca de domicilio o de documentación, así como la existencia de condena o sanciones administrativas previas y de otros procesos penales o procedimientos administrativos sancionadores pendientes». La nueva modificación por LO 2/2009 explicitó que las circunstancias anteriores habían de valorarse como factores del «riesgo de incomparecencia», sumando también «las actuaciones del extranjero tendentes a dificultar o evitar la expulsión» (redacción actual del art 62.1 LOEX, segundo párrafo).

---

[405] «[...] La autoridad gubernativa que acuerde tal detención se dirigirá al Juez de Instrucción del lugar en que hubiese sido detenido el extranjero, en el plazo de setenta y dos horas, interesando el internamiento a su disposición en centros de detención o en locales que no tengan carácter penitenciario [...]» (art. 26 LOEX 1985).

[406] STC 115/1987, de 7 de julio, FJ 1. *Énfasis añadido.*

[407] STC 144/1990, de 26 de septiembre, en la que anula la decisión de internamiento «adoptada de forma colectiva para todos los detenidos –un total de ocho–, sin relación alguna entre ellos con una motivación genérica y sin concreción alguna sobre cada detenido» (FJ 5). La ya citada STC 86/1996, de 21 de mayo, y la STC 12/1994, de 17 de enero, aplican esta doctrina a la detención policial de persona extranjera de la que se sospechó situación irregular.

[408] «[...] La decisión judicial en relación con la solicitud de internamiento del extranjero pendiente de expulsión se adoptará en auto motivado, previa audiencia del interesado».

b) Juicio de peligrosidad y acceso al territorio nacional

La peligrosidad del sujeto es atendida de forma más amplia en otras sedes de la normativa de extranjería. Hablamos ahora de juicios genéricos de peligrosidad, no circunscritos a riesgos concretos como el de fuga. Estamos ante previsiones de una laxa «peligrosidad social». Tampoco operan ya como medidas cautelares, sino como *ratio* de decisiones sustantivas sobre derechos o intereses de las personas afectadas. Citaremos cuatro grupos supuestos: la valoración de peligrosidad como filtro para la entrada en el territorio nacional, como criterio de decisión para la expulsión, como juicio obstativo para el ejercicio del derecho de asilo y para la adquisición de la nacionalidad española. En general, la valoración de la peligrosidad en el ámbito de la extranjería y el control de fronteras ha girado sobre la apreciación de cuatro tipos de amenaza en los sujetos: para el orden y la seguridad públicos, la seguridad nacional y la salud pública.

El primer grupo de disposiciones se refiere a la posibilidad de entrada en el país. El art. 4 RLOEX detalla los requisitos que condicionan el acceso de personas extranjeras al territorio español. Entre ellos, su apartado 1.g) exige que el sujeto no suponga «un peligro para la salud pública, el orden público, la seguridad nacional o las relaciones internacionales de España o de otros Estados con los que España tenga un convenio en tal sentido». Se trata de un juicio de expectativas sobre el sujeto desde amplias consideraciones de amenaza, que podrá condicionar los títulos documentales requeridos en el propio precepto, en especial el acceso mediante visado.

El TS ha especificado la naturaleza y exigencias de motivación de ese juicio de peligrosidad. Lo hizo, en primer lugar, resolviendo en casación sobre la denegación de visado «de residencia» o «no lucrativo», regulado en los arts. 25bis.2.c) LOEX y 46 a 51 RLOEX (art. 35 del antiguo Reglamento de 2004, vigente en el momento de los hechos a los que alude la Sentencia)[409]. La particularidad del caso reside en que la LOEX, con criterio que ha resultado polémico, excluye de la exigencia de motivación los actos denegatorios de este tipo de visado[410]. Las disquisiciones sobre esta omisión

[409] STS de 22 de marzo de 2012 [ROJ 2061/2012].

[410] El art. 27 LOEX, regulador del procedimiento de expedición de los visados, especifica en su apartado 6 que la denegación de visado deberá ser motivada solo «cuando se trate de visados de residencia para reagrupación familiar o para el trabajo por cuenta ajena, así como en el caso de visados de estancia o de tránsito», o bien cuando la denegación se deba a la inclusión en las lista de personas no

han servido, colateralmente, para aclarar las condiciones de validez del juicio de peligrosidad del art. 4.1.g) RLOEX más allá, incluso, de su aplicación sobre los visados no lucrativos.

En recurso de inconstitucionalidad, el TC se pronunció sobre las limitaciones del deber de motivación del art. 27.6 LOEX, desde la perspectiva del art. 24.1 en relación con los arts. 9.3 y 106.1 CE[411]. El Tribunal salvó la validez de la inexigibilidad de motivación al no tratarse de una disposición sancionadora ni restrictiva de ningún derecho fundamental –la obtención de visado no es siquiera un derecho subjetivo del solicitante–. Siendo así, el precepto solo resultaría inconstitucional «si impidiera el control jurisdiccional de estos actos administrativos basándose en su carácter potestativo o discrecional», cosa que no sucede en la regulación analizada.

Se trata de un criterio poco exigente con las garantías que dimanan de la teoría del acto administrativo y que, en nuestra opinión, puede tornarse muy problemático cuando la denegación se base en la apreciación de «peligrosidad social» en el sujeto.

El TS ha proyectado esa doctrina para descartar que la ausencia de motivación expresa signifique admitir «que la decisión devenga fruto de un voluntarismo inmotivado y carente de cualquier posibilidad de control»[412]. Más aún, ha rechazado que la denegación de visado exprese una potestad «'fuertemente' discrecional». Aunque admite (implícitamente) la discrecionalidad de la decisión final de concesión o denegación del visado, observa que esta «se nutre mayoritariamente» de elementos reglados. La potestad se erige sobre conceptos jurídicos indeterminados, que requieren individualización no siempre sencilla, pero que pueden de ser «racionalizados» en su aplicación al caso concreto. Así juzga la exigencia de acreditación de «medios de vida

admisibles en el espacio Schengen. Estas especificidades sobre la motivación fueron incluidas tras la modificación operada en la norma por LO 8/2000, de 22 de diciembre (el original art. 25.3 LOEX exigía denegación expresa y motivada para toda clase de visados). Tras esa modificación, el criterio de la LO no concordaba con la redacción del art. 35.5 del antiguo Reglamento de extranjeríade 2004 que, sin modificación, seguía manteniendo la exigencia general de motivación. Esta discrepancia fue corregida en 2011 en el art. 48.4 del vigente RLOEX, que obvia toda alusión al deber de motivación de la denegación del visado de residencia no lucrativa. Téngase en cuenta que no resulta aquí de aplicación la exigencia general de motivación de los actos que limiten derechos subjetivos o intereses legítimos de los interesados según la norma de procedimiento (art. 35.1.a) LPAC y 54.1.a) de la antigua LRJ-PAC), dado que las «actuaciones y procedimientos en materia de extranjería y asilo» están excluidos de su ámbito de aplicación objetivo, siendo solo de observación supletoria (DA 1ª.c) LPAC, antigua DA 19ª LRJ-PAC).

[411] STC 236/2007, de 7 de noviembre, FJ 12.

[412] STS de 22 de marzo de 2012 [ROJ 2061/2012], FD 7º. Esta, y todas las SSTS citadas en el presente subapartado, proceden de la Sala tercera.

suficientes» por parte del solicitante; pero también la verificación de peligrosidad que impone el art. 4.1.g) RLOEX:

> «En el mismo sentido, el juicio sobre la eventual peligrosidad del solicitante del visado para la salud pública, el orden público o la seguridad nacional tampoco es el resultado de una potestad discrecional, pues de nuevo nos hallamos ante conceptos jurídicos indeterminados cuya plasmación en cada caso no es el resultado de una apreciación discrecional entre alternativas igualmente justas o indiferentes [en términos] jurídicos, sino la consecuencia de una valoración racional e inteligible de las circunstancias concurrentes, que ha de conducir de forma casuística a la solución justa»[413].

La individualización de los conceptos indeterminados admite margen de apreciación en virtud de un canon de razonabilidad técnica.

Posteriormente, el TS ha enjuiciado la suficiencia de dicho canon, perfilando el tipo de motivación que, en general, es exigible en la aplicación del art. 4.1.g) RLOEX:

> «[...] la denegación del visado puede quedar justificada para la salvaguarda de la seguridad nacional, y, más concretamente, cuando la seguridad pueda verse efectivamente comprometida y en riesgo por las acciones de personas en atención a su trayectoria vital, la secuencia de las actividades dentro y fuera de nuestras fronteras, como aquellas que revelen una peligrosidad incompatible con la confianza y certeza que ha de proporcionar un Estado democrático a sus ciudadanos»[414].

Para ello resulta imprescindible que la Administración exprese los hechos considerados en la valoración, por lo que para el TS es ineludible una cierta motivación. La Sentencia enjuicia la suficiencia de la motivación *in alliunde* empleada por la Administración para justificar la peligrosidad del solicitante. Sin rechazar el uso de tal modalidad motivadora, que implica remisión a los informes obrantes en el expediente, el Tribunal considera insuficiente la ofrecida en el caso. Ello, por razón del carácter «lacónico y apodíctico» del informe de referencia, rígidamente

---

[413] *Ibidem.*

[414] STS 1449/2017, de 27 de septiembre [ROJ 3456/2017], FD 2º.

estandarizado[415]. Juicio que podría sugerir el rechazo a la adopción de instrumentos puramente cuantitativos y automatizados de valoración de los mencionados riesgos.

Todavía hablando de restricciones del acceso al territorio, el art. 58 LOEX regula los efectos de la expulsión, previendo la *prohibición de entrada* en el territorio español como consecuencia aparejada[416]. La duración de tal prohibición se ha de determinar «en consideración a las circunstancias que concurran en cada caso», con un máximo de 5 años. Sin embargo, el apartado 2 del precepto admite que, de forma excepcional, «cuando el extranjero suponga una amenaza grave para el orden público, la seguridad pública, la seguridad nacional o para la salud pública», la prohibición pueda elevarse hasta un periodo de diez años[417]. Las afecciones potenciales al orden público y la seguridad pública o nacional se deducen habitualmente de la existencia de antecedentes delictivos de cierto signo, aunque el precepto no excluye considerar datos de otro tipo, como los antecedentes policiales[418].

Un caso adicional de restricción de entrada por motivo de peligrosidad se encuentra en el art. 1.3 RLOEX, relativo al acceso por vía marítima. Admite la norma que se deniegue el derecho a desembarcar a los tripulantes de buques si estos, de nuevo,

---

[415] «[S]i examinamos el contenido de ese documento [...] constatamos que no se trata propiamente de un informe que contenga datos, hechos y circunstancias del caso que se examina sino de un simple modelo normalizado en el que [...] aparecen enunciadas en abstracto cuatro posibles circunstancias relevantes: 1/ carece de antecedentes penales; 2/ le constan antecedentes penales (se adjunta documento); 3/ representa un riesgo en materia de seguridad; 4/ no representa un riesgo en materia de seguridad. Y en ese modelo normalizado únicamente aparece marcada con una 'x' la casilla correspondiente a 'representa un riesgo en materia de seguridad', sin que el documento contenga ningún otro dato o especificación sobre los hechos y razones que justifiquen tal apreciación [...]» (*ibidem*).

[416] El precepto prevé también la prohibición de entrada a consecuencia de la devolución. Como ya tratamos en su momento, el TC no reconoce carácter punitivo a la medida de devolución, al no apreciar en ella sentido sancionador, sino preventivo. Su criterio es distinto al considerar la prohibición de entrada, equiparable a una sanción. Esta distinción, recordemos, motivó la declaración de inconstitucionalidad del último inciso del art. 58.7 LOEX, que regulaba la prohibición de entrada por plazo máximo de tres años como consecuencia automática de la toda devolución por intento de acceso ilegal al territorio nacional. Si bien la devolución no requiere expediente de expulsión, la consecuencia adicional de prohibición de entrada exigirá un auténtico procedimiento contradictorio (STC 17/2013, de 31 de enero, ya analizada en §5.1.2.a).

[417] Esta previsión trae causa de la modificación de la LOEX por LO 2/2009, de 11 de diciembre. Anteriormente el precepto no incluía juicio de peligrosidad. Preveía simplemente la prohibición de entrada por plazo de entre 3 y 10 años para cualquier supuesto de expulsión.

[418] Por ejemplo, la STS de 30 de junio de 2014 [ROJ 2536/2014], descarta la existencia de amenaza para la seguridad, y por ende la prohibición de entrada de diez años, porque los indicios delictivos atribuidos al sujeto nunca llegaron a ser confirmados judicialmente (FD 4º). La STS 1653/2018, de 22 de noviembre [ROJ 4016/2018] deduce «la peligrosidad de la conducta del expedientado, que constituye un claro riesgo para el orden público», de la previa condena por tráfico de drogas y de los antecedentes policiales del sujeto.

representan amenaza para el orden público, la salud pública o la seguridad nacional; o existan circunstancias objetivas que permitan deducir que no reembarcarán a la partida del buque.

Por último, en este apartado se enmarca el nuevo Sistema Europeo de Información y Autorización de Viajes (SEIAV o ETIAS, en su expresión inglesa[419]), regulado por Reglamento (UE) 2018/1240, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de septiembre de 2018 (RSEIAV). Busca una gestión eficiente de la movilidad de personas que pretendan acceder al espacio Schengen y, por su nacionalidad, estén exentos de la obligación de visado. El objetivo central del sistema es «evaluar si la presencia de dichos nacionales de terceros países en el territorio de los Estados miembros supone un *riesgo para la seguridad*, un *riesgo de inmigración ilegal* o un *riesgo elevado de epidemia*», en los términos especificados en la propia norma[420]. Se trata de la regulación más detallada de un sistema actuarial de decisión jurídica en nuestro contexto. El Reglamento cimenta un mecanismo estructurado para la valoración de riesgos, de tipo algorítmico y en gran parte automatizado, que trabaja sobre perfiles de riesgo en las tres dimensiones indicadas a los solicitantes de autorizaciones de viaje. La estructura tecnológica del sistema está todavía en construcción. Aplazamos un análisis más detallado de este instrumento de gestión de riesgos al capítulo siguiente, como caso de aplicación del riesgo algorítmico con fines securitarios.

c) Expulsión de extranjeros

El art. 57 LOEX vincula la expulsión, como sanción sustitutiva de la multa, a hechos consumados constitutivos de infracción muy grave o grave en ciertos supuestos: tales como la comisión dolosa de hechos delictivos, acciones contrarias al orden público constitutivas de infracción administrativa o actividades contrarias a la

[419] *European Travel Information and Authorisation System*.

[420] Énfasis añadido. El art. 3 del Reglamento aporta una definición básica de estas tres dimensiones de riesgo. Por «riesgo para la seguridad» se entiende «el riesgo de amenaza para el orden público, la seguridad interior o las relaciones internacionales de cualquiera de los Estados miembros»; se considera «riesgo de inmigración ilegal» «el riesgo de que un nacional de un tercer país no cumpla las condiciones de entrada y estancia» establecidas en el Código de fronteras Schengen; y como «riesgo elevado de epidemia», «cualquier enfermedad de potencial epidémico definida por el Reglamento Sanitario Internacional de la Organización Mundial de la Salud (OMS) o el Centro Europeo para la Prevención y el Control de las Enfermedades (ECDC, por sus siglas en inglés) y otras enfermedades infecciosas o enfermedades parasitarias contagiosas cuando sean objeto de disposiciones de protección aplicables a los nacionales de los Estados miembros».

seguridad nacional[421]. El *riesgo* incide en la medida de expulsión en dos facetas de su régimen. Por un lado, es motivo habilitante del «procedimiento preferente» en la tramitación de los expedientes sancionadores de expulsión. Por otro, es requisito para poder acordar la expulsión de personas extranjeras con nacionalidad de un estado miembro de la UE, y/o titulares de permisos de residencia de larga duración.

El procedimiento preferente en ejercicio de la potestad sancionadora que pueda conllevar expulsión está regulado en los arts. 63 LOEX y 234 a 237 RLOEX. La peculiaridad de este cauce radica en la reducción de los plazos de tramitación –en especial el de audiencia, reducido a 48 horas y de práctica de prueba, a 3 días– y la ejecución inmediata de la resolución de expulsión[422]. Tres circunstancias habilitan la aplicación de esta modalidad de tramitación, según el art. 63.1 LOEX. Una implica la verificación de hechos pasados o presentes: que el extranjero evite o dificulte la expulsión –al margen de sus acciones de defensa jurídica–. Otras dos, en cambio, suponen pronóstico: que se aprecie riesgo de incomparecencia o *represente un riesgo* para el orden público, seguridad pública o seguridad nacional.

Otro caso de expulsión que implica prognosis sobre el sujeto se refiere a un doble supuesto, parcialmente solapado: su aplicación sobre personas extranjeras con nacionalidad de un Estado miembro de la UE o del Espacio Económico Europeo, y sobre extranjeros de otras nacionalidades en situación de residencia de larga duración. Este doble caso cuenta con una regulación más minuciosa, en transposición del derecho comunitario europeo. A diferencia de otras valoraciones de riesgo en materia de extranjería, aquí el juicio encuentra cierto detalle en sus criterios. No obstante, ese detalle hay que buscarlo fuera de la LOEX, en otras disposiciones nacionales y europeas, y en la jurisprudencia.

El primero de esos regímenes de expulsión con prognosis afecta a extranjeros residentes de larga duración, regulado en la Directiva 2003/109/CE, de 25 de noviembre de 2003, relativa al estatuto de los nacionales de terceros países residentes

[421] El art. 57.1 LOEX remite al listado de infracciones muy graves del art. 54, y a las graves de los apartados a), b), c) d) y f) LOEX, a las que hay añadir la previsión del art. 57.2.

[422] Para un análisis crítico de este régimen, desde el punto de vista del derecho a la tutela judicial sin indefensión, el derecho a la audiencia, la tutela cautelar y el derecho a la protección de la vida familiar, *vid.* Nieto Martín (2001).

de larga duración [423]. Su transposición, tardía, requirió la reforma del art. 57 LOEX y otros preceptos por LO 2/2009, de 11 de diciembre. Tuvo reflejo, así mismo, en el nuevo RLOEX 2011.

El art. 6 de la Directiva 2003/109 admite la denegación del estatuto de residente de larga duración a extranjeros de terceros Estados «por motivos de orden público o de seguridad pública». Especifica los factores a considerar en esa valoración: gravedad o tipo de delito contra el orden o la seguridad públicos, o *peligro de la persona en cuestión*, teniendo también en cuenta el tiempo de residencia y los vínculos nacionales contraídos.

La posibilidad de expulsión de estos extranjeros se prevé en el art. 12 de dicha Directiva cuando se aprecie *amenaza real y suficientemente grave para el orden o la seguridad públicos*. El precepto prohíbe su adopción por razones de orden económico y exige que se ponderen ciertos factores adicionales: tiempo de residencia, edad, consecuencias de la expulsión para él y su familia, los vínculos adquiridos o pérdida de vínculos con el país de origen. Estos criterios habrán de matizar la valoración de peligrosidad que se aprecie en el sujeto.

Sin embargo, el art. 57 LOEX solo los refleja parcialmente. El precepto contempla la expulsión de extranjeros por dos motivos. El apartado primero la prevé como sanción sustitutiva de la multa, cuando haya cometido infracción muy grave de las tipificadas en el art. 54, o ciertas infracciones graves del art. 53 LOEX[424]. Por otro, el apartado segundo comprende como «causa de expulsión» que el extranjero haya sido condenado, dentro o fuera de España, a pena privativa de libertad superior a un año por conducta dolosa constitutiva de delito en nuestro país.

---

[423] El art. 147 RLOEX define esta situación como la propia del extranjero «que haya sido autorizado a residir y trabajar en España indefinidamente en las mismas condiciones que los españoles». A partir del año 2009, por influencia de la normativa europea, la regulación española utiliza el término residencia «de larga duración». La expresión procede de la normativa europea comunitaria. Hasta la reforma de 2009, la LOEX hablaba de «residencia permanente». La materia había sido abordada previamente mediante Directiva 2001/40/CE, de 28 de mayo, relativa al reconocimiento mutuo de las decisiones en materia de expulsión de nacionales de terceros países, todavía en vigor.

[424] En concreto, cuando haya sido sancionado por las conductas previstas en sus letras: a) encontrarse en situación irregular en España, bajo ciertas condiciones; b) trabajar sin la preceptiva autorización; c) conductas de ocultación dolosa de ciertas informaciones relevantes para el régimen de extranjería; d) incumplimiento de medidas impuestas por razón de seguridad pública, de presentación periódica o de alejamiento de fronteras o determinados núcleos de población; y f) participación en actividades contrarias al orden público previstas como graves en la LOPSC.

Sobre estas premisas el apartado 5.b) del art. 57 LOEX prohíbe, con carácter general, la expulsión de cualquier residente que tenga reconocida residencia de larga duración. En estos casos, la medida solo podrá adoptarse en dos supuestos: cuando *haya cometido* la infracción muy grave («participar en actividades contrarias a la seguridad nacional o que pueden perjudicar las relaciones de España con otros países, o estar implicados en actividades contrarias al orden público previstas como muy graves» en la LOPSC *ex* art. 54.1.a) LOEX); o bien cuando haya reincidido, en el plazo de un año, en la comisión de un mismo tipo de infracción sancionable con expulsión. Para adoptar la decisión la norma requiere, además, que se consideren los «criterios de ponderación» de la Directiva (duración de la residencia, edad, consecuencias personales de la expulsión y vínculos)[425].

Nótese que el precepto de la LOEX, a diferencia de la Directiva, no contempla juicio sobre la amenaza que el sujeto represente. La expulsión queda habilitada con la comisión de las infracciones señaladas, debidamente ponderada con los criterios citados. No exige apreciación de que el sujeto represente amenaza real y suficientemente grave, en los términos de la Directiva –con independencia de que pueda ser una transposición válida, dentro del margen de concreción de las técnicas del juicio de peligrosidad–.

Sin embargo, el juicio de peligrosidad no puede excluirse. La jurisprudencia ha exigido la aplicación directa de los elementos de juicio de la norma europea. El TJUE ha confirmado que la «reserva de orden público» no puede ser interpretada en su alcance por los Estados, unilateralmente. Requiere siempre, conforme a la Directiva, «una valoración caso por caso» que revele que la persona «representa actualmente una amenaza real y suficientemente grave para un interés fundamental de la sociedad» salvaguardando en el juicio, además, el principio de proporcionalidad[426]. El Tribunal excluye la posibilidad de automatismo en el empleo de la expulsión, por la mera constatación de conductas ilícitas[427].

---

[425] Téngase en cuenta, adicionalmente, que el apartado 11 del art. 57 LOEX acoge requisitos adicionales para la expulsión de extranjeros residentes de larga duración beneficiarios de protección internacional reconocida por otro Estado de la UE.

[426] STJUE de 8 de diciembre de 2011 (Sala Primera, asunto C-371/08), par. 81 y 82.

[427] STJUE de 3 de septiembre de 2020 (Sala Cuarta, asuntos C-503/19 y C-592/19), resolviendo peticiones de decisión prejudicial sobre el art. 6.2 de la Directiva 2003/109/CE, planteadas por Juzgado Contencioso-Administrativo de Barcelona.

Dada la peculiar sistemática del art. 57 LOEX, esta doctrina ha requerido interpretación específica en cuanto a la lectura conjunta de los apartados 2 y 5.b), a la luz de la Directiva europea. Esta discusión resulta de interés porque, además de verificar la aplicación del juicio de peligrosidad, ha insistido en la naturaleza diversa que la medida de expulsión adquiere en ambos apartados del art. 57 LOEX, sancionadora en un caso y no en el otro. Nótese que el art. 57.2 LOEX habla de la comisión dolosa de delito castigado con pena privativa de libertad superior a un año, como «causa de expulsión»; en cambio, el apartado 5 del precepto habla literalmente de la «sanción de expulsión» al regular las restricciones de su uso sobre extranjeros residentes de larga duración.

Esa disparidad fue alegada en la aplicación del art. 57.2 sobre los residentes de larga duración: si la expulsión prevista en tal apartado no constituye sanción, presuntamente, la medida podría adoptarse sin las exigencias de ponderación del apartado 5.b) ni la valoración de riesgo requerida por la Directiva 2003/109. En hipótesis, ambos requisitos solo se predicarían de la expulsión acordada conforme al art. 57.1 LOEX, donde constituye sanción sustitutiva de la multa. En esta lectura, la expulsión podría acordarse automáticamente si se apreciara conducta delictiva del tipo señalado, sin ponderar la peligrosidad del sujeto.

El TC ha confirmado que el caso de expulsión previsto en el art. 57.2 LOEX no constituye sanción[428] y tampoco vulnera el principio *ne bis in idem* con relación a la pena previamente impuesta[429]. No ha declarado su naturaleza alternativa, más allá de verificar que se trata de una decisión restrictiva de derechos de los interesados. Si no constituye sanción, la alternativa sería calificar este tipo de expulsión como medida de seguridad postdelictual de tipo administrativo (caso, creemos, único en nuestro sistema). Idea que, lejos de excluir la aplicación del juicio de peligrosidad, confirmaría su pertinencia. En nuestra perspectiva seguiría tratándose de una disposición punitiva, aun sin ser sancionadora.

[428] SSTC 201/2016, de 28 de noviembre (FJ 4) y 14/2017, de 30 de enero (FJ 6).

[429] STC 236/2007, de 7 de noviembre. El motivo es que, para el Tribunal, la condena penal y la expulsión del art. 57.2 LOEX están orientados a la protección de intereses o bienes jurídicos diversos: «la pena se impone en el marco de la política criminal del Estado, mientras 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» (FJ 14).

En todo caso, el Tribunal entiende que la aplicación de la media debe observar los requisitos de la Directiva 2003/109, con independencia de la opción reguladora del legislador. Es decir, exige juicio individualizado sobre la amenaza y el resto de factores. Ha argumentado la relevancia constitucional de la falta de motivación dese la perspectiva de la tutela judicial efectiva[430].

El TJUE ha confirmado que el art. 12 de la Directiva 2003/109 es aplicable a «toda decisión administrativa de expulsión» de extranjeros de terceros Estados residentes de larga duración, «cualquier que sea la naturaleza o modalidad jurídica de la misma». Considera indiferente la sistemática adoptada por el art. 57 LOEX: «no puede adoptarse una decisión de expulsión contra un nacional de un tercer Estado, residente de larga duración, por la mera razón de que haya sido condenado a una pena privativa de libertad superior a un año». El juicio de peligrosidad, en los términos de la Directiva, es inexcusable[431].

El TS ha acogido esta doctrina. Negando el carácter sancionador de la medida del art. 57.2 CE, ha requerido su aplicación a la luz del apartado 5.b) del precepto y del art. 12 de la Directiva[432]. Tales preceptos imponen, para el Tribunal, «un alto nivel de motivación por parte de la Administración». No resulta posible asimilar de forma automática una condena penal impuesta con la concurrencia de una causa de expulsión, ya que aquella «no supone, ni implica, necesariamente, que el condenado '*represente una amenaza real y suficientemente grave para el orden público o la seguridad pública*'»[433].

---

[430] SSTC 231/2016, de 18 de julio, FJ 6; 201/2016 de 28 de noviembre, FJ 3; 14/2017, de 30 de enero, FJ 6. Recuerda el Tribunal que, según su doctrina reiterada, la motivación administrativa no solo adquiere relevancia constitucional en el caso de las sanciones administrativas; también es así en los actos que limiten o restrinjan el ejercicio de derechos fundamentales. Pero, incluso si se considera que ese no sea el caso de la medida del art. 57.2 LOEX, el art. 24.1 CE se vería igualmente vulnerado si el déficit de motivación (la ausencia de juicio ponderado) no es corregido por la resolución judicial revisora del acto administrativo.

[431] STJE de 7 de diciembre de 2017 (Sala Octava, asunto C-636/16), resolviendo decisión prejudicial sobre el art. 12 de la Directiva 2003/109/CE en su proyección sobre el art. 57 LOEX, planteada por Juzgado de lo Contencioso-Administrativo de Pamplona.

[432] «Sólo una interpretación rígida, literal y estricta del derecho interno podría dar lugar a la aplicación del art. 57.2 con olvido del art. 57.5.b), fundamentándose en que el art. 57.5.b) recoge el término gramatical sanción respecto de la expulsión, en tanto, que el art. 57.2 sólo menciona la expulsión como una medida legal, sin mentar la palabra sanción [...]» (STS 1653/2018, de 22 de diciembre [ROJ 4016/2018], FD 4º).

[433] STS 321/2020, de 4 de marzo [ROJ 753/2020], FD 7º.F).

El TC rechazó el uso de fórmulas estereotipadas para el juicio individualizado que, según esta doctrina, exige el art. 57.2 LOEX[434]. En los últimos años el TS ha tenido ocasión de controlar la suficiencia del juicio de peligrosidad efectuado por la Administración en aplicación de dicho precepto. Considera el TS que su labor es de «concreción de conceptos, o adjetivos, que se añaden –por parte de la legislación y la jurisprudencia– al concepto principal de '*amenaza*'». Partiendo de la existencia de una condena penal superior a un año de privación de libertad, se trata de precisar en el caso concreto el contenido de realidad y gravedad de la hipotética amenaza que el sujeto represente[435]. A tenor de la jurisprudencia, el juicio se basa en una contraposición dialéctica: por un lado, una consideración conjunta del tipo de delito cometido y de los antecedentes penales y policiales del sujeto; por otro, los datos sobre su grado de integración social y arraigo. En algunos supuestos, la Administración y los Tribunales deducen del historial delictivo un grado de amenaza que no se ve suficientemente «compensado» por las circunstancias personales, familiares y sociales –que, no obstante, pueden llegar a atemperar las condiciones aparejadas a la expulsión–[436]. En otros, en cambio, se estima que la duración de la estancia y el arraigo del sujeto «diluyen» su inicial peligrosidad[437]. No obstante, ha entendido que la valoración del

[434] STC 201/2016, ya citada, FJ 2.

[435] STS 384/2021, de 18 de marzo [ROJ 1180/2021], FD 7º.

[436] STS 1653/2018, de 22 de diciembre [ROJ 4016/2018]: «el recurrente supone una amenaza para el orden público y la seguridad públic[a], como lo demuestra la conducta por la que ha sido condenado, tipificada dentro de los delitos contra la seguridad colectiva, la existencia de antecedentes penales así como de números antecedentes policiales (la mayor parte por delitos contra la propiedad, uno de ellos por robo con violencia o intimidación, constatándose igualmente antecedentes policiales por delitos de amenazas y detención ilegal), no habiendo acreditado la existencia de un trabajo estable o cuáles son sus medios de vida en nuestro país, si bien, atendidas sus circunstancias de arraigo familiar, [se] considera adecuado y proporcionado rebajar el tiempo de prohibición de entrada y fijarlo en un año [...]» (FD 4º). STS 1453/2020, de 5 de noviembre: «puede afirmarse que su trayectoria personal permite considerarlo como 'una amenaza real y suficientemente grave para el orden público o la seguridad pública', que habilita y permite la decisión de expulsión del territorio nacional. No se trata de un hecho aislado y puntual que pudiera diluirse –por su larga estancia en España– dentro de una convivencia pacífica y ordenada, ya que, por el contrario, ha constituido una trayectoria delictiva que sólo se ha suspendido con su estancia en prisión» (FD 9º).

[437] STS 1454/2020, de 5 de noviembre [ROJ 3706/2020]: «la larga duración de la estancia del recurrente en España se nos presenta con más intensidad que la condena penal impuesta en 2012. Por ello, vistas todas las circunstancias expresadas, se llega a la conclusión de que su presencia en España no constituye, en la actualidad, una amenaza real y grave contra el orden público, desde la perspectiva de un juicio de ponderación sobre todas ellas» (FD 9º). STS 384/2021, de 18 de marzo [ROJ 1180/2021]: la «amenaza –derivada de la comisión del delito y contrastada por la condena penal– no puede ser un estigma eterno y permanente [...]. [E]l arraigo [...] actúa como elemento de modulación de la decisión de expulsión, o, si se quiere, como parámetro de contención de la misma. Dicho de otra forma, un arraigo intenso –como dice el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, '*la solidez de sus relaciones sociales,*

arraigo efectuada en sede penal (como argumento obstativo de la expulsión en sustitución de la pena de prisión *ex* art. 89.4 CP) no vincula al órgano administrativo al decidir posteriormente sobre la expulsión *ex* art. 57.2 LOEX: inaplicada la expulsión como solución penal, su utilización posterior a la pena, como instrumento administrativo, puede basarse en una ponderación distinta de la situación personal del extranjero en España[438]. Por otro lado, el Tribunal ha admitido que la insuficiencia de motivación en la resolución administrativa sea complementada en sede judicial mediante una adecuada ponderación de las circunstancias del caso[439].

La jurisprudencia ha aclarado también el requisito de que la pena privativa de libertad asociada al delito cometido por el extranjero sea de, al menos, un año. Es un asunto de interés porque ha suscitado controversia en la jurisprudencia inferior y discrepancias en el propio TS. Se trata además de un caso peculiar: una discusión jurídico-administrativa sobre un plazo de naturaleza penal.

La duda, que provocó discrepancias en la jurisprudencia de los TTSSJ, es si aquella duración se refiere a la pena abstracta regulada en el CP para el correspondiente delito, o bien la concreta que los tribunales penales hayan impuesto al sujeto cuya expulsión ahora se considera. El TS zanjó la discusión acogiendo la primera solución: el art. 57.2 LOEX «se refiere a la pena prevista en abstracto en el Código Penal para el delito correspondiente», de forma que la expulsión será pertinente cuando la pena mínima tipificada sea de, al menos, un año de privación de libertad[440]. Sin embargo, el juicio mayoritario del TS encontró dos votos particulares que entienden, al contrario, que la pena a considerar ha de ser la concretamente impuesta. El motivo, en los dos casos es similar: si la aplicación de la Directiva 2003/109 y el art. 57.5.b) LOEX busca una aplicación individualizada (no automática) de la expulsión prevista en el art. 57.2

---

culturales y familiares' diluirá la inicial peligrosidad, pue, posiblemente, un mayor o intenso arraigo actual, deberá atenuar –cuando no hacer desaparecer– la inicial peligrosidad» (FD 7º).

[438] Para el Tribunal, ambas decisiones «no resultan incompatibles, al partir de un mismo presupuesto, la existencia de arraigo[,] que resulta ser valorado bajo la protección y persecución de diferentes intereses» (STS 893/2018, de 13 de mayo [ROJ 4274/2019], FD10º).

[439] STS 1453/2020, de 5 de noviembre [ROJ 3778/2020].

[440] STS 893/2018, de 31 de mayo [ROJ 2041/2018], FD 10º. En el mismo sentido, STS 1653/2018, de 22 de diciembre [ROJ 4016/2018], FD 6º. Recordemos que una discusión similar se produjo en el orden penal sobre la duración máxima de las medidas de seguridad, en comparación con la pena prevista para el delito correspondiente en caso de ser cometido por sujetos imputables. La solución del TS fue similar: la pena a considerar es la abstractamente tipificada para el delito.

LOEX, lo razonable es tomar como referencia el castigo impuesto para el caso concreto por el juez penal. Es decir, la individualización de la pena en la sentencia penal debería resultar significativa para la decisión administrativa de expulsión[441].

El segundo de los regímenes de expulsión que implican prognosis se dirige a los extranjeros ciudadanos de la UE o del Espacio Económico Europeo. Esta cuestión ha contado con normativa específica, fuera de la LO de extranjería, desde la incorporación de España a la Unión. Desde entonces, bajo regulaciones sucesivas, se han admitido restricciones a la entrada y la expulsión de nacionales de otros Estados miembros conforme a la cláusula «de orden público»[442]. Sobre esa trayectoria, el RD 240/2007, de 16 de febrero, vino a transponer al derecho interno la Directiva 2004/38/CE, de 29 de abril de 2004[443]. Ambas normas completan la regulación de la expulsión del art. 57.1 y 2 LOEX, para el caso de ciudadanos europeos[444].

Como venía siendo habitual, este conjunto normativo admite invocar razones de orden público, de seguridad pública o se salud pública, para impedir la entrada o la renovación de tarjetas de residencia, o para ordenar la expulsión o devolución de extranjeros de Estados miembros de la UE. En lo que aquí interesa, cuando la decisión

---

[441] Votos particulares a la STS 893/2018, formulados por los Magistrados Rafael Fernández Valverde y José Juan Suay Rincón. Sin embargo, ambos votos difieren en su fundamentación. El primero lee el art. 57.2 LOEX como tipificación de una infracción administrativa y, por lo tanto, carácter sancionador en la expulsión que contempla. Por ello, los elementos subjetivos considerados en la sentencia penal (la culpabilidad por el hecho) resultan significativos. El segundo voto, en cambio, considera que el precepto regula una «consecuencia [administrativa] asociada a la realización de una infracción penal», a cuya imposición «no le puede resultar ajena el juicio de proporcionalidad» que ya ha efectuado el juez penal.

[442] Inicialmente en el RD 766/1992, de 26 de junio, sobre entrada y permanencia en España de nacionales de Estados miembros de las Comunidades Europeas. En su art. 15 admitía tales medidas con los siguientes requisitos: si se adoptaban por razones de orden o seguridad públicos, debían fundarse «exclusivamente en el comportamiento personal» de quien fuera objeto de las mismas; en caso de invocar de razones de salud pública, solo podían considerarse enfermedades cuarentenarias, drogadicción (siempre que pusiera *en peligro el orden público o la seguridad pública*) y otras enfermedades infecciosas o parasitarias contagiosas. La norma fue reemplazada por el RD 178/2003, de 14 de febrero, que quiso adaptarse a las modificaciones sucesivas del derecho europeo. Su art. 16 mantuvo en lo esencial los criterios del reglamento anterior en cuanto al impedimento de entrada y la expulsión de nacionales de Estados miembros, con ciertas variaciones: trató de sincronizar este régimen con la LOEX, ya aprobada en aquel momento; prohibió que las medidas se adoptaran «con fines económicos» (prohibición que sea mantenido en la regulación posterior), y alteró las patologías que podían ser válidamente consideradas para calibrar los riesgos de salud pública (solo serían admisibles las sujetas a periodo de cuarentena conforme al Reglamento Sanitario Internacional).

[443] Relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros.

[444] Téngase en cuenta también el apartado 10 del art. 57 LOEX, que contiene especificidades para la expulsión de extranjeros ciudadanos europeos fuera del territorio de la Unión.

se adopte por motivos de orden público o seguridad pública, habrán de fundarse *únicamente* en la conducta personal del sujeto que, además, deberá constituir una *amenaza real, actual y suficientemente grave* que afecte a un interés fundamental de la sociedad (art. 27.3. Directiva 2004/38/CE y 15.1.d) RD 240/2007).

El juicio de peligrosidad relativo al orden y la seguridad se basará en informes policiales, fiscales o judiciales[445]. Pero existe una limitación adicional: los antecedentes penales no constituyen, por sí solos, razón suficiente para adoptar las medidas (art. 15.5.d) RD 240/2007). Sin perjuicio de esa restricción, la Directiva 2004/38/CE admite, en su art. 27.3, que se solicite al Estado miembro de origen, o a otros Estados, información sobre los eventuales antecedentes penales del interesado, para considerarlos en el juicio de peligrosidad. Ahora bien, esta petición procederá solo cuando se juzgue indispensable, es decir, «no podrá tener carácter sistemático» y, únicamente, en el momento de proceder a la inscripción del extranjero en el registro correspondiente o dentro del primer mes posterior a su entrada en el territorio nacional. Esta previsión está incorporada parcialmente en el art. 12.3 RD 240/2007.

Por otro lado, el TJUE, en cuestión prejudicial sobre el art. 27.2 de la Directiva 2004/38, ha aclarado que el cumplimiento de condena de cárcel por sujeto extranjero no excluye el carácter «real y actual» de la amenaza que pueda representar para la sociedad[446]. Para el Tribunal, lo relevante en dicho juicio es «la tendencia del individuo interesado a proseguir [cierta] conducta en el futuro». El hecho de que se halle encarcelado en el momento de decidir la expulsión, aun cuando le reste un largo periodo de condena, no tiene relación con su conducta personal en cuanto a esa

[445] Téngase en cuenta al respecto la DA 17ª RLOEX, sobre los informes policiales en materia de seguridad y orden público a emitir en los procedimientos previstos en el Reglamento: «contendrán en todo caso el conjunto de la información obrante en las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado adscritos a la Dirección General de la Policía y de la Guardia Civil», así como en las de ámbito autonómico cuando existan.

En cuanto a los motivos de salud pública, las únicas dolencias o enfermedades que pueden tomarse en consideración son aquellas con potencial epidémico según la OMS, y otras de tipo infeccioso o parasitarias contagiosas, conforme a la legislación sanitaria nacional. En todo caso, las enfermedades sobrevenidas después de los tres primeros meses tras la llegada no pueden justificar la expulsión. En casos individuales (es decir, sin carácter sistemático) se puede exigir que el sujeto se someta a reconocimiento médico gratuito durante esos tres primeros meses de estancia (art. 15.9 RD 240/2007).

[446] STJUE de 13 de julio de 2017 (Sala Tercera, asunto C-193/16). La cuestión prejudicial fue plantada por el TSJ del País Vasco, al hilo del litigio suscitado entre el sujeto afectado, extranjero nacional de un país de la UE en situación de encarcelamiento, y la Subdelegación del Gobierno de Álava. Este órgano había ordenado la expulsión de dicha persona, con prohibición de entrada durante diez años, por razones de seguridad pública: fue condenado a doce años de prisión por reiterados delitos de abusos sexuales sobre menores.

«tendencia» de comportamiento antijurídico. Por lo tanto, entiende el Tribunal que la condición de reo es un dato indiferente para el juicio de peligrosidad[447].

En el citado art. 27.2, la Directiva añade una restricción a la valoración del riesgo que no aparece en el reglamento español de transposición: no pueden acogerse justificaciones sin relación directa con el caso concreto, y tampoco razones de prevención general. El RD transpuso, en cambio, la exigencia de motivación cualificada que la Directiva impone: se exigen motivos *imperiosos* de seguridad pública para acordar la expulsión de un ciudadano de la UE si este ha residido en España durante los diez años anteriores, o si fuera menor de edad (salvo que la repatriación –no expulsión en este caso– sea en interés del menor) (art. 15.6 RD 240/2007).

Nótese que este régimen de expulsión para extranjeros con ciudadanía europea se solapa parcialmente con el analizado para residentes de larga duración. El motivo es que los extranjeros nacionales de la UE o el EEE también pueden poseer residencia de larga duración[448]. En tales casos les será aplicable también, en cuanto a la posibilidad de su expulsión, el art. 57.5.b) LOEX –debidamente proyectado sobre el art. 57.2–. Sin embargo, tal regulación se ve modulada en este caso por el régimen específico del RD 240/2007 y de la Directiva de 2004/38.

En concreto, los arts. 15.1, último párrafo, de dicho Reglamento, y 28.2 de tal Directiva cualifican las exigencias para la expulsión de esta clase de extranjeros, con ciudadanía comunitaria y residencia de larga duración: se exige que se aduzcan motivos *graves* de orden o seguridad públicos. El resultado del pronóstico sobre la amenaza debe ser, por lo tanto, más rotundo. El artículo citado del RD exige además que, en estos supuestos, se pondere «la duración de la residencia e integración social y cultural del afectado en España, su edad, estado de salud, situación familiar y económica, y la importancia de los vínculos con su país de origen». Estos criterios habrán de ponderarse junto con el resultado del pronóstico de peligrosidad[449].

---

[447] *Ibidem*, par. 22 a 24.

[448] Los arts. 10 RD 240/2007 y 152 RLOEX otorgan el derecho a la residencia de larga duración a los extranjeros de la UE o el EEE, y a los miembros de su familia, que hayan residido legalmente en España durante cinco años continuados, además de reunir otros requisitos.

[449] Hay aquí otra discrepancia entre el RD español y la Directiva. Mientras aquel introduce esos criterios de ponderación solo para los ciudadanos europeos con residencia permanente, el art. 28.1 de la Directiva los exige para todo ciudadano europeo, cualquiera que sea su modalidad de residencia. Es decir, la norma europea los contempla como un elemento general de protección contra la expulsión de estos ciudadanos, sea cual sea su situación administrativa.

En definitiva, los regímenes analizados sobre la expulsión de extranjeros residentes de larga duración, y de extranjeros con ciudadanía europea, revelan un papel «limitativo» de la valoración del riesgo. La exigencia de ese juicio individualizado, en cada caso concreto, impide que la comisión de ciertas conductas tipificadas como ilícitas se tome *ex lege* como indicio absoluto de peligrosidad. En el art. 57.2 LOEX, complementado por las normas pertinentes según ambos regímenes, la existencia de una previa condena penal actúa como requisito inicial de aplicación. La decisión final exige valoración individualizada, debidamente motivada, del grado de amenaza que represente el sujeto.

d) Peligrosidad y derecho de asilo

Para cerrar este apartado sobre disposiciones administrativas en materia de extranjería citaremos, más brevemente. dos regulaciones que incorporan pronóstico sobre la conducta del sujeto. Así sucede de forma explícita en la concesión y revocación del estatuto de refugiado y ejercicio del derecho de asilo; y, de manera colateral, en el procedimiento de adquisición de la nacionalidad española por residencia.

El primer supuesto trae cuenta de la Convención de Ginebra, de 28 de julio de 1951, sobre el Estatuto de los Refugiados[450]. Su art. 33, rubricado «prohibición de expulsión y devolución ('refoulement')», excluye de tales beneficios, en su apartado segundo, al refugiado «que sea considerado, por razones fundadas, como un peligro para la seguridad del país donde se encuentre o que, habiendo sido objeto de una condena definitiva por delito particularmente grave, constituya una amenaza para la comunidad de tal país»[451].

Como ha analizado el TS, el citado precepto contiene dos casusas de revocación de la condición de refugiado: una de carácter objetivo o, quizá, mixto –haber sido condenado por delito particularmente grave que, al tiempo, constituya amenaza para la comunidad del país–; y otra de tipo subjetivo –que el sujeto constituya *un peligro para*

[450] Instrumento de adhesión de España de 22 de julio de 1978 (BOE de 21 de octubre).

[451] Esta regulación ha de conectarse con el art. 32, que prohíbe la expulsión del territorio nacional de cualquier refugiado, «a no ser por razones de seguridad nacional o de orden público».

la seguridad del país–[452]. El Tribunal ha entendido, además, que tales motivos de revocación deben entenderse aplicables, lógicamente, a la concesión del estatuto de refugiado[453].

Esta previsión de derecho internacional ha sido incorporada a la legislación nacional, sucesivamente, de manera diversa. La anterior Ley 5/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado, reguló la cuestión en su art. 20, con una amplia remisión a la Convención. El juicio de peligrosidad como causa de revocación (y de denegación de la solicitud) era aplicable por aplicación directa de la norma internacional[454]. La vigente Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria, detalla más las causas de revocación, acogiendo en su art. 44.1.c) la doble causa reseñada: el peligro que el sujeto represente para la seguridad del Estado conforme a razones fundadas y su carácter amenazante vinculado a una previa condena por delito grave.

El TS ha concretado el sentido en el que debe entenderse tal juicio de peligrosidad. Por un lado, ha de tratarse de un *peligro concreto y determinado* derivado de la presencia en el territorio nacional. Es decir, la seguridad ha de verse «efectivamente comprometida y en riesgo» por las acciones del sujeto. No basta una consideración abstracta de su potencial peligroso, ni siquiera un juicio de peligro hipotético. Para determinar este riesgo deberá valorarse «su trayectoria vital» y «la secuencia de actividades dentro y fuera de nuestras fronteras»[455]. Por otro lado, la exigencia de «razones fundadas» que sostengan la valoración implica que exista «sustrato fáctico esencial, representado por los diversos incidentes que el [sujeto] protagoniza»[456].

La jurisprudencia muestra distintas variantes en esta valoración. Se ha deducido en ocasiones de la mera modalidad comisiva de un cierto delito, tomada como

[452] STS de 19 de diciembre de 2007 [ROJ 8411/2007], FD 2º.

[453] SSTS de 2 de octubre de 2008 [ROJ 5647/2008], FD 5º; de 30 de mayo de 2014 [ROJ 2021/2014], FD 1º.

[454] Dicho art. 20 de la Ley 5/1984 fue objeto de reforma por Ley 9/1994, si bien no afecta esta concreta cuestión que nos ocupa, manteniendo la amplia remisión a la Convención internacional.

[455] STS de 2 de octubre de 2008 [ROJ 5647/2008], FD 7º.

[456] *Ibidem*, FD 6º.

revelación suficiente de peligrosidad[457] –criterio que no bastaría, como sabemos, para acordar la expulsión de un residente de larga duración, ni de un ciudadano europeo–. Se ha derivado otras veces de la pertenencia del sujeto a una determinada organización reputada amenazante para la seguridad nacional, aun cuando no constituyan (penalmente) grupo terrorista ni organización criminal. En estos casos han resultado determinantes los informes de inteligencia, incluso de tipo clasificado[458]. La peligrosidad se ha deducido también de ciertas conductas que revelarían riesgo para la seguridad nacional, con independencia del enjuiciamiento penal que pudiera recaer sobre las mismas[459].

Conviene advertir que esta posibilidad de restricción del derecho de asilo, motivadas por los riesgos que puedan apreciase en el sujeto, ha sido cuestionada por ACNUR[460]. La Agencia reclama una interpretación restrictiva de dicha posibilidad, según la cual la mera constatación de un peligro para la seguridad del Estado no debería bastar para denegar o revocar el estatuto de refugiado. Sería necesario que,

[457] Por ejemplo, en STS de 19 de diciembre de 2007 [ROJ 8411/2007], donde se justifica en la comisión de un delito de robo con fuerza en las cosas que implicó utilización de armas: «puede deducirse la peligrosidad de una persona que en su actuación delictiva –ya de por sí deplorable– se vale de la utilización de armas, elementos intrínsecamente determinantes de la expresada peligrosidad que la causa de revocación exige» (FD 2º).

[458] En la segunda mitad de los años 2000 el Tribunal Supremo ratificó la denegación o la revocación del estatuto de refugiado a personas pertenecientes a la organización islamista tunecina *An Nahda*, que el Centro Nacional de Inteligencia entendió de ideología extremista y vinculada con *Al Qaeda*. El TS reitera que la apreciación de peligrosidad, a los efectos de la denegación o revocación del derecho de asilo, no requiere tomar en consideración las valoraciones en sede penal de los hechos o la organización implicada. En concreto, no es necesario probar que el sujeto pertenezca a una organización terrorista; basta con determinar si concurren «razones fundadas» de constituir un peligro para la seguridad nacional, lo que puede basarse en informes debidamente articulados y razonados (SSTS de 4 de junio de 2007 [ROJ 2987/2010], FD 6º; de 2 de octubre de 2008 [ROJ 5647/2008], FD 6º; de 18 de diciembre de 2009 [ROJ 7725/2009], FD 7º; STS de 30 de diciembre de 2009 [ROJ 8507/2009], FD 5º).

[459] STS de 30 de mayo de 2014 [ROJ 2021/2014]. El caso se refiere a la publicación *online*, por parte del asilado, de artículos y material audiovisual contra el Islam, incluyendo la intención de «quemar el Corán». Informes de la Dirección General de la Policía, y del Ministerio de Asuntos Exteriores habrían revelado el riesgo de ataques a intereses españoles en el exterior por los materiales publicados y, en especial, por la inminente difusión de una película producida por el asilado sobre «la auténtica vida del profeta Mahoma». El TS ratifica la revocación del estatuto de refugiado, y considera que, en el caso, los motivos de seguridad nacional justifican la restricción a la libertad de expresión.

[460] Lo ha hecho pronunciándose sobre la (ya derogada) Directiva 2004/83/CE del Consejo, de 29 de abril de 2004, por la que se establecen normas mínimas relativas a los requisitos para el reconocimiento y el estatuto de nacionales de terceros países o apátridas como refugiados o personas que necesitan otro tipo de protección internacional y al contenido de la protección concedida. Su art. 14.4 acogía las mismas causas de revocación del estatuto de refugiado basas en la peligrosidad del sujeto, que el art. 33.2 de la Convención. La norma fue sustituida por la vigente Directiva 2011/95/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011 (que sigue acogiendo idéntica regulación en el art. 14.4). *Vid.* UNHCR (2004, pp. 30-31).

previamente, se constataran algunas de las causas tasadas que el art. 1.F), que contemplan solo acciones consumadas[461]. Es decir, en esta lectura, el juicio prospectivo del art. 33.2 de la Convención carecería de autonomía respecto a las causas generales de exclusión de la condición de refugiado, de carácter «retrospectivo»[462].

e) Peligrosidad y acceso a la nacionalidad por residencia

En el caso del acceso a la nacionalidad española por residencia, como decíamos, la consideración de la peligrosidad que pueda representar el sujeto solicitante es menos relevante. No está expresamente previsto en la normativa aplicable, pero ha ido adquiriendo relevancia para la valoración del requisito de «buena conducta cívica», exigido por el art. 22.4 CC[463].

El procedimiento de adquisición de la nacionalidad por residencia es peculiar, dado su carácter mixto, en esencia administrativo, pero con una primera fase atribuida a los Registros Civiles. En todo caso, la resolución final de concesión o denegación constituye un acto administrativo[464].

Acto que, además, es estrictamente reglado según el TS. Pese a que algunas de las condiciones exigidas, en especial la «buena conducta cívica» y la «integración en la sociedad española» sean de difícil apreciación, ello no convierte a la potestad en discrecional. Se trata de conceptos jurídicos indeterminados que habrán de concretarse según una escala: «de la óptima a la pésima conducta, pasando por los grados intermedios; de la total a la inexistente integración, pasando igualmente por los grados intermedios. Sólo en casos próximos a algunos de los extremos de la escala cabe, sin

[461] El precepto excluye la aplicación de la Convención a las personas que: hayan cometido un delito contra la paz, de guerra o contra la humanidad, tipificados en instrumentos internacionales; hayan cometido un grave delito común fuera del país de refugio antes de su solicitud; o que haya cometido actos contra las finalidades y los principios de la Naciones Unidas.

[462] Proponen acoger esta interpretación, en la lectura del art. 44.1.c) de la Ley 12/2009, el voto discrepante a la citada STS de 30 de mayo de 2014 (emitido por el magistrado Manuel Campos Sánchez Bordona, con la adhesión de la magistrada María Isabel Perelló Doménech).

[463] «El interesado deberá justificar, en el expediente regulado por la legislación del Registro Civil, buena conducta cívica y suficiente grado de integración en la sociedad española».

[464] Véase el Real Decreto 1004/2015, de 6 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento por el que se regula el procedimiento para la adquisición de la nacionalidad española por residencia.

necesidad de una profunda reflexión, dar inmediatamente una respuesta afirmativa o negativa»[465].

La valoración de la «buena conducta cívica» admite juicios administrativos de enorme laxitud y heterogeneidad sobre las circunstancias de las personas aspirantes a la nacionalidad. Ha advertido el TS que «buena conducta» no equivale a ausencia de antecedentes penales[466]. Por otro lado, los antecedentes policiales pueden tomarse en consideración, pero tampoco serán un elemento necesariamente decisivo en el juicio: son ponderados junto con otras informaciones sobre el sujeto[467].

En esa amplitud de juicio se filtran, ocasionalmente, valoraciones de peligrosidad. Se encuentran todavía alusiones a la aplicación sobre el sujeto de la antigua LPRS[468]; en otras ocasiones se atiende a la peligrosidad de las conductas ejecutadas[469]; también al potencial peligroso que la comisión de ciertos delitos revelaría en el sujeto[470]; y a las amenazas que represente para la seguridad nacional, en un sentido similar al observado en la revocación del estatuto de refugiado[471].

El análisis de este conjunto de disposiciones administrativas en materia de extranjería, muestran juicios de peligrosidad diversos que, en general, acogen

---

[465] STS de 22 de septiembre de 2008 [ROJ 4785/2008], FD 1º.

[466] «[E]l civismo no consiste sólo en no delinquir, sino en respetar unas pautas mínimas de respeto y solidaridad con respecto al resto de la sociedad» (STS de 16 de junio de 2009 [ROJ 3808/2009], FD 3º). En sentido similar, STS de 22 de septiembre de 2008, ya citada, FD 1º.

[467] «[L]os simples informes policiales carecen, por definición, de la fiabilidad inherente a otros documentos elaborados con mayores garantías procedimentales» (STS de 22 de septiembre de 2008, ya citada, FD 1º). Lo que no significa que no tengan un peso relevante en la decisión: «los antecedentes policiales ponen de manifiesto hechos difícilmente conciliables con la imagen generalmente aceptada de lo que es un buen ciudadano»; «no constan datos de otro tipo (participación en actividades filantrópicas, seguimiento de cursos de formación, etc.) que puedan contrarrestar la justificada valoración negativa que, en términos de civismo, se desprende de los mencionados antecedentes policiales» (STS de 16 de junio de 2009, ya citada, FD 3º).

[468] Por ejemplo, en la citada STS de 16 de junio de 2009, FD 1º.

[469] Así, en STS de 12 de diciembre de 2011 [ROJ 8386/2011], se valora el «alto grado de peligrosidad para la sociedad en general y para los demás ciudadanos» manifestada por los delitos contra la seguridad en el tráfico y de conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas cometidos por el sujeto: «se trata de un comportamiento antisocial que dista de poder [ser] considerado buena conducta cívica» (FD 1º).

[470] STS 1262/2017, de 14 de julio [ROJ 3083/2017]. En el caso se estima que el actor fue condenado por un delito de violencia de género, maltrato y lesiones en el ámbito familiar. Pese a que en el momento de la solicitud ya habían transcurrido los plazos de cancelación de tales antecedentes, el Tribunal entiende que el delito «evidencia una potencial peligrosidad, causa una importante alarma y es objeto de un fuerte reproche social» (FD 2º).

[471] STS de 24 de octubre de 2011 [ROJ 6888/2011], que confirma la denegación de la nacionalidad a persona perteneciente a la organización *An Nahda*, mencionada *supra*.

acepciones muy amplias de la peligrosidad del sujeto. Concepciones que exceden con creces la estricta peligrosidad delictual. En ocasiones operan antes y más allá del «potencial delictual» del sujeto. En muchos casos, el juicio de peligrosidad no requiere una previa conducta delictiva como condición habilitante. Puede basarse, además, en indicios heterogéneos. Y el tipo de conductas que pretende anticipar tampoco son necesariamente delictivas sino, a menudo, genéricamente «antisociales». Todo ello permite concluir que el concepto de «peligrosidad social» en el ámbito administrativo, mantiene su persistencia en el ordenamiento de extranjería.

6.4.3 Riesgo y régimen de licencias de armas de fuego

El último caso administrativo de prognosis que atenderemos es una disposición de policía administrativa especial: la valoración de riesgo exigida para la concesión de licencias de uso y tenencia de armas de fuego.

Exige que la Administración verifique las «aptitudes físicas y psíquicas» del solicitante y valide la inocuidad del sujeto en el uso previsible de las armas a autorizar. El carácter de auténtico juicio de peligrosidad de esta valoración era claro si atendemos a su regulación en el (ya derogado) RD 2179/1981, de 24 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de Armas:

> «En ningún caso podrán tener ni usar armas ni ser titulares de las autorizaciones y guías correspondientes las personas cuyas condiciones psicofísicas les impidan su utilización y, especialmente, aquellas personas, *tales como los enfermos mentales, toxicómanos o peligrosos sociales, respecto a los cuales su posesión y uso representen un riesgo para ellos mismos o para los demás*»[472].

El nuevo RD 137/1993, de 29 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de Armas –dictado en ejecución de la LOPSC-1992– simplificó los parámetros de evaluación[473]. Su art. 98 omite la referencia a categorías de sujetos «presumiblemente»

---

[472] Art. 82.2 RD 2179/1981, de 24 de julio (énfasis añadido).

[473] La actual LOPSC (2015) regula el control sobre las armas de fuego en los arts. 28 y 29, que atribuye al Gobierno y la Administración del Estado las competencias sobre su regulación y el ejercicio de medidas de control, conforme a la atribución del art. 149.1.26ª CE. La tenencia y uso ilícitos de armas de fuego tienen una presencia relevante en el aparato sancionador de la norma. No obstante, la legislación de las Comunidades Autónomas sobre caza –con competencia exclusiva sobre la materia *ex* art. 18.1.11ª CE– contienen también disposiciones sobre uso de las armas con fines cinegéticos, así como la preconstitucional Ley 1/1970, de 4 de abril, de caza.

inaptos para un uso seguro de las armas, proscribiendo su autorización a «aquellas personas para las que la posesión y el uso de armas representen un riesgo propio o ajeno». La valoración no enfoca la atención en «grupos de riesgo» –nótese que la regulación anterior aludía, implícitamente, a destinatarios de la LPRS–, aunque los rasgos definidores de dichos grupos podrán ser considerados todavía, según el juicio del valorador. Por último, la reciente reforma del art. 98 del Reglamento por RD 726/2020, de 4 de agosto, ha especificado otras amenazas que deben considerarse en la valoración. Se excluye ahora la autorización de uso de armas de fuego que revelen condiciones psíquicas o físicas que impidan su utilización, y es especialmente:

> «aquellas personas para las que la posesión y el uso de armas representen un *riesgo propio o ajeno, la seguridad pública, la seguridad ciudadana, la defensa nacional y el interés general*. Entre otros extremos, el hecho de haber tenido una condena por un delito doloso violento se considerará indicativo de dicho riesgo»[474].

Esta concreción ha recogido criterios apreciados en la aplicación anterior del precepto. De hecho, existe una nutrida línea jurisprudencial que enjuicia la valoración del riesgo que acoge la norma. Una corriente de resoluciones que revelan un caso claro de apreciación subjetiva (administrativa y contencioso-administrativa) del riesgo y, de nuevo, una praxis orientada a una laxa noción de peligrosidad social.

Aludimos ya a esta disposición cuando, en el capítulo anterior, ensayamos una delimitación del concepto de derecho punitivo. Allí advertimos que el TS ha negado sistemáticamente que la decisión sobre los permisos de armas sea expresión del *ius puniendi* del Estado[475]. Lo concibe como una estricta medida de policía administrativa sectorial y de control sobre el ejercicio de derechos o intereses legítimos de los administrados. Sin embargo, desde la noción expandida de derecho punitivo que sostenemos, la valoración del riesgo que acoge el Reglamento de armas tendría un carácter, al menos, parcialmente punitivo. Porque implica un juicio de probabilidad sobre comportamientos antijurídicos por parte del sujeto, entrelazando, en consecuencia, aspectos administrativos y penales. Esa vinculación punitiva fue sostenida puntualmente por la jurisprudencia, afirmando el carácter sancionador de la

[474] Énfasis añadido.

[475] *Vid.*, en concreto, §5.1.2.a) y la jurisprudencia allí citada.

denegación de la licencia y, por lo tanto, la vigencia de la presunción de inocencia ante frente al juicio de peligrosidad; criterio enmendado después por el TS[476].

La norma dispone un «particular régimen de autorizaciones administrativas para la tenencia y uso de armas, en razón del peligro de estas, cuya concesión dependerá de la conducta del peticionario y de las particulares circunstancias que en él concurren puestas en relación con el interés público que trata de prevenirse». Esa valoración requiere individualizar la conducta del interesado y su incidencia previsible en el régimen de autorización de armas[477].

La jurisprudencia ha dado a esta valoración de peligrosidad un tenor especialmente estricto, inspirado por la vocación restrictiva de la legislación sobre armas de fuego, en especial tras el Reglamento de 1993[478]. Es decir, múltiples factores pueden contribuir a un pronóstico desfavorable sobre la conducta del sujeto. Como señalamos en su momento el TS entiende que, en este asunto, «rige la prevención y por ello se ha de valorar que la conducta del solicitante de la licencia es intachable [….,] en el sentido de no atisbar un mínimo riesgo de un uso incorrecto» de las armas[479].

En conexión con ese sentido restrictivo, el TS no alberga dudas sobre el carácter discrecional de la decisión sobre el otorgamiento de las licencias. Esta lectura refuerza el margen de apreciación administrativa sobre la valoración de riesgos en el sujeto. No es posible un juicio arbitrario, pero existe un amplísimo espacio para que la Administración escoja los criterios a ponderar en cada caso. Ello en atención al interés general perseguido por la norma: «evitar situaciones de futuro, racionalmente

---

[476] «La Sala de primera instancia [...] basa su decisión en una premisa errónea, cual es el carácter sancionador del permiso de armas, argumentando que para ello no son suficientes las meras sospechas de conducta antisocial, deducidas de unos informes que relatan unos hechos carentes de contenido sancionable. Ha equivocado, pues, el Tribunal 'a quo' el planteamiento del silogismo [...] porque lo que debió valorar es la razonabilidad y la proporcionalidad de la decisión administrativa denegatoria del permiso de armas a la vista de los antecedentes y de la conducta del peticionario» (STS de 22 de septiembre de 1997 [ROJ 5562/1997], FD 3º). Esta, y el resto de SSTS citadas en este subapartado, proceden de la Sala tercera.

[477] STS de 2 de junio de 1998 [ROJ 3616/1998], FD 1º.

[478] STS de 8 de abril de 2008 [ROJ 1436/2008], FD 5º, y muchas posteriores, como las SSTS de 12 de mayo de 2011 [ROJ 292/2011], FD 4º; de 2 de febrero de 2012 [ROJ 470/2012], FD 4º; de 25 de abril de 2014 [ROJ 1689/2014], FD 4º; o el ATS de 21 de enero de 2016 [ROJ 591/2016], RJ 1º.

[479] STS de 20 de julio de 2015, FD 2º [ROJ 3421/2015].

previsibles, que podrían suponer consecuencias negativas para el poseedor de las armas o terceros»[480].

Esta configuración discrecional dota al juicio de peligrosidad de un carácter especialmente laxo e «integral» sobre la personalidad y conducta del sujeto[481]. Una valoración que no suele basase en criterios clínicos, sino puramente subjetivos del órgano judicial. Lo que no significa de suyo arbitrariedad, sino libre arbitrio en la ponderación de las circunstancias y carácter especulativo del pronóstico. En estos términos cabe interpretar la regulación del art. 99.5 RD 137/1993 sobre la decisión de otorgamiento de las licencias para armas de los tipos B, D y E a particulares: tras la emisión de informe favorable por la Delegación del Gobierno, la Dirección General de la Guardia Civil resolverá, «valorando objetivamente los antecedentes, hechos y criterios aportados, y previas las comprobaciones pertinentes», la concesión de la licencia o su denegación motivada, «según las circunstancias de cada caso»[482].

La flexibilidad de la decisión permitió, por ejemplo, en aplicación de normativa anterior pero ya constitución vigente, basar la denegación de la licencia en las características ideológicas observadas en el sujeto[483]. Por otro lado, los «grupos de

[480] SSTS de 17 de enero de 1986 [ROJ 80/1986], FD 3º; de 26 de febrero de 1988 [ROJ 1285/1988 y 15665/1988], FD 2º; de 7 de mayo de 1992 [ROJ 12067/1992 y 20156/1992], FD 1º; de 10 de febrero de 2012 [ROJ 576/2012], FD 2º; de 13 de marzo de 2012 [ROJ 1512/2012], FD 1º. La jurisprudencia que reconoce el carácter discrecional de la decisión es amplísima: entre otras muchas, SSTS de 22 de abril de 1987 [ROJ 2839/1987], FD 1º; de 7 de diciembre de 1989 [ROJ 10927/1989], FD 2º; de 21 de abril de 1992 [ROJ 11781/1992 y 20205/1992], FD 3º; de 10 de noviembre de 1994 [ROJ 7265/1994], FD 3º; de 10 de noviembre de 1997 [ROJ 6714/1997], FD 2º; de 4 de octubre de 2002 [ROJ 6482/2002]; FD 2º de 12 de mayo de 2011 [ROJ 2942/2011], FD 5º; de 17 de enero de 2012 [ROJ 9/2012], FD 2º; de 25 de abril de 2014 [ROJ 1689/2014], FD 4º; de 30 de julio de 2014 [ROJ 3377/2014], FD 3º; de 20 de julio de 2015 [ROJ 3421/2015], FD 3º. La asunción del carácter discrecional de los permisos de armas se observa en algunos AATS recientes, de manera colateral, reconociendo interés casacional a la cuestión de la extensión de efectos de sentencias relativas a actos discrecionales: AATS de 3 de diciembre de 2020 [ROJ 12509/2020]; de 25 de marzo de 2021 [ROJ 4614/2021]; de 27 de mayo de 2021 [ROJ 7318/2021], entre otros. Todas las resoluciones citadas corresponden a la Sala tercera del TS.

[481] No obstante, el margen de discrecionalidad varía en función de la regulación prevista para los distintos tipos de arma: el régimen jurídico de las «armas de ánima rayada» es más riguroso que el de las escopetas de caza, por lo que aquel «supone para la Administración una facultad más amplia de apreciación discrecional» (STS de 14 de noviembre de 2000 [ROJ 8260/2000], FD 4º).

[482] Según el art. 96.4 RD 137/1993, la licencia de armas B autoriza a los particulares el uso de armas cortas; la de tipo D les autoriza al uso de «arma larga rayada para caza mayor», mientras la de tipo E les autoriza para el uso de diversas armas incluidas en determinadas categorías del art. 3.

[483] La discrecionalidad de la decisión «determina que sean elementos de oportunidad más que de legalidad los que deben pesar en la decisión de la Autoridad, y en tal sentido debe estimarse jurídicamente correcto [...] que, a la vista de los informes emitidos por la Comisaría de Policía [...], alusivos esencialmente a una determinada ideología política del solicitante del permiso de armas [se denegara]

riesgo» que citaba el viejo Reglamento de 1981 –y el más antiguo de 1972[484]– permitieron el control de la discrecionalidad en manos de la Administración, mediante la técnica de los hechos determinantes[485]. Papel que, cabe entender, desempeña la actual alusión a la valoración objetiva de los antecedentes, hechos y criterios aportados, y los datos que afloren en las «comprobaciones pertinentes», según contempla el art. 99.5 RD 137/1993.

La valoración de peligrosidad no solo influye en la concesión o denegación de la licencia, sino también en su posible revocación posterior. El art. 97.5 del Reglamento supedita la vigencia de las autorizaciones concedidas al mantenimiento de los requisitos exigibles para su otorgamiento según el Reglamento, «pudiendo los órganos competentes para su expedición comprobar en cualquier momento tal mantenimiento y procediendo a revocarlas en caso contrario». El precepto regula un supuesto de revisión del acto por invalidez sobrevenida fuera de los cauces de los arts. 106 y 107 LPAC, y sin especificar cauce procedimental al efecto. No se trata de un caso de revocación-sanción, sino de eliminación del beneficio por falta de cumplimiento de las condiciones para su disfrute[486]. El caso es más problemático si se entiende, en la estela de la jurisprudencia del TS, que la decisión es puramente discrecional: en tal caso estamos ante la revocación de un acto favorable por motivos de oportunidad, interpretación difícilmente admisible desde la teoría del acto administrativo[487].

Como ya hemos apuntado, el carácter dinámico, voluble, de la valoración de riesgos genera problemas jurídicos para las resoluciones de tracto sucesivo que

éste, acuerdo confirmado por la Dirección General de Seguridad» (STS de 28 de mayo de 1980 [ROJ 3233/1980]).

[484] Decreto 2122/1972, de 21 de julio, por el que se regulan las armas y medios de caza que precisan de autorización gubernativa especial. Su art. 2 acogía las categorías de sujetos antes citadas, pero no como enumeración exhaustiva, sino título de «ejemplo» sobre las categorías de personas que merecían especial atención a los efectos del control del uso de armas: «En ningún caso podrán tener ni usar armas ni poseer las autorizaciones correspondientes aquellas personas, como los enfermos mentales, toxicómanos, peligrosos sociales..., respecto a las cuales tales posesión y uso representen un riesgo para ellos o para los demás».

[485] El solicitante «no es enfermo mental, ni toxicómano, ni ha sido estimado peligroso social por los tribunales de esa especialidad, y por ello el margen de discrecionalidad no permite mantener la denegación acordada» (STS de 6 de noviembre de 1981 [ROJ 1629/1981]).

[486] SSTS de 13 de julio de 2011[ROJ 4999/2011], FD 4º y [ROJ 5003/2011], FD 1º.

[487] Sobre el problema de la revocación en derecho administrativo *vid.* Santamaría Arinas (2018), donde se aborda también, en concreto, la cuestión de la revocación por motivos de oportunidad (pp. 204-206).

dependan de dicha estimación. En el caso que nos ocupa, la redefinición del requisito de inocuidad como elemento reglado (es decir, como concepto jurídico indeterminado que apele a un ejercicio de discrecionalidad técnica) evitaría el problema formal que supone la revocación por motivos de oportunidad. Otra alternativa es entender que la variación de las condiciones afecta a la causa como elemento esencial del acto. Entonces, el cambio de circunstancias afectaría a la adecuación del acto al fin para el que fue dictado, tornando así el criterio de oportunidad en vicio de legalidad sobrevenida[488].

Sin embargo, no son soluciones demasiado eficaces en un sentido sustantivo. La norma configura un espacio de apreciación subjetiva en manos del aplicador, sin determinación alguna de los factores a considerar en la valoración, más allá de las amenazas que han de contemplarse. La revisión del acto admitirá inevitablemente un amplio margen de juicio, sea en ejercicio de la discrecionalidad técnica del órgano o de puros criterios de oportunidad.

De hecho, la jurisprudencia ha admitido, sin apreciar problemas dogmáticos, la revocación de las licencias de armas por la evolución del nivel de riesgo apreciado en el sujeto, apoyándose en el argumento del carácter restrictivo de la concesión de este tipo de autorización[489].

Dados estos márgenes flexibles del juicio de peligrosidad, la jurisprudencia arroja criterios dispares en su control de validez, altamente dependientes de las circunstancias de cada caso.

Por un lado, es indudable la influencia de los posibles antecedentes penales que presente el sujeto. No se trata de una vinculación automática, sino «indiciaria». Tras su reforma en 2020, el art. 98.1 RD 137/2003 advierte, *in fine*, que «el hecho de haber tenido una condena por un delito doloso violento se considerará indicativo» de riesgo. El TS había admitido ya que «aun cuando no estamos en un expediente sancionador, en que los hechos probados en sede penal tienen absoluta vinculación en vía administrativa», la Administración «ha de estar y pasar por lo que en aquella sede penal se haya resuelto»[490]. El órgano administrativo puede tener en cuenta «la existencia de la

[488] Santamaría Arinas (2018, pp. 191-192) apunta esta posible solución a la revocación de actos por motivos sobrevenidos de oportunidad, siguiendo la propuesta de Cano Campos.

[489] Resulta muy elocuente al respecto la STS de 22 de julio de 2011 [ROJ 5163/2011].

[490] STS de 20 de septiembre de 2010 [ROJ 4749/2010].

sentencia dictada por la Jurisdicción penal, aunque no sea firme, como una manifestación más de la conducta del recurrente que ha de ser ponderada»[491].

No obstante, lo que se adopta como factor en la valoración del riesgo no son, en sí, los antecedentes penales del sujeto, sino los hechos que la sentencia penal haya declarado probados, y que permitan deducir «la existencia de una personalidad no adecuada para el manejo de armas de fuego»[492]. Por ello, se descartan conductas delictivas previas de las que no se deduzca peligrosidad futura en el manejo de armas, por su falta de conexión con las amenazas vinculadas a dicho uso[493], por la escasa entidad de los ilícitos cometidos[494], o por haberse cancelado ya los antecedentes delictivos[495].

El Tribunal ha descartado también considerar la imputación al sujeto de hechos delictivos finalmente no acreditados en vía penal: existiendo diligencias policiales que no dieron lugar a ulteriores actuaciones[496], habiéndose producido absolución[497] o sobreseimiento en la causa[498], aun cuando hayan podido existir medidas cautelares

---

[491] STS de 2 de junio de 1998 [ROJ 3616/1998], FD 2º.

[492] STS de 24 de abril de 2007 [ROJ 3508/2007], FD 7º.

[493] Así se ha apreciado, por ejemplo, respecto a antecedentes penales por prevaricación (STS 8 de julio de 2011 [ROJ 4581/2011]), estafa (STS de 12 de mayo de 2011 [ROJ 2942/2011]), contra la Hacienda Pública (STS de 14 de junio de 2011 [ROJ3714/2011), receptación (STS de 20 de septiembre de 2011 [ROJ 5682/2011]), de atentado y desórdenes públicos (STS de 22 diciembre de 2011 [ROJ 8513/2011]), contra la seguridad en el tráfico y delito de atentado (STS de 14 de marzo de 2012 [ROJ 1491/2012]).

[494] STS de 22 de enero de 2010 [ROJ 82/2010], en la que el sujeto contaba con condena penal por riña, pero su conducta revistió «carácter puntual y escasa relevancia» (FJ 4º).

[495] STS de 30 de noviembre de 2011 [ROJ 8977/2011], que enjuicia la aptitud de un sujeto condenado por delito de agresión sexual, habiendo sido ya cancelado el antecedente.

[496] STS de 13 de julio de 2011 [ROJ 8378/2011], sobre ciertas actuaciones policiales por supuestas amenazas e insultos que habrían implicado, incluso que el sujeto esgrimiera una escopeta; STS de 28 de octubre de 2011 [ROJ 7104/2011], en relación a actuaciones de la Guardia Civil por presunto delito contra la salud pública; STS de 30 de junio de 2011 [ROJ 4354/2011], que niega relevancia a efectos de revocación de la licencia a múltiples antecedentes policiales por presuntos delitos de caza furtiva, por participación en pelea y por presunta infracción de la LOPSC-1992, sin haber dado lugar a ulteriores actuaciones; STS de 6 de noviembre de 2009 [ROJ 6676/2009], caso similar respecto a antecedentes policiales por tráfico de drogas.

[497] STS de 15 de diciembre de 2011 [ROJ 8647/2011], respecto a la detención por un presunto delito contra la fauna, finalmente sin condena; SSTS de 28 de febrero de 2012 [ROJ 1067/2012] que considera impertinente estimar factor de riesgo la absolución por delito de malos tratos en el ámbito familiar; y de 13 de marzo de 2012 [ROJ 1512/2012], que da la misma respuesta a la absolución por delito de homicidio frustrado.

[498] STS de 20 de septiembre de 2010 [ROJ 4749/2010], que considera el caso de sujeto detenido por tráfico de drogas y puesto a disposición judicial, con archivo final de la causa; STS de 13 de

sobre el sujeto[499] o que no han merecido condena por concurrir eximente completa[500]; todo ello, claro está, cuando no existían circunstancias adicionales que indujeran la apreciación de riesgo[501].

Estas decisiones coexisten, sin embargo, con supuestos en que se ha apreciado riesgo en el sujeto por hechos que, habiendo sido considerados en sede penal, no merecieron condena. El TS ha confirmado que en este ámbito no opera el principio de presunción de inocencia, como sucede en el terreno penal y administrativo sancionador, sino una vocación de abierta defensa social frente al riesgo:

> «El criterio de la protección de la sociedad (al estar comprometida la seguridad ciudadana) es un elemento preventivo, *bastando la sospecha fundada de que se hayan sido cometidas determinadas conductas* para poder denegarse o revocarse la licencia, de forma que cuando existe una hipótesis de sospecha sólida sobre la realización de conductas incompatibles con la tenencia de armas, procede la denegación o eventualmente la revocación»[502].

Por ejemplo, el Tribunal ha entendido admisible la apreciación de «personalidad peligrosa» deducida de una presunta comisión delictiva por hechos ya juzgados, pero pendientes de sentencia en el momento de acordar la revocación administrativa de la licencia[503]. Y ha admitido que la Administración diera relevancia a hechos que, sin embargo, no dieron lugar a condena penal[504].

---

septiembre de 2012 [ROJ 5775/2012], que no aprecia riesgo en el sujeto tras haberse retirado denuncia por malos tratos en el ámbito familiar.

[499] STS de 25 de febrero de 2010 [ROJ 816/2010], relativa al sobreseimiento de delito relacionado con la prostitución; STS de 16 de noviembre de 2015 [ROJ 4733/2015], en relación a un presunto delito de abuso sexual que mereció medida cautelar de alejamiento, con sobreseimiento final.

[500] STS de 30 de julio de 2014 [ROJ 3377/2014], caso en el que el sujeto ejerció violencia para impedir una grave agresión.

[501] En el mismo sentido, se ha considerado irrelevante la instrucción de procedimiento sancionador por presunta infracción de caza, finalmente sin sanción (STS de 29 de septiembre de 2011 [ROJ 6008/2011]).

[502] STS de 6 de noviembre de 1981 [ROJ 1629/1981], FD 4º (énfasis añadido).

[503] STS de 8 de abril de 2008 [ROJ 1436/2008]. «Lógicamente, los hechos que dieron lugar a la sanción penal producen su efecto desde el momento en que son acreditados, sin que sobre ellos puedan tener influencia la circunstancia de que la condena penal es posterior a la resolución administrativa, o de que en los hechos por los que fue penalmente condenado no actuó con armas de fuego. Son los citados hechos, desde que los mismos se producen, los que detectan una personalidad en el recurrente que aconsejan a la Administración privar[le] del uso de armas de fuego» (FD 4º).

[504] STS 13 de julio de 2011 [ROJ 5003/2011], relativa a agresiones físicas leves denunciadas por la mujer del sujeto valorado: «aunque por esos hechos [...] no ha resultado condenado, esta Sala entiende

En definitiva, la existencia o no de antecedentes penales, cancelados o no, no constituye un dato definitivo para la concesión, denegación o revocación de la licencia[505]. Administración y tribunales integran el dato de manera diversa en la valoración del riesgo, según las circunstancias.

La decisión se basa en ocasiones en un auténtico análisis conductual operado por la Administración o por los órganos judiciales en vía de revisión, con independencia de las disquisiciones propiamente penales:

> «El control administrativo sobre la existencia o subsistencia de las circunstancias, aptitudes o condiciones exigibles para ser titulares de licencias de armas puede deducirse de los antecedentes del solicitante de la licencia o de su renovación, pero dicho término no cabe entenderlo en el sentido de antecedentes penales, sino de *antecedentes de conducta* que muestren la falta de idoneidad para hallarse en posesión de un arma *ante la previsión* de que se haga un posible uso inadecuado de ella»[506].

La valoración administrativa se aproxima en estos casos a un juicio clínico de peligrosidad, aunque siga basándose en la apreciación subjetiva del órgano administrativo o judicial[507].

Se consideran para ello informaciones policiales, pero también circunstancias de índole personal y familiar que acrediten «buena conducta»[508], o la actitud o el carácter mostrados por el sujeto ante las autoridades[509].

---

que *son por sí mismos, y sin necesidad de mayores precisiones, reveladores del riesgo* que la norma trata de evitar, en la medida [en] que a través de ellos se acredita un comportamiento violento que se manifiesta incompatible con la tenencia y uso de armas. *El temor de que en algún momento pudiera darse una situación de peligro*, sobre todo con ocasión del régimen de visitas del hijo común menor de edad, determina el contenido negativo de la resolución impugnada, que se hace eco de dicho riesgo» (FD 4º, énfasis añadidos).

[505] STS de 14 de noviembre de 2000 [ROJ 8260/2000].

[506] SSTS de 14 de junio de 2011 [ROJ 3717/2011], FD 1º; de 8 de julio de 2011 [ROJ 4581/2011], FD 1º; 27 de enero de 2012 [ROJ 162/2012], FD 2º; de 10 de febrero de 2012 [ROJ 576/2012], FD 2º; de 17 de noviembre de 2014 [ROJ 4596/2014], FD 2º; de 16 de noviembre de 2015 [ROJ 4733/2015], FD 3º.

[507] Así, por ejemplo, «el comportamiento que se refleja en el atestado policial evidencia una actitud irritable y agresiva en el ámbito familiar, que motivó que su hijo de 19 años abandonara el domicilio, y el padecimiento de un tra[s]torno psicológico que requiere la toma de medicación (orfidal, deplarax 100 y vendral 75), según refiere su esposa a los funcionarios policiales, lo que resulta indicativo de un riesgo que justifica dicha revocación» (STS de 22 de julio de 2011 [ROJ 5163/2011], FD 4º).

[508] «[E]l recurrente intenta vincular la demostración de buena conducta posterior a la condena: a) al hecho de tener domicilio fijo, el cual es insuficiente [...] para acreditar dicha buena conducta; y b) al hecho de haberse acreditado el ejercicio de una profesión fija por el recurrente; pero esta circunstancia no es demostrativa tampoco de buena conducta [...]» (STS de 14 de noviembre de 2000 [ROJ 8260/2000], FD 4º).

El régimen de otorgamiento de las licencias de armas muestra, de nuevo, la presencia de la peligrosidad del sujeto en el derecho administrativo de policía. Expresa con especial nitidez el carácter laxo de su valoración en sede administrativa, donde tiende a adquirir rasgos «defensistas» más evidentes que en sede penal; más, incluso, que en el régimen de las medidas penales de seguridad, considerado el espacio característico del derecho de la peligrosidad.

[509] Por ejemplo, su carácter errático: «una persona que con sus declaraciones crea tan seria y grave confusión y, además, afirma, sin ser cierto, haber participado en hechos violentos que ni siquiera le han sido imputados al ser detenido, no merece garantís de utilizar equilibrada y responsablemente un arma [...]» (STS de 22 de septiembre de 1997 [ROJ 5562/1997], FD 3º); o su carácter violento: «la actitud violenta del apelante manifestada en la ruptura con una barra de hierro de cristales del automóvil [...], así como las manifestaciones efectuadas por el mismo al referir la causa de los daños causados en el vehículo [...] son reveladoras de una verdadera peligrosidad, cuyos resultados deben desde luego ser prevenidos» (STS de 19 de noviembre de 1996 [ROJ 6486/1996], FD 2º).

CAPÍTULO 7

LA JUSTICIA PUNITIVA ACTUARIAL: APLICACIONES DEL RIESGO ALGORÍTMICO

Nuestro sistema punitivo contiene una dualidad de regímenes de represión de los ilícitos, fundados respectivamente en la culpabilidad y la peligrosidad. Ambos destacan contornos distintos del mismo sujeto, que, aunque conviven de facto, no alcanzan a abrigarse en una dogmática única. La culpabilidad se acomoda en asientos axiológicos añejos y confortables armados según categorías morales; las prácticas de la peligrosidad, aunque vetustas, saprofitan las periferias del pragmatismo y la utilidad social que caracteriza a toda sociedad.

Hemos visto que la peligrosidad del sujeto depende, sobre todo, de valoraciones idiográficas: estimaciones de *expertise* clínica para decidir la (in)imputabilidad y apreciaciones subjetivo-especulativas cuando se trata de imputables. En unos casos la norma habilita un espacio de decisión apenas estructurado en laxas apreciaciones sobre la personalidad del sujeto; en otros, especifica los criterios del pronóstico (antecedentes, conducta, condiciones de vida).

Considerando las técnicas del riesgo, según la taxonomía ofrecida *supra* (§4.2.3), son formas de «gestión de casos»: valoraciones que se mantienen en la singularidad del supuesto individual o, a lo sumo, con algún auxilio de una «tipología». Advertíamos que este tipo de prácticas responde al concepto de peligrosidad en sentido estricto. Pese al uso indistinto de los conceptos peligro y riesgo a nivel normativo, no podemos hablar ahí «técnicamente» de riesgo. No existe probabilización a partir de un análisis agregado. El juicio parte de la singularidad y se mantienen en ella; subyace una evocación holística sobre lo que el sujeto «es» o sobre su «estado».

En ese marco de tono clínico se despliegan las prácticas del riesgo con su pragmatismo redoblado, su tendencial vocación cuantitativa y actuarial, que socava la mirada íntegra y laxa de la peligrosidad.

La irrupción de objetos técnicos actuariales para el pronóstico conductual del sujeto peligroso se comprende en esa tendencia a estructurar el juicio de peligrosidad. No es paradigma o modelo hegemónico, sino línea de racionalidad que coexiste con otras formas de objetivación. La incidencia punitiva de la gestión de riesgos es inteligible en el esquema de racionalización múltiple, conflictiva, que defendimos como opción propedéutica. El riesgo no impacta sobre un sujeto jurídico prístino, ni lo diluye, sino que se inserta en un esquema complejo, donde ya friccionan prácticas de

culpabilidad y peligrosidad. La gestión de riesgos añade así más complejidad en el proceso jurídico-punitivo del sujeto.

Estos argumentos servirán para concretar la irrupción de las técnicas actuariales de gestión de riesgos en el terreno punitivo. Seguimos observando las técnicas sustantivas que colman las aberturas de los conceptos normativos de peligrosidad y riesgo. Pero, ahora, las técnicas de prognosis devienen auténticas tecnologías normativas de pronóstico. De este modo, el juicio de peligrosidad se encuentra inmerso en una metamorfosis que lleva a una suerte de proceso computacional soportado en objetos técnicos de base algorítmica.

Este capítulo final quiere explorar los efectos jurídicos de los procesos inducidos por esta irrupción tecnológica.

Su primer apartado caracteriza los usos punitivos del riesgo actuarial, considerando sus efectos en la peligrosidad clínica. Se trata de una relación tensa, ya que el enfoque actuarial aspira a despejar el «subjetivismo» de la valoración clínica y especulativa. Se ofrece, además, un inventario de los instrumentos actuariales más relevantes, ordenados según tipologías y etapas de desarrollo.

El segundo apartado advierte sobre las técnicas actuariales como decisiones jurídicas total o parcialmente automatizadas. Analizaremos, en esta línea, dos instrumentos actuariales de nuestro sistema punitivo en dos contextos formales distintos, procesal-penal y administrativo: el protocolo de Valoración Policial del Riesgo (VPR-VPER) y la «detección sistemática de riesgos» ínsita en el Sistema de Evaluación e Información de Viajes (SEIAV). Veremos en ambos casos cómo su tecnicidad es capaz de estructurar la evaluación del riesgo y la decisión jurídica subsiguiente.

Ofreceremos, por último, una caracterización jurídica del riesgo actuarial como tecnología algorítmica. La complejidad tecnológica del riesgo nos sitúa ante el reto de la regulación de las decisiones algorítmicas, que se están acelerando llamativamente. Aspiraremos tan solo a enmarcar jurídicamente el problema, atendiendo a los límites a su juridificación y a las prácticas regulativas ensayadas hasta ahora.

No debe esperar el lector en este aspecto conclusiones taxativas, sino una suerte de relación precaria de daños y riesgos. Y un esbozo de perspectivas de análisis y líneas de trabajo sobre un objeto que, literalmente, «está ocurriendo».

7.1 Prácticas actuariales de la peligrosidad

7.1.1 De la peligrosidad al riesgo

En el capítulo quinto constatamos las dificultades de encaje de la conceptualización jurídica de la peligrosidad del sujeto en el marco del *ius puniendi* constitucionalmente conforme.

La peligrosidad es, en cualquier caso, una categoría polémica en varios sentidos: dogmático, técnico, extrajurídico y en contenido sustantivo. La peligrosidad es concepto siempre insatisfactorio, pero persistente[1]. De ahí la permanente redefinición en su objeto y criterios de aplicación. Al cabo, expresa el *aim* de mejora de las técnicas y del esfuerzo de concretización tecnológica y, por tanto, resulta siempre de opciones epistémicas precarias.

Al tiempo, es concepto expuesto políticamente: las críticas y redefiniciones de la peligrosidad son, en parte, función de las mayorías políticas y de su dependencia de los cambios de opinión de las sociedades en relación, especialmente, con la demanda de protección social[2]. Condensa de modo agudo, aunque voluble, la idea colectiva de la función securitaria del Estado, atendida la variable intensidad de la percepción del par peligrosidad-amenaza[3].

Dar cuenta de las redefiniciones de la peligrosidad exige considerar esos factores diversos, de índole gnoseológica y política.

[1] Andrés-Pueyo (2013, p. 483).

[2] Pratt (2007, p. 48). El autor propone, incluso, la capacidad teórica de la peligrosidad como «prisma» desde el que leer la evolución del Estado moderno mismo (*ibidem*, p. 4).

[3] Martínez García (2012, p. 328).

a) Redefinir la peligrosidad

La peligrosidad es, según sabemos ya, el reverso punitivo del Estado providencia, entendido como un nuevo nexo Estado-individuo a través de «lo social» como espacio de intervención[4].

En ese clima cobró cuerpo, en el discurso penal, la insuficiencia de la finalidad retributiva de la pena y la necesidad de acoger medidas de seguridad preventiva, impugnando los postulados jurídico-penales clásicos en base a «evidencias» empíricas de la estadística criminal[5].

La peligrosidad emergió a partir de una variedad de conocimientos: la eugenesia[6], la medicina psiquiátrica[7] y la socio-antropología criminal[8] que habilitaban criterios de

[4] Esta vinculación entre las responsabilidades protectoras del Estado y los nuevos discursos criminológicos ha sido planteada por Pratt (1997, pp. 35-38). Sobre la conformación paulatina de dicho espacio «social» de intervención pública desde el siglo XIX, sobre la base del *solidarismo*, *vid.*, para el caso francés, Donzelot (2007).

[5] Robles Planas (2007, p. 14).

[6] La eugenesia identifica la tendencia delictiva en la carga hereditaria de los sujetos y teoriza la «degeneración» del cuerpo social. En palabras de Galton, «es fácil demostrar que la naturaleza delictiva tiende a heredarse [...]. La cuestión parece ser que la población criminal recibe adhesiones de aquellos que, sin tener una naturaleza criminal muy marcada, pertenecen a un tipo de humanidad que está mal preparada para desempeñar un rol respetable en nuestra civilización moderna, aunque es muy apta en condiciones pseudo-salvajes [...]. Estas personas tienden al mal; sus hijas se casan con delincuentes y se convierten en padres de delincuentes» (Galton 1883, p. 63).

[7] *Vid. supra,* §3.3.2.

[8] La Escuela positiva impugnó el «idealismo jurídico» de la Escuela clásica proponiendo la necesidad de situar al delincuente, y sus condiciones, en el centro del sistema punitivo. El delincuente es entendido como un sujeto «anormal» por la confluencia de factores antropológicos de índole orgánica, pero también, al menos en la lectura de Ferri, sociológica y ecológica. «Enseñándonos la medicina, que para encontrar los remedios de una enfermedad precisa comenzar por investigar y descubrir las causas, de igual manera la ciencia criminal, bajo esta nueva forma que toma, busca las causas naturales de este fenómeno de patología social que llamamos delito, poniéndose en condiciones de descubrir aquellos eficaces remedios que puedan, no suprimirlos (porque hay en la naturaleza anomalías que sólo cabe atenuar, pero no destruir), sino contenerlos en ciertos límites» (Ferri 1908, p. 22). «Los factores antropológicos, inherentes a la persona del criminal, son el primer coeficiente del delito; y toda vez que el criminal, igualmente que cualquier otro hombre, puede ser considerado o como individuo aislado, y, por lo tanto, mirado por el lado fisiológico o por el psíquico, o corno miembro de una sociedad». Sobre esta premisa identifica Ferri tres clases de factores antropológicos del delito, más otros de tipo físico y social. Al primer grupo (factores antropológicos) responderían: la constitución orgánica del criminal («anomalías orgánicas del cráneo y del cerebro, de las vísceras, de la sensibilidad y de la actividad refleja, y los caracteres corporales en general, tales como las particularidades de la fisonomía y del tatuaje»; su constitución psíquica («anomalías de la inteligencia y de los sentimientos, sobre todo del sentido social, y todas las particularidades de la literatura y del argot de los criminales»); y sus caracteres personales («además de las condiciones biológicas de raza, de edad y de sexo, las condiciones biológico-sociales, corno el estado civil, la profesión, domicilio, clase social, instrucción y educación»). El grupo de factores «físicos o cosmotelúricos del delito» alude a «todas las causas pertenecientes al medio físico [...], el clima, la naturaleza del suelo, la sucesión de los días y las noches, las estaciones, la temperatura anual, las condiciones atmosféricas y la producción agrícola». Por último, la categoría de los factores sociales

identificación del individuo peligroso deducido de su condición anormal (herencia biológica o social, condiciones mentales y/o corporales…)

La defensa social propuso el riesgo como inspiración de todo el sistema punitivo, remedando un mecanismo de aseguramiento colectivo basado en la objetivación de la responsabilidad. Acogió la noción de «estado peligroso» de inspiración positivista, si bien reformulada [9]: el delincuente no es necesariamente un sujeto anormal. La dicotomía normal-anormal no es determinante; lo decisivo es la demanda preventiva que suscita un sujeto, desde el punto de vista de la protección social[10].

Lo relevante será pues la dimensión social del estado peligroso y su forma de codificación legal, desde las bases proporcionadas por la antropología criminal [11],

---

«resultan del medio social en que vive el delincuente, como: la densidad diferente de población, el estado de la opinión pública y de la religión, la constitución de la familia y el sistema de educación, la producción industrial, el alcoholismo, la organización económica y política, la de la administración pública, justicia y policía judicial, y en fin, el sistema legislativo civil y penal en general» (*ibidem*, pp. 223-224).

Lombroso y Garofalo habían defendido posturas más circunscritas a la fisonomía. «¿Se quiere comprobar por propia experiencia las afirmaciones de los antropólogos? No hay más que dirigirse a una prisión, y, mediante los signos que acabo de indicar, se distinguirá casi al primer golpe de vista a los condenados por robo de los condenados por homicidio. Por mi parte, declaro que me he equivocado, de cada cien veces, siete u ocho. [...] En lo que no hay duda es en que las tres clases que acabo de indicar se distinguen fácilmente por su fisonomía, y que*, si no poseemos el tipo antropológico del criminal*, al menos *tenemos con toda seguridad tres tipos fisionómicos*: el ASESINO el VIOLENTO el LADRÓN (Garofalo 1890?, p. 105, énfasis en el original).

[9] Prins se reconoce en la tradición positivista, debidamente actualizada según los avances del saber médico-antropológico. «La división de nuestra pobre humanidad en normales, anormales superiores y anormales inferiores es una conquista de la fisiología contemporánea que ha dado mayor precisión científica a las intuiciones de Lombroso y que ha corregido sus conclusiones» (Prins 1910, p. 143). En su doctrina son perceptibles también ecos eugenistas, al subrayar la «degeneración» como característica, al menos, de los delincuentes «defectuosos». Observa como problemas acuciantes la «extrema fecundidad de las mujeres defectuosas» y el «carácter hereditario muy acusado de la degeneración» (*ibidem*, pp. 150 y ss.). Saldaña, en la recepción española de la doctrina, es más explícito a la hora de superar las taxonomías del primer positivismo, sin renunciar no obstante a una categorización antropológica del peligroso: «contra la antropología criminal lombrosiana, [defendemos] otra antropología. Para nosotros el delincuente *es un ser normal*» (Saldaña 1916, p. 21). En Prins el sujeto anormal se reconduce al delincuente «defectuoso», categoría equivalente a los casos de exención o atenuación de la responsabilidad en el esquema clásico, y que no merece menos garantías preventivas que el delincuente «normal» (Prins 1910, p. 93). La atención de Saldaña se dirige, sobre todo, al sujeto dotado de «libertad moral», con plena responsabilidad, aunque fuente de peligrosidad social, moral y jurídica.

[10] «[...] donde es necesario adoptar medidas de seguridad y de protección social contra delincuente cuyo estado es peligroso, no importa que esos delincuentes sean normales o anormales». La distinción será relevante solo «en el modo de aplicación de las medidas, donde habrá que distinguir los individuos susceptibles de mejora o de curación de aquellos que debemos mantener alejados de causar peligro a la comunidad» (Prins 1910, p. 74).

[11] «Los especialistas han creado entre los defectuosos muchas subdivisiones; oímos hablar de neuróticos, neurópatas, histéricos, epilépticos, desequilibrados, degenerados, alcohólicos, incompletos, imbéciles, idiotas, sin contar denominaciones aún más técnicas y específicas. Nosotros podemos reconducir todas esas variedades al fenómeno general de la inferioridad mental y moral. [...] Y como es

traduciendo los estados peligrosos a riesgos sociales, pero invocando su autonomía frente a las influencias médico-psiquiátricas [12]. Para la defensa social la formalización del «diagnóstico» es un asunto propio del derecho, y la decisión judicial es, cuando menos, equiparable a los diagnósticos empíricos. Hasta el punto de que la declaración de peligrosidad elude las dificultades exigidas por la responsabilidad del sujeto culpable[13]. La decisión judicial de peligrosidad se fundaba así en una base estrictamente epistemológica, en el sentido de Hacking[14].

La noción de riesgo social punitivo abrió una «tercera vía» sobre la peligrosidad que eludía el dilema determinismo/libre albedrío. Compatibilizó discursivamente estado peligroso y libertad moral: acogió la peligrosidad sin demoler el principio de culpabilidad[15].

Este conjunto de doctrinas –sociobiológicas, médico-psiquiátricas, sociojurídicas– expresa una vocación de intervención sobre la sociedad que desplazó paulatinamente, desde la segunda mitad del siglo XIX, el relato sobre las «clases

---

cuestión de derecho penal y no de medicina mental, esos términos de defectuosos o inferiores mentales y morales parecen responder suficientemente a las necesidades de la justicia» (Prins 1910, p. 94).

[12] Esta traducción sociológica es clara en el tratamiento que Prins ofrece del «vagabundo» y el «alcohólico». En el primer caso, no trata de deducir su peligrosidad de características innatas del sujeto, ni siquiera del acto concreto de no trabajar y pedir limosna. Lo que «es inquietante, es la permanente inclinación a la pereza y a la ociosidad», su «no-valor social». Respecto al segundo, lo relevante no es la condición psíquica del sujeto al ejecutar un acto en situación de embriaguez –como le interesaba a la Escuela clásica–; «lo que es grave, lo que amenaza a la Sociedad, la familia y el individuo, es el propio alcoholismo, destructor del organismo humano (Prins 1910, pp. 75-76). Estas categorías «sociológicas» tendrán reflejo en la legislación española sobre vagos y maleantes y sobre peligrosidad social, ambas de abierta inspiración defensista. Por ello, ni siquiera «los defectuosos» son siempre peligrosos. «Se hacen peligrosos para ellos mismos y para otros, cuando su insuficiencia se asocia a la insuficiencia del medio social, y cuando, en la atmósfera envenenada y sucia de los bajos fondos, los riesgos de la miseria y del abandono se suman a los riesgos de la degeneración» (Prins 1910, p. 147). Para Saldaña, el derecho penal es «derecho de defensa interior» con dos fundamentos: «uno, antropológico, el hombre delincuente (concepto de delito como 'estado'); otro, sociológico, el orden social (concepto de la sociedad como 'condición') (Saldaña 1916, p. 27).

[13] Prins (1910, pp. 115-112). «La ventaja del sistema que acoge el modo duradero de ser del individuo en lugar de la responsabilidad de una acción pasajera, es precisamente proporcionar a los jueces una brújula orientadora para tales circunstancias en las que, en la bruma de las controversias modernas relativas a la responsabilidad parcial o total, el crimen pierde todo contorno claro».

[14] *Vid. supra,* §4.2.1.

[15] «La *defensa social*, contra los seres moralmente responsables, es anterior al delito, en vista del estado peligroso: *prevención social*, mediante *medidas de seguridad*, o bien posterior a él, en vista del acto dañoso: *represión penal*, por obra de *penas*. [...] Así, el delincuente es *responsable* –moralmente– de su 'estado peligroso'; *imputable* –socialmente– por su 'temibilidad'; *punible*, esto es, motivo de defensa –jurídicamente– por su 'capacidad criminal'; *obligable* a reparación –legalmente– por su 'acto delincuente'» (Saldaña 1916, p. 25).

peligrosas»[16]. El trazo grueso de la peligrosidad «poblacional», por estratos sociales, buscó afinarse en miradas de vocación científico-positiva, en unos casos, y de ingeniería social frente al delito, en otros. Ahora, el individuo solo podrá adscribirse a los grupos de peligrosidad como resultado de valoraciones «racionalizadas», con una legitimidad científico-técnica.

Ello explica la centralidad del nuevo objeto de preocupación: el delincuente habitual, el reincidente o el «incorregible». El pánico burgués al populacho rindió su posición frente al nuevo diablo: el infractor recalcitrante, en forma de sujeto ingobernable refractario a la sanción penal[17]. El positivismo no enunció expresamente la «peligrosidad» de tales sujetos, sino variantes dentro del mismo campo semántico como la «temibilidad» o la «inadaptabilidad»[18]. En todo caso, el hábito delictivo revelaba la confluencia de los factores socio-antropológicos de la peligrosidad criminal[19]. Condensó el rígido determinismo positivista[20]. La «temibilidad» del sujeto

[16] El discurso sobre las clases peligrosas, en Francia e Inglaterra, aludió al riesgo de desorden e insurrección como una amenaza inherente a las masas urbanas, de carácter «infeccioso». Advertía Symons en la Inglaterra de 1849 que «[t]odo país tiene su clase peligrosa. Esta no se compone solo de delincuentes, pobres y personas de conducta odiosa para los intereses de la sociedad, sino también de ese cuerpo cercano de gentes susceptibles de su contagio, y que aumenta sin cesar» (Symons 1984, p. 3). Para el caso francés *vid.* el estudio clásico, al tiempo cultural y político, de Chevalier (1950). Conforme avanzó el siglo XIX, lograda cierta «pacificación social», la preocupación securitaria viró paulatinamente hacia las amenazas exteriores, el individuo peligroso y las asociaciones criminales. Se produce una transición en la «economía política de la peligrosidad» (Pratt 1997, pp. 14-17).

[17] Pratt entiende que un factor importante en este cambio es la abolición de la deportación en diversos Estados europeos, que revela nuevos peligros para las comunidades locales (Pratt 1997, p. 11). Von Listz confirma este diagnóstico en su texto de 1884: «la sociedad debe protegerse de los irrecuperables, y como no podemos decapitar ni ahorcar, y como no nos es dado deportar, no nos queda otra cosa que la privación de libertad de por vida (en su caso, por tiempo indeterminado)» (Von Listz 1994, p. 120). No obstante, con variaciones en su funcionalidad e intensidad en el uso, Cadalso daba cuenta a finales del siglo XIX de la persistencia de la pena de deportación de delincuentes peligrosos en distintos Estados europeos –a excepción de Inglaterra, que acordó el cese de las deportaciones a Australia en 1864– (Cadalso 1895, pp. 3-21).

[18] Romeo Casabona (1986, p. 16).

[19] Para Ferri este tipo de sujeto concentra los factores socio-antropológicos de la delictuosidad: «los individuos cuya constitución orgánica y psíquica está formada sobre todo por las capas más profundas y antisociales, deben manifestar de manera permanente una actividad correlativa, que es el índice y el efecto de esta constitución y estos son los delincuentes por tendencia congénita, los incorregibles» (Ferri 1908, p. 150). Por su parte, el reincidente es objeto de especial atención en el estudio lombrosiano del «hombre delincuente» (Lombroso 1897, pp. 232 y ss., y 582 y ss. sobre los «reos incorregibles»).

[20] El «fatalismo» fue una de las acusaciones principales que se profirió coetáneamente contra el positivismo. Garofalo se esforzaba en negar ese determinismo negativo en 1890, en la segunda edición de su *Criminología* (Garofalo 1890?, pp. 8-10). Sin embargo, su opinión sobre el delincuente irrecuperable es manifiesta en el texto. «Una vez que [el carácter] se ha fijado, lo mismo que cuando se ha fijado la

significó su perversidad activa y permanente: la «cantidad de mal» previsible en su conducta[21]. Para la defensa social, el reincidente no es necesariamente un sujeto «defectuoso», pero sí un delincuente de naturaleza especial por su estilo peculiar de vida[22]. Una suerte de multiplicador de riesgos sociales que reclama especiales medidas de contención[23].

El delincuente habitual generó un espacio específico de peligrosidad: entre el demente inimputable y el imputable culposo[24]. Era una nueva «verdad» de la estadística criminal que desafiaba la Administración punitiva, incluso una vez asumida la dicotomía imputable/inimputable. En el terreno de la culpabilidad, provocó la agravación de las penas por reincidencia. En el plano estricto de la peligrosidad, llevó a acoger la prisión indeterminada, graduable en función del estado peligroso del sujeto. La irrupción de la peligrosidad en el plano jurídico no derruyó la culpabilidad; antes bien, sumó una vía adicional de intervención sobre el sujeto a través del dualismo punitivo, abriendo espacios de peligrosidad de sujetos responsables. La peligrosidad pasó así a modular la culpabilidad como atributo del sujeto desde los nuevos indicios empíricos.

En España, la introducción de la peligrosidad del sujeto en las normas punitivas fue tardía. No se positivizó hasta el Código penal de 1928, aunque existiera antes cierta tradición próxima a la peligrosidad en torno a la punición de la «vagancia»[25]. La recepción se vio, además, «dulcificada» por la pujanza del correccionalismo de base krausista y su propensión reeducadora[26]. El Código de 1928 acogió explícitamente el «principio de defensa social», rótulo que anunciaba el régimen dual de penas y medidas

---

fisonomía en lo físico, permanece durante toda la vida. Y hasta es dudoso que, en el período de la primera infancia pueda cerrarse por la educación un instinto moral de que carezca el individuo» (*ibidem*, p. 153).

[21] Andrés-Pueyo (2013, p. 490); Armaza Armaza (2011, pp. 133 y ss.).

[22] Prins (1910, p. 76).

[23] «Poner constantemente en circulación a los reincidentes es viciar aún más el aire ya impuro que respiran los hijos del pueblo y hacer que las condiciones de su vida moral sean aún más precarias; se está multiplicando bajo sus pies los riesgos de corrupción y caída. Riesgos que aparecen en todas partes» (Prins 1910, p. 86). Su programa de defensa social reserva un lugar específico al estado peligroso del reincidente (*ibidem*, pp. 79-91).

[24] Pratt (1997, pp. 32-34).

[25] Véase al respecto el estudio de Terradillos Basoco (1981, pp. 31-53). Fijándose también en la tradición española, Manrique de Aragón (1977) exploró la calificación del «pícaro» desde la categoría de peligrosidad social.

[26] Quintero Olivares (1999, p. 55).

en su articulado. Conforme a dicho principio, se autorizaron «declaraciones de delincuencia habitual y peligro social criminal» que tendían «principal y exclusivamente a obtener la corrección de los culpables y su rehabilitación»[27]. Su art. 71 acogió la primera definición normativa de la peligrosidad del sujeto en nuestro sistema:

> «El estado especial de predisposición de una persona, del cual resulte la probabilidad de delinquir, constituye peligro social criminal. En las sentencias condenatorias, podrán los Tribunales hacer declaración de peligro social criminal cuando resulte de la especial predisposición del delincuente probabilidad de volver a delinquir, dictando en tal caso las medidas de seguridad procedentes»[28].

La sistemática varió en el Código republicano de 1932[29]. La peligrosidad del sujeto imputable se vio excluida del Código para encontrar acomodo, acto seguido, en la nueva «Ley de vagos y maleantes» de 1933 (LVM)[30]. En ella subrayaba Jiménez de Asúa su «eficiencia científica», fruto de las doctrinas dominantes sobre la peligrosidad: «[d]el primitivo Proyecto del Gobierno, político y de mero orden público, se arriba a

[27] Exposición del Real Decreto-Ley 1596 de 1928, que aprueba el Código penal (Gaceta de Madrid Núm. 257, de 13 de septiembre de 1928).

[28] Además de las medidas para sujetos inimputables (art. 90), la previsión de peligrosidad se concretaba en distintos preceptos del Código. Por ejemplo, para acoger penas alternativas a la prisión, conforme al grado de perversidad y peligro social que represente el sujeto (art. 153); pero, sobre todo, para la aplicación de las consecuencias de la multirreincidencia: cuando el juzgador tuviera convencimiento de que la nueva pena no hubiera de «producir la enmienda del culpable», se disponía que este permaneciera «en un establecimiento o departamento destinado a incorregibles por tiempo indeterminado». Decisión que debía revisarse cada dos años en atención «al grado de peligro social subsistente en el penado y a su capacidad de reintegración social» (art. 157). Se contemplaban, además, supuestos de agravación de la pena «por las condiciones del infractor», algunas de ellas habituales indicios de peligrosidad: la vida familiar o social depravada del sujeto; ser conocido como provocador o pendenciero; la reiteración y la reincidencia; y la ociosidad y la vagancia, entre otras (art. 67).

[29] Ley de 27 de octubre de 1932 (Gaceta de Madrid Núm. 310, de 5 de noviembre). En realidad, la norma reinstaura la vigencia del CP de 1870, debidamente modificado. Esta sistemática responde a la «doctrina dualista de Códigos» de Jiménez de Asúa: uno para la peligrosidad delictual, otro para el estado peligroso sin delito (Jiménez de Asúa 1933, p. 630). El análisis que el autor ofrece del ínterin legislativo, coetáneo a la norma y como miembro de la minoría socialista en las Cortes, resulta revelador sobre la orientación epistemológica y política de la Ley.

[30] Ley de 4 de agosto de 1933 (Gaceta de Madrid Núm. 217, de 5 de agosto). Téngase en cuenta también su reglamento de desarrollo, aprobado por Decreto de 3 de mayo de 1935 (Gaceta de Madrid de Núm. 125, de 5 de mayo). Rodríguez Dranguet (1935, p. 6) vio en esta norma la ruptura formal en España con los postulados de la escuela clásica del derecho penal (principios de libre albedrío e imputabilidad moral).

[esta] ley, *defensiva y biológica*, en la que toma realidad la doctrina del estado peligroso»[31].

Se regularon en ella las «categorías de estado peligroso», conductas o hechos reveladoras de una cierta constante de peligrosidad[32], y las medidas de seguridad correlativas[33], tanto pre- como post-delictuales[34]. La apreciación de peligrosidad predelictual y sin delito se basaba en la corroboración de alguno de los estados peligrosos tipificados, referidos a conductas antisociales. La norma no explicitaba la exigencia de una valoración del estado efectivo de peligrosidad más allá de los indicios observados (tipificados directamente como «estados»), aunque ello pareciera obvio,

[31] Jiménez de Asúa (1933, p. 577; énfasis añadido).

[32] Según su art. 2º, podían «ser declarados en estado peligroso y sometidos a las medidas de seguridad»: los vagos habituales; los rufianes y proxenetas; los que no pudieran justificar la posesión o procedencia del dinero o efectos que las autoridades hallaren en su poder; los mendigos profesionales y los que vivieran de la mendicidad ajena o explotaran a menores de edad, enfermos mentales o lisiados; los que explotaran juegos prohibidos; los ebrios y toxicómanos habituales; los que suministraran vino o bebidas espirituosas a menores de catorce años en lugares públicos o instituciones educativas, y quienes promovieran la embriaguez habitual; los que ocultaran su verdadero nombre, disimularan su personalidad o falsearan su domicilio; los extranjeros que quebrantaren una orden de expulsión; y los que revelaran inclinación al delito, por el trato asiduo con delincuentes y maleantes, por frecuentar los lugares donde estos se reunieran habitualmente, por su concurrencia habitual a casas de juegos prohibidos, o por la comisión reiterada y frecuente de contravenciones penales. El art. 3º admitía tales actuaciones, además, a: los reincidentes y reiterantes «en los que sea presumible la habitualidad criminal»; y los responsables de delitos, «cuando el Tribunal sentenciador haga declaración expresa sobre la peligrosidad del Agente». Estos estados actuaban como indicios de peligrosidad, que exigía una valoración expresa del juzgador. Como se aprecia, en la mayor parte de los casos la Ley configuraba casos de peligrosidad predelictual. Solo el art. 3º consideraba peligrosidad *post delictum.*

[33] En el art. 4º se incluían tres tipos de internamiento: en establecimiento de régimen de trabajo o colonias agrícolas (por tiempo indeterminado, con un máximo de tres años); en establecimiento de custodia por tiempo indeterminado (no inferior a un año y no superior a cinco); y aislamiento curativo en casas de templanza, por tiempo absolutamente indeterminado). Se regulaban, además, otras seis medidas no privativas de libertad: expulsión de extranjeros; obligación de declarar el domicilio o de residir en determinado lugar por cierto periodo; prohibición de residir en un lugar o territorio, también por tiempo determinado; sumisión a vigilancia por tiempo de uno a cinco años; multa económica; e incautación de dinero o efectos. Los arts. 6º y 7º regulaban la aplicación de las medidas en función de las categorías de peligrosidad. En el caso de medidas postdelictuales para reiterantes, reincidentes y delincuentes peligrosos, se preveía internamiento en establecimiento de custodia después de cumplir su pena. Se excluía para estos el acceso a la libertad condicional.

[34] El régimen jurisdiccional variaba en uno y otro caso. La competencia para apreciar la peligrosidad predelictual recaía en los Jueces de instrucción, a través del procedimiento diseñado específicamente en la Ley (arts. 10 a 16). Una suerte de jurisdicción especial atribuida, sin embargo, al juez ordinario. Solo a partir de 1958 se crearían Juzgados especiales en algunos territorios: primero para los núcleos urbanos de Madrid y Barcelona (Ley de 24 de abril de 1958, BOE Núm. 99 de 25 de abril) –extendida la competencia de este último al conjunto de provincias catalanas y a Baleares en 1958 (Orden de 28 de mayo de dicho año)–, y generalizados en los años 1960 en diversos lugares (Orden de 21 de diciembre de 1964, BOE núm. 312, de 29 de diciembre y Decreto 1192/1966, de 5 de mayo, BOE Núm. 115, de 14 de mayo). La peligrosidad de tipo postdelictual correspondía al órgano judicial que conociera del proceso por el delito cometido. La norma regulaba también el régimen de revisión de las medidas de seguridad, en función de la evolución del estado de peligrosidad del sujeto (art. 17).

dado el concepto de peligrosidad que inspiraba la Ley. La de tipo postdelictual, en cambio, sí requería de forma expresa al órgano sentenciador una valoración adicional sobre el sujeto «reincidente o reiterante». Se exigía que fuera «presumible la habitualidad criminal», o en general su peligrosidad, considerando: el hecho cometido, los antecedentes penales, los motivos del acto, las circunstancias modificativas y cualificativas del delito, y también «los hechos reguladores de actividad antisocial», aun cuando no fueran delictivos[35]. Es significativa la crítica que Jiménez de Asúa profirió contra esta especificación de factores de valoración, que vendrían a perturbar lo que hubiere debido ser una «auténtica» consideración de peligrosidad en atención a las condiciones del individuo:

> «Todo lo que sea en esta materia biosociológica cerrar caminos con casuismos, es anticientífico. [...] Las leyes sobre estado peligroso deben ser elásticas, porque la realidad psicológica es rebelde a fórmulas jurídicas. [...] En un proceso subjetivo, cual es el de la peligrosidad, [se ha] cargado el acento sobre elementos objetivos, olvidando que el estado peligroso es biológico por excelencia»[36].

La LVM pretendió dotar de un régimen jurídico asimilable al proceso penal a las prácticas sobre la peligrosidad del sujeto, hasta entonces de carácter estrictamente ejecutivo policial[37]. Con ello operó también su normalización, habilitando rutinas procesales pragmáticas[38], lo que resultó de indudable utilidad para el régimen punitivo franquista[39].

---

[35] Art. 9º LVM. El precepto admitía la declaración de peligrosidad aun cuando el sujeto no fuera finalmente penado por circunstancias procesales. Conviene tener en cuenta que, una vez creados los Juzgados Especiales de Vagos y Maleantes, contaron con Médicos forenses específicos, al menos en los casos de Madrid y Barcelona. Así puede constatarse en las diversas publicaciones oficiales de concursos y nombramientos durante la segunda mitad de los años 1950 y la década de 1960.

[36] Jiménez de Asúa (1933, pp. 612-613).

[37] «En España, al amparo de aquel famoso art. 22 de la ley Provincial, las autoridades gubernativas imponían quincenas a los individuos sospechosos sin más que fingir que habían blasfemado o que habían incurrido en faltas a la decencia pública. [...] No se debe cerrar los ojos a la realidad [...]. El mejor modo de acabar con esas ficciones antilegales, es abordar de frente y con valentía el problema del estado peligroso sin delito [...]. Encargando esta tarea a los funcionarios judiciales, quedará mejor garantida la libertad humana, que con el sistema de antes, liberalísimo en las leyes y anticonstitucional y arbitrario en las prácticas policíacas y gubernativas» (Jiménez de Asúa 1933, p. 635). Se refiere al autor a la Ley de 29 de agosto de 1882 (Gaceta de Madrid Núm. 244, de 1 de septiembre), cuyo art. 22 atribuía a los Gobernadores de provincia la facultad de reprimir, entre otras conductas, «los actos contrarios a la moral o a la decencia pública».

[38] Landecho atribuye esta necesidad de eficacia a la situación generada por la amnistía «casi general» otorgada tras la implantación de la II República, que alcanzó tanto a presos políticos como a

La norma presentaba una vocación formalmente correccional, palpable al menos en las medidas de internamiento. Se apartó del «nihilismo terapéutico» propio de los primeros positivistas: predeterminada la conducta por la herencia genética o ambiental, negado el libre albedrío, la reforma carecía obviamente de sentido. «El positivista intenta explicar científicamente el delito pensando en un tipo de acción social que tiene las mismas cualidades (ni más ni menos) que las cosas o los objetos del mundo natural[;] priva a la acción de todo significado, de toda elección moral y de creatividad»[40]. La LVM se situó así en el umbral de la redefinición de la peligrosidad que, con el avance del siglo, corregirá el enfoque sociobiológico.

La doctrina de la defensa social fue ambigua sobre la posibilidad de reforma del sujeto[41]. Había sostenido cierta lógica integradora sobre los excluidos, anuncio del posterior *welfarismo* punitivo en el contexto del fordismo industrial. Prins, todavía con el crudo lenguaje del ambiente eugenista y positivista, aprecia en aquellos un potencial productivo que no podía ser desdeñado:

> «La prosperidad industrial está en relación con la utilización de los residuos [...] ¿Es admisible que la sociedad no pueda hacer por sus desperdicios lo que la industria hace por los suyos? Nosotros también podemos reducir los gastos generales de la

comunes. Según el autor, «creyó el Gobierno que la única solución para aliviar la labor de la policía en su lucha contra la delincuencia común, era la de dotarle de una ley de peligrosidad, que le permitiera actuar más eficazmente contra la ola de delitos comunes siempre creciente» (Landecho 1974, p. 252).

[39] Jiménez de Asúa había defendido el carácter liberal de la norma («[e]sta ley de defensa social biológica, no es un atentado al liberalismo»), tomando distancia con las tendencias del derecho punitivo nacionalsocialista en marcha en Alemania (Jiménez de Asúa 1933, p. 634). Era consciente, no obstante, de la ductilidad política de la peligrosidad. «Cierto que la ley [...] arrastra desde su origen un tinte defensivo del orden público, pero hemos de velar por el predominio de ese lado científico biológico-jurídico, y poner esmero en que no se desacredite la ley como instrumento policial en manos de los Jueces» (*ibidem*, p. 632). Sin embargo, todavía en tiempo de la II República, se introdujo en la Ley la categoría de «peligrosos antisociales» mediante un nuevo estado en el art. 2º, de clara funcionalidad política: podrían ser declarados en tal condición de peligrosos antisociales quienes «en sus actividades y propagandas» incitaran a la ejecución de delitos de terrorismo o de atraco o hicieran apología de ellos (Ley de modificación de la LVM, publicada en la Gaceta de Madrid Núm. 332, de 28 de noviembre de 1935). No en vano, el Gobierno del Frente Popular presidido por Azaña, estallada ya la guerra, ordenó revisar la aplicación de la Ley en los años precedentes, exigiendo revisar todos los expedientes en los que hubiera recaído alguna «sanción» (léase medida) (Decreto publicado en la Gaceta de Madrid Núm. 239, de 26 de agosto de 1936).

[40] Taylor, Walton y Young (1990, pp. 40-41).

[41] Para Prins ello es posible, al menos, con intervenciones tempranas desde la infancia. Además, sería posible atenuar los riesgos que emana el sujeto peligroso mediante la corrección de los efectos de la desigualdad social. «Antes de ocuparnos del pobre por razón de su pobreza, del delincuente por razón de su delito, debemos ocuparnos de la circunstancia primordial que ha provocado o perpetuado la pobreza o el delito». Respecto a la infancia aboga por un «sistema de preservación social» como «remedio para las lagunas del Código civil que ha sido, en esta materia, una legislación de clase» (Prins 1910, pp. 154-155).

> administración social, mejorar los residuos sociales y garantizar que se minimice la pérdida de fuerza. Un organismo inferior puede ser útil siempre que pueda adaptarse a una función inferior»[42].

Los planteamientos eugenésico y positivista se verán erosionados paulatinamente por el avance de los discursos psicológicos y su repertorio de técnicas de examen y nuevos estándares de normalidad. En esta clave el objeto de análisis no es la herencia, el ambiente ni la fisiología del sujeto, sino su *personalidad*. Como advierte Pratt, sobre esta base se construirá la noción de peligrosidad de tono clínico dominante durante las décadas posteriores. Lo relevante son los motivos que subyacen a la conducta del sujeto y su estado psicológico[43].

El «tratamiento» pasó así a primer plano. La intervención terapéutica es función de nuevos criterios de clasificación que giran, ahora, sobre la dicotomía normal/patológico (distinta a normal/anormal)[44]. La mayoría de los infractores se encuentran en el primer caso del binomio. Entre los desviados patológicos habrá que distinguir, aún, entre aquellos aptos para el tratamiento (por ser cercanos a la norma conductual), de quienes no lo son (por hallarse alejados de dicha pauta). El sujeto recalcitrante al tratamiento es una especie de redefinición psicologicista del «incorregible», que merecerá medidas preventivas y detención prolongada[45].

Esta transformación maduró en la racionalidad política *welfarista* y su lógica de socialización de riesgos. Los instrumentos punitivos se entendieron parte de un proyecto de gobierno general fuertemente intervencionista. El aparato público se afirmó responsable de la asistencia a –y sujeción de– los infractores: «el Estado debe ser un

---

[42] Prins (1910, p. 163). Saldaña también defendió la intervención pública sobre lo social desde su idea de una *bio-política* capaz de impulsar los mecanismos del progreso social, que no podía abandonarse a las inercias naturales (Saldaña 1916, pp. 35 y ss.). En su defensa de un derecho penal pragmático había defendido expresamente, incluso, su vínculo necesario con la política social. «El derecho penal ideal para lo futuro debe estimular, más que el nuestro, la obra de una justa Política social; evitando así, cada vez más, la existencia de *necesidades insatisfechas*, que actualmente buscan su *ilícita satisfacción* por vías punibles» (Saldaña 1923, p. 88; énfasis en el original).

[43] Pratt (1997, pp. 76-80).

[44] Señala Garland que la diferenciación entre el sujeto normal y el patológico fue rutina en el marco punitivo correccionalista. El interés penológico se centró en el segundo caso. «Los individuos que habían cometido infracciones, pero eran juzgados 'no-delincuentes', ajenos a cualquier predisposición delictiva, carecían de interés para los fines de la teoría criminológica y la práctica penal» (Garland 2001, p. 42).

[45] Pratt (1997, pp. 82-84).

agente de reforma tanto como de represión, de asistencia como de control, de *welfare* como de castigo»[46]. El objetivo general consistía en una «sociedad de seguridad universal» libre de riesgos[47]. Y en esta lógica, el gobierno de la desviación, incluso de erradicación del delito, exigía una adecuada «ingeniería social»[48]. De ahí el despliegue de vastas redes institucionales que, junto a la privación de libertad, pero más allá de ella, permitiera la reincorporación del sujeto a la vida social y el ciclo productivo.

Una cierta vocación moldeadora del sujeto ya se contenía en la reforma penal ilustrada y la idea de prisión como institución disciplinaria, según describió Foucault[49]. Cohen ha sostenido la existencia de un hilo continuo de poder-saber desde ese proyecto «subjetivador» ilustrado y el ideal de tratamiento que se consolidó en el siglo XX, como progresiva realización de un «Estado terapéutico»[50]. El marco del *welfare* fue ocasión para la alianza entre reformadores y administradores del sistema punitivo, consolidando todo un entramado institucional disciplinario de tratamiento centrado en la etiología de la desviación[51]. El protagonismo de la actuación policial se vio parcialmente desplazado por una creciente «vigilancia burocrática» ejercida a través de la red punitivo-asistencial de establecimientos y recursos especializados. Cobró nueva vigencia la prisión indefinida, ya no como contención, sino como marco del tratamiento rehabilitador. Profesionales del saber clínico y juicios expertos poblarán de este modo el entramado penal-*welfarista*.

---

[46] Garland (2001, p. 39).

[47] O'Malley (1996, p. 204). La apelación al *welfare* como una «*no-risk society*» se debe a Aharoni (1981) que, no obstante, emplea la expresión con tono crítico. La ha utilizado también Lowi (1990, p. 18), para contrastar dicha lógica con el proyecto neoliberal de individualización del riesgo.

[48] Señala Garland que «del mismo modo que el Estado había vencido a sus enemigos exteriores (*warfare*) y el *welfare* estaba atacando los problemas sociales en tiempo de paz, había una promesa de que el Estado ganaría la guerra contra el crimen» (Garland 1996, p. 447).

[49] El objetivo de la reforma penal iniciada en el siglo XVIII es la normalización, la producción de «cuerpos dóciles». Se trataba de «[d]efinir nuevas tácticas [...]. Encontrar nuevas técnica para adecuar los castigos y adaptar los efectos» (Foucault 1975a, p. 351). La prisión, piedra angular del nuevo sistema, busca ante todo el empleo del tiempo y la organización del espacio; ambos son perfectamente planificados y controlados.

[50] Cohen (1988, p. 208).

[51] *Ibidem*, pp. 42-43. Sobre la conformación del ideal rehabilitador en el contexto estadounidense *vid.* Cullen y Gilbert (2013, pp. 29-54). Para una descripción del «complejo penal-*welfare*» *vid.* Garland (1985, pp. 161 y ss.; 2001, pp. 34 y ss.): en este modelo «el ideal rehabilitador no era solo un elemento entre otros. Era el aspecto hegemónico, principio organizativo, marco intelectual y sistema de valores que cohesionaba toda la estructura y aportada sentido a la práctica de sus operadores».

La peligrosidad permitirá así personalizar, o al menos individualizar, la intervención punitiva «terapéutica», de acuerdo con el carácter indeterminado y discrecional de las prácticas correccionales y su sentido selectivo[52]: condensará así sus dilemas y conflictos[53].

Pratt ha destacado la redefinición que sufre el concepto objetivo y subjetivo de peligrosidad. La peligrosidad se diversificará. Al infractor habitual se superpone el del agresor peligroso, sobre todo de tipo violento y sexual, concebido como máxima amenaza «securitaria». La peligrosidad se difumina desde sus previas versiones biologicistas. Y la preocupación por las ofensas graves (patología interna del sujeto) desplaza al delincuente habitual[54]. En cuanto al sujeto, la peligrosidad clínica no lo concibe en términos de «salvajismo», «temibilidad» ni «ingobernabilidad», sino como un caso de inadecuación personal, un «sujeto patético», patológico y necesitado de atención[55].

España procesó, también de manera singular, esta transformación. El régimen franquista redefinió el sentido de la LVM, acentuando sus sesgos políticos, morales y de orden público, manteniendo la retórica correccional[56]. El CP de 1944 solo incorporó

---

[52] Garland (2001, p. 35). La peligrosidad permitió, además, un compromiso entre criterios profesionales y demandas populares de acción frente al delito. El sistema era, en realidad, altamente selectivo. «Los peligrosos, reincidentes o incorregibles pueden ser detenidos por períodos prolongados. Aquellos con un bagaje respetable o integrados laboral y familiarmente, pueden tratarse con más indulgencia. [...] [A los] responsables de crímenes atroces se les podían aplicar castigos proporcionales a su culpabilidad y conformes con las expectativas del público».

[53] Allen los subrayaba en 1959: el ideal rehabilitador habría desplazado otros intereses relevantes del sistema penal, como la disuasión; el argumento terapéutico habría operado para legitimar un sistema punitivo, en realidad, hondamente opresivo; y habría supuesto afecciones jurídicas graves por su amplia discrecionalidad «experta» (Allen 1959). Las críticas incidían en la brecha entre la retórica rehabilitadora y sus modos de realización efectiva. Como advierte Vila Viñas, conviene no confundir el «programa» del «penal-welfare» con sus regímenes de prácticas que, en la práctica, eran muy selectivos (Vila Viñas 2014, p. 257).

[54] Pratt (1997, pp. 45, 70-71, 84, 95-100 y 114).

[55] *Ibidem*, p. 102.

[56] Esta aplicación de la norma no se produjo solo de facto, se aprecia también en sus reformas sucesivas. La Ley de 4 de mayo de 1948 (BOE Núm. 126, de 5 de mayo) adaptó la norma a la coyuntura del orden público en situación de posguerra, añadiendo como estado peligroso al art. 2º los «indicios fundados de sustraer a la lícita circulación divisas, mercaderías u otros artículos intervenidos o de comercio». Posteriormente, la Ley de 15 de julio de 1954 incorporó como sujetos peligrosos a los homosexuales en el apartado 2º del art. 2º, junto a los rufianes y proxenetas (con aplicación, entre otras, de medida de internamiento en establecimiento de trabajo o colona agrícola en «Instituciones especiales y, en todo caso, con absoluta separación de los demás», art. 6º). También, ampliando la categoría de peligrosos antisociales, a quienes «de cualquier manera, perturben con su conducta o pusieren en peligro la paz social o la tranquilidad pública» (art. 2º.11º). Estas modificaciones se consideraron necesarias ante la «producción de hechos que ofenden la sana moral de nuestro país por el agravio que causan al

una innovación relevante con relación a la peligrosidad del sujeto imputable: la prohibición de redención de pena por el trabajo para aquellos delincuentes «en quienes concurriere peligrosidad social, a juicio del Tribunal, expresamente consignado en la sentencia»[57].

La actuación normativa de mayor alcance del franquismo en la materia fue la derogación y sustitución de la LVM por la LPRS en 1970[58]. La norma fue heredera de la sistemática de la Ley anterior, si bien introdujo algunos cambios significativos en los estados peligrosos (que, no obstante, siguieron siendo heterogéneos y continuaron mezclando casos predelictuales y postdelictuales)[59], las medidas de seguridad[60] y los

---

tradicional acervo de buenas costumbres, fielmente mantenido en la sociedad española». Discursivamente se pretendió, no obstante, reafirmar la finalidad correctora de la LVM. «No trata esta Ley de castigar, sino de proteger y reformar».

[57] Art. 100.4º del Decreto de 23 de diciembre de 1944, por el que se aprueba y promulga el «Código penal, texto refundido de 1944», según autorización otorgada por la Ley de 19 de julio de 1944 (BOE Núm. 13, de 13 de enero de 1945). En el año 1938 Falange Española había planteado un anteproyecto de Código Penal con claro protagonismo de la peligrosidad de los sujetos, hasta el punto de generalizar la aplicación de medidas de seguridad a todos los condenados (Casabo Ruiz 1978, p. 5).

[58] Téngase en cuenta, también, su reglamento de ejecución, aprobado mediante Decreto 1144/1971, de 13 de mayo.

[59] El art. 2º consideraba supuestos del estado peligroso: los vagos habituales; los rufianes y proxenetas; los que realicen actos de homosexualidad; los que habitualmente ejerzan la prostitución; los mendigos habituales y quienes vivieren de la mendicidad ajena o explotaren con tal fin a menores, enfermos, lisiados o ancianos; los ebrios habituales y toxicómanos; los que promuevan o realicen tráfico de drogas o sustancias análogas; quienes se comporten con insolencia, brutalidad o cinismo contraviniendo las normas de convivencia, con perjuicio para la comunidad o daño de animales, plantas o cosas (parcialmente modificado por Ley 43/1974, de 28 de noviembre, que sumó a quienes «impidan o perturben el uso pacífico de lugares públicos o privados o la normal utilización de servicios de esa índole»); los que se integren en bandas o pandillas que manifestaren «evidente predisposición delictiva»; quienes porten armas u objetos para presumible uso ilegítimo, sin justificación; aquellos que de forma habitual o lucrativo faciliten la entrada o salida del país de quienes carezcan autorización para ello; los que incurran habitualmente en uso ilegítimo de vehículos ajenos denoten peligrosidad para la circulación (conforme a su modificación en 1974); los menores de veintiún años abandonados por su familia o rebeldes, en situación de perversión moral; y los que «revelen inclinación delictiva» por tratar frecuentemente con delincuentes o peligrosos sociales, frecuentar los lugares donde se reúnan, o por la comisión de faltas penales. Según la Exposición de Motivos de la Ley, se habría buscado deslindar responsabilidad por delito y peligrosidad, evitando las superposiciones entre ambos que la LVM provocaba. De ahí la eliminación de algunos de los estados peligrosos más claramente vinculados a conductas delictivas.

[60] La LPRS preveía dieciséis medidas de seguridad, cinco de ellas internamientos con privación de libertad (arts. 5º y 6º): internamiento en establecimiento de custodia o trabajo; internamiento en establecimiento de reeducación; internamiento en establecimiento de preservación (eliminada por Ley 77/1978, de 26 de diciembre); arresto de fin de semana; y aislamiento curativo en casa de templanza. Otras cuatro afectaban a las libertades de circulación y residencia: obligación de declarar el domicilio o de residir en un lugar determinado; prohibición de residir en un lugar o territorio; prohibición de visitar establecimientos de bebidas alcohólicas y los lugares donde se hayan desarrollado las actividades peligrosas; y expulsión del territorio nacional, tratándose de personas extranjeras. Tres más suponían restricciones a otros derechos: privación del permiso de conducción de vehículos de motor o de obtenerlo;

cauces procesales[61]. Y ello afectó al mismo concepto de peligrosidad previo. La LPRS explicitó un doble requisito general para su declaración: la inclusión en alguno de los supuestos de «estado peligroso» pero, además, la apreciación en el sujeto de «una peligrosidad social» (art. 2º). Es decir, la norma apelaba de forma expresa a la prognosis del juzgador, y reforzaba la peligrosidad como «algo distinto» al acto o conducta concreta ejecutados, que los subyacía[62].

La Ley no llegó a acoger una definición de peligrosidad, pero tal concepto fue deducido por la jurisprudencia de la Sala de Apelación de la jurisdicción de peligrosidad: se «configura la peligrosidad como la potencial idoneidad de las personas para cometer acciones dañosas, o bien, como la abstracta posibilidad de delinquir en el futuro, prevista para una persona por la especial conducta que desarrolla». Lo cual, para los tribunales, implicaba una doble operación:

> «De una parte, es un pronóstico de futro o una previsión anticipada sobre las actividades de un ser humano»; y de otra, representa un juicio de probabilidad partiendo de un autor y de su conducta que no se debe efectuar intuitivamente sino en virtud de un proceso racionalizador apoyado en las pruebas científicas predicadas sobre él, el conocimiento biopsico-patológico y el investigado desarrollo vital»[63].

Terradillos Basoco advirtió de la doble vía de juicio anticipatorio que parecía implicar esta interpretación de la norma. Por un lado, un juicio estricto de probabilidad basado en el conocimiento del autor y su conducta; pero, por otro, un cierto «pronóstico» distinto del anterior, ajeno a toda pretensión «científica» y basado en la pura intuición[64].

---

clausura de establecimiento; y sumisión a vigilancia de la autoridad. Por último, dos tenían contenido patrimonial: multa e incautación de dinero, y de efectos e instrumentos.

[61] Desaparece el doble cauce procesal de la LVM. Ahora, la facultad de declarar el estado peligroso e imponer las medidas de seguridad correspondientes es exclusiva de los Jueces de Instrucción, según el procedimiento específico previsto en la norma (art. 8º). Por ello, si cualquier Tribunal o Juzgado, conociendo de un proceso penal, apreciara conductas que pudieran incurrir en alguno de los estados de peligrosidad, debía remitir la información oportuna al Juzgado de instrucción a quien competiese la tramitación del expediente de peligrosidad (art. 13). Se eliminan también los Juzgados Especiales de Peligrosidad Social. Solo subsiste una especialidad orgánica: en las Audiencias que conocían de los recursos de apelación en aplicación de la Ley debían existir «salas especiales» a tal efecto (art. 9º).

[62] Terradillos Basoco (1981, p. 122).

[63] Fiscalía del Tribunal Supremo (1972, pp. 12-13).

[64] Terradillos Basoco (1981, p. 119).

La comprensión de la peligrosidad que traslucía la Ley era ambivalente, más incluso que la LVM. Por un lado, el legislador quiso reinterpretar la vocación defensista de la norma a la luz del psicologicismo que había dominado el discurso de la peligrosidad en el resto de Europa desde mediados de siglo. Pretendía responder a la «necesidad de defender a la sociedad contra determinadas conductas individuales, que, sin ser en general estrictamente delictivas, entrañan un riesgo para la comunidad». Ello, a través de un sistema de medidas de seguridad «inspiradas en las orientaciones de la rama científica que desde hace años se conoce con el nombre de 'Defensa social'». Al tiempo, los procedimientos regulados en la Ley pretendían la investigación y valoración del sujeto:

> «[...] la adquisición de un conocimiento lo más perfecto posible de la *personalidad biopsicopatológica* del presunto peligroso y su probabilidad de delinquir, asegurando a tal efecto que sus condiciones *antropológicas, psíquicas y patológicas* sean estudiadas por los técnicos y adecuadamente ponderadas»[65].

Más allá del carácter efectivo o meramente retórico de tales enunciados[66], la LPRS se adoptó en un momento de redefinición del concepto de peligrosidad en el contexto comparado, al cuestionarse intensamente la perspectiva clínica centrada en la personalidad del sujeto.

La idea clínica nunca fue unívoca. Para Petrocelli, la peligrosidad no sería una «cualidad», sino un «complejo de condiciones» de diversa índole, cuya confluencia acrecienta la probabilidad de comisión de hechos socialmente dañosos[67]. En esa misma clave, Del Rosal propuso traducir el «estado peligroso» de la LVM como «situación en la que […] por los factores de disposición y de ambiente, en mutua compenetración, el individuo constituya potencialmente un ser con probabilidades de delinquir o, al menos,

---

[65] LPRS, Exposición de Motivos (énfasis añadidos). Más aún, en la lectura de la Ley por los operadores se aprecian todavía los viejos conceptos de la perspectiva sociobiológica. Entendía la Fiscalía del Tribunal Supremo que la Ley «parte, principalmente, del concepto de peligrosidad sin delito, muchas veces centrado en la 'temibilidad' del presunto peligroso» (Fiscalía del Tribunal Supremo 1972, p. 10).

[66] Terradillos Basoco considera que las apelaciones a la rehabilitación de la LPRS son más retóricas que efectivas. Lo sostiene basándose en el estudio de los debates parlamentarios. Corroboran estos que la intención de la norma era «la defensa a ultranza del orden establecido», quedando la rehabilitación «o totalmente postergada y olvidada, o contemplada con una óptica paternalista y autoritaria». Lo cual queda confirmado por la ausencia de establecimientos específicos para la ejecución de las medidas de seguridad con internamiento, cumplidas las más de las veces en centros penitenciarios ordinarios (Terradillos Basoco 1981, pp. 62-63).

[67] Petrocelli (1940, p. 114).

de turbar el orden social». Es decir, estado de peligrosidad no llama a cualidades intrínsecas de la personalidad ni a inclinación hacia el delito, sino a «una tendencia que conduce a la persona hacia el evento, incluso bajo el influjo de circunstancias no especialmente graves»[68].

Esa amalgama de factores no fue extraña a la positivación de la peligrosidad. Como apuntamos antes, al regular la peligrosidad postdelictual, la LVM insistió en las características (objetivas) del hecho delictivo como indicio de la condición del sujeto. La propia LPRS, acogiendo una versión más clínica, abría la valoración a otro tipo de factores. El fundamento del juicio consistía en «la investigación antropológica, psíquica y patológica del sujeto a expediente, mediante dictamen pericial médico». Sin embargo, cuando «estuviese especialmente indicado», debía incorporar «información sobre sus factores familiares y sociales» y «las restantes diligencias de comprobación» que el juzgador estimara necesarias[69]. Ello matizaba la mera comprensión psicológico-clínica de la peligrosidad, asumiendo factores de probabilidad diversos, de índole también objetiva o contextual y alternativos a la introspección en el sujeto que podían matizar una valoración, todavía, esencialmente subjetivo-cualitativa.

La alternativa se manifestó claramente mediante las prácticas cuantitativas del riesgo de base estadística y objetiva. Su campo de pruebas fue la gestión de la prisión indeterminada y la libertad condicional en el contexto penitenciario estadounidense. Un espacio de predicción complejo y especialmente sensible, que demandó tempranos esfuerzos de racionalización[70]. En él maduraron, de forma simultánea, el tratamiento clínico y actuarial en los pronósticos de peligrosidad[71]. Una temprana tecnificación

---

[68] En esa tendencia habrían de considerarse factores subjetivos, pero también externos que obren sobre el sujeto: condiciones físicas ambientales, de vida familiar, de vida social. Elementos que son propiamente factores que incrementan la probabilidad de desviación, pero no «síntomas» en el sentido del positivismo (Del Rosal 1961, pp. 395-400).

[69] Art. 16, párrafo segundo, LPRS.

[70] «'Los solicitantes de libertad condicional son a menudo son débiles mentales, medio locos. Las condiciones de su hogar son de las más pobres y su preparación para cualquier trabajo en la vida es muy escaso. Por estas razones es mucho más difícil lidiar con ellos y hacer lo justo, para ellos y para la sociedad. Esta gran diferencia en el tipo de personas a tratar en la gestión de la libertad condicional requiere que la supervisión sea más cuidadosa y minuciosa'» (Kempton 1914, p. 130, transcribiendo el criterio de la *Massachusetts Board of Parole*).

[71] La irrupción del método clínico en este terreno era patente a comienzos de los años 1920. «En otros sentidos la penología está cambiando. Se está haciendo más científica. Indaga más allá de los síntomas para hallar las causas. Se centra en el delincuente individual en vez de hacerlo en su delito. Se han establecido métodos clínicos, de manera creciente, mostrando que un gran número de personas juzgadas y condenadas por delito son deficientes mentales o padecen psicosis» (Butler 1922, p. 550).

congruente con la actitud abiertamente práctica y empírica del sistema punitivo estadounidense, en contraste con el europeo continental[72].

Burgess, en la segunda mitad de la década de 1920, indagó métodos de cálculo actuarial para la evaluación de riesgos en la concesión de la libertad condicional[73]. Partió de una clasificación de los distintos tipos de sujetos liberados condicionales[74], aplicando sobre ellos métodos de investigación cualitativa[75] pero, sobre todo, cuantitativa[76]. Trató de identificar los factores con posible incidencia en el éxito o fracaso de la medida: el tipo y número de delitos, el origen nacional o racial del sujeto, las condiciones familiares (relación con los padres y estado civil), el tipo de delincuente según su relación con el delito y su condición social[77], lugar de residencia (tipo de barrio), tiempo de condena impuesta y cumplida, antecedentes delictivos y de violación de libertad condicional, historial laboral, antecedentes de sanciones penitenciarias, edad, nivel de inteligencia, personalidad psiquiátrica[78], y prognosis psiquiátrica sobre el éxito de la libertad condicional[79].

Aun reconociendo problemas de exactitud en los datos manejados, afirmó la perfectibilidad de un método de prognosis objetiva. Pretendía superar los sesgos (clínicos o de otro tipo) de las decisiones cualitativas[80].

---

[72] Middendorff (1970, p. 160).

[73] Burgess (1928).

[74] Primeros infractores, infractores ocasionales, infractores habituales e infractores profesionales (*ibidem*, p. 205).

[75] La primera parte del estudio recoge información biográfica y testimonios de casos particulares correspondientes a las distintas categorías señaladas. El trabajo pareciera encaminarse hacia un análisis clínico que, sin embargo, deriva en estudio estrictamente estadístico cuantitativo.

[76] Ofreció un estudio estadístico sobre la aplicación de la libertad condicional a una muestra de tres mil sujetos en el Estado de Illinois, considerando especialmente sus tasas de éxito y fracaso (violación de las condiciones de la medida).

[77] Las variables consideras en este segundo sentido son: vagabundo, pícaro, mal ciudadano, borracho, gánster, inmigrante reciente, campesino y drogadicto (Burgess 1928, p. 225).

[78] Según la clasificación: egocéntrico, inadecuación social e inestabilidad emocional (*ibidem*, p. 232).

[79] El autor excluye la consideración de la religión profesada como posible factor de riesgo, dado que las opciones religiosas de los convictos no variaban significativamente de las del resto de la población, considerando los grupos económicos y sociales correspondientes; así como la poca regularidad de la práctica religiosa por parte de los internos en prisión (*ibidem*, p. 233).

[80] «[N]o cabe duda de la viabilidad de determinar los factores que gobiernan el éxito o el fracaso del hombre en libertad condicional. El comportamiento humano parece estar sujeto a cierto grado de previsibilidad. ¿Son tales hechos registrados la base que permite el acceso a la libertad condicional? ¿O depende las impresiones favorables o desfavorables que el sujeto cause en la Junta de Libertad

En realidad, el estudio de Burgess se apoyó en toda una línea de análisis previa. Por un lado, obviamente, tal tipo de estudio era inviable sin el esfuerzo de sistematización de datos que las Administraciones penitenciarias estadounidenses venían realizando sobre la libertad condicional, al menos, desde la década de 1910[81]. Por otro, se comenzó a explotar las estadísticas con pretensiones predictivas, identificando factores relevantes para el pronóstico[82] e, incluso, ensayando modelos de predicción[83]. Esfuerzos que se observan en las décadas siguientes, como en el estudio de S. Glueck y E.T. Glueck, en la década de 1950[84].

Condicional en el momento de la audiencia? ¿O, quizá, influyen en la decisión aspectos políticos o de otro tipo?» (*ibidem*, p. 234).

[81] Muestra de ello es, por ejemplo, la documentación ofrecida por Abbott (1912) y Brown (1915). Cita este último la recomendación del Comité de Estadística del Congreso Nacional Penitenciario de «asegurar los registros de historial y progreso de los presos liberados, en la medida de lo posible, y esforzarse por descubrir las razones del fracaso de los casos no exitosos» (pp. 71-72). Para comprobar la exhaustividad que la recopilación estadística penal y penitenciaria había alcanzado, al menos en algunos Estados, a finales de la década de 1920, *vid.* el estudio de la «Illinois Crime Survey» de 1929 (VV.AA. 1931), con participación del propio Burgess.

[82] Por ejemplo, Gault (1915), Warner (1923), Hart (1923) –discrepando sobre el tratamiento estadístico ofrecido por Warner–, Witmer (1927) y, posteriormente, Jenkins, Hart y Sperling (1942).

[83] Entre ellos, el «Criminal-Liability Index for Predicting Possibility of Rehabilitation» (CLI) formulado por Argow en 1935, sobre 31 factores cuantitativos que aspiraban a medir la probabilidad de reinserción de los sujetos Argow (1935). Dichos factores eran: la edad, lugar del delito, lugar de residencia, edad en el primer arresto, números de veces arrestado, tiempo total en prisión, historial delictivo familiar, nivel educativo, edad de abandono de la escuela, absentismo escolar, informes escolares, familia desestructurada, ejercicio laboral por la madre, haberse criado en institución tutelar, padres abocados a la caridad, piso en propiedad por los padres, convivencia con otras personas en el hogar, estado civil, beneficiario de caridad, condición de propietario del hogar, convivencia con la esposa, ocupación, contribución de los padres a los ingresos, empleos anteriores, desempleo anterior al arresto, estado emocional, alcoholismo, drogadicción, registros institucionales y registros laborales (p. 573). Aunque algunos de estos factores parezcan presentar un carácter netamente cualitativo, son cuantificados en el modelo. Pueden citarse, también, los ensayos predictivos de: Borden (1928); Vold (1931), que ofrece una revisión de varios métodos de pronóstico sobre la libertad condicional; Tibbits (1931), para el caso de los menores infractores; Jenkins, Hart, Sperling y Axelrad (1942), proponiendo la cuantificación de factores de tipo psiquiátrico; Weeks (1943), de nuevo sobre predicción de la delincuencia juvenil; Hakeem (1948), validando el método de Burgess; Glaser (1954), buena muestra del estado de la predicción sobre la libertad condicional, ya en la década de los años cincuenta; Kirby (1954), proponiendo un modelo estadístico más complejo, de correlación múltiple; y Carney (1967).

[84] Glueck y Glueck (1950). Concretaron tablas de predicción sobre delincuencia juvenil a partir del estudio de menores internados en instituciones disciplinarias, sobre 12 factores de riesgo clasificados en tres categorías (relaciones familiares, rasgos del carácter y rasgos de personalidad). El estudio se basó en diez años de investigación sobre una muestra de 500 menores infractores masculinos cumpliendo medidas de internamiento en dos instituciones de Massachusetts, y sobre otros 500 menores sin contacto con el sistema penal, de características socioeconómicas y culturales parejas. Identificaron los siguientes factores, supuestos indicadores de probabilidad infractora. Cuatro dentro de la categoría «relaciones familiares»: disciplina paterna, supervisión materna, afecto recibido del padre y de la madre, y cohesión de la familia; cinco relativos a rasgos del carácter: afirmación social, carácter desafiante, inclinación a la sospecha, destructividad e impulsividad; y otros tres referidos a rasgos de la personalidad: inclinación aventurera, obstinación e inestabilidad emocional.

Se trata de modelos de inferencia frecuentista, basados en muestras de datos limitadas, cuya aplicación efectiva fue puntual. No obstante, su incidencia, al menos académica, no puede obviarse. En 1954, Meehl ofreció la primera comparación sistemática de los métodos «clínico» y «estadístico o actuarial» en la predicción del comportamiento[85].

Los métodos de pronóstico cuantitativo, a la postre tildados de actuariales, dibujan una línea un tanto inadvertida, soterrada, pero consistente e ininterrumpida a lo largo del siglo XX[86]. Encontrarán condiciones propicias de desarrollo en la crisis del enfoque clínico-rehabilitador paralelo al declive del proyecto *welfarista*, como veremos enseguida.

Cuatro líneas de racionalidad han articulado el concepto de peligrosidad: sociobiológica, sociojurídica, clínica y actuarial, sin obviar versiones mixtas o puramente especulativas, ni los desfases entre discursos y prácticas efectivas, como en la peligrosidad «pseudoclínica» de la LPRS. Hemos querido mostrar que dichos hilos de racionalidad no son solo etapas sucesivas sino, precisamente, ejes de sentido. Relaciones entre saber y poder que se superponen y se hibridan, sin llegar a suprimirse. En muchos casos, los mismos factores e indicios son considerados bajo distintos métodos, con sentidos recompuestos. De hecho, los métodos estadísticos actuariales se han interpretado, críticamente, como una reedición de los anhelos objetivadores del positivismo criminológico, por nuevas vías[87].

---

[85] Meehl (2013). Partió de las siguientes caracterizaciones básicas. El «tipo de predicción actuarial o estadística» supone «ordenar hechos relativos a su historia de vida, sus puntuaciones en tests psicotécnicos, calificaciones de conducta o listas de verificación, o juicios subjetivos obtenidos en entrevistas. La combinación de todos esos datos nos permite *clasificar* al sujeto; y una vez hecha tal clasificación, cumplimentar una tabla estadística o actuarial que revele las frecuencias estadísticas de comportamientos de varios tipos para personas que pertenecen a la misma clase. La combinación mecánica de la información con fines de clasificación, y la figura de probabilidad resultante, que es una frecuencia obtenida empíricamente, son las características que definen» la predicción actuarial. En cambio, el «denominado laxamente método de predicción clínico o de estudio de caso» implica partir «de las impresiones de la entrevista, otros datos del historial y posiblemente, también, información psicométrica similar a la del método anterior» para formular «algunas hipótesis psicológicas atendiendo a la estructura y las dinámicas de ese individuo concreto. Sobre la base de esa hipótesis y ciertas expectativas razonables sobre el curso de los acontecimientos externos, llegamos a una predicción de lo que va a suceder» (p. 3).

[86] Rothschild-Elyassi, Koehler y Simon (2019, p. 197).

[87] Bottoms (1977, pp. 82-83) aprecia en los discursos sobre la peligrosidad que emergen en la década de 1970 la concepción «naturalista» del delito característica del positivismo. Mary (2001, p. 42) identifica ingredientes propios del eugenismo (2001, p. 42). Observan una reformulación de la inclinación positivista, también, Harcourt (2007a, p. 173) y Brandariz García (2016, p. 98).

b) Riesgo actuarial y giro preventivo

Entre la década de 1960 y principio de los años 1970, pueden identificarse en Estados Unidos diversos hitos que, en conjunto, revelan la pujanza de las técnicas actuariales como método de gestión securitaria. Se aprecia la aplicación de instrumentos de probabilidad cuantitativa para pronósticos en el contexto penitenciario[88], pero también fuera de él[89], y un mayor impacto de esta perspectiva en el ámbito académico[90].

Son indicios de un «modelo administrativo» de gestión punitiva, de inspiración actuarial, pragmática y gerencial, más que jurídica[91]. Aprehender ese modelo en ciernes exige atender tres aspectos conexos. Uno de tipo epistémico: la crisis de los métodos de la peligrosidad clínica. Otro de carácter jurídico: la denuncia de desestabilización que las prácticas de la peligrosidad clínica habrían provocado en los cimientos legales del sistema punitivo. En fin, otro político: la *desinvención* del proyecto de seguridad *welfarista* y el ascenso de las lógicas neoliberales de gestión pública y ordenación social, en especial la relegación del ideal rehabilitador.

La cuestión gnoseológica denota la condición polémica de la peligrosidad, siempre sospechosa en su tecnicidad. La maduración del concepto durante el siglo XX no despejó su naturaleza «misteriosa y profundamente paradójica» de la que habló

[88] A principios de la década de 1970 se implanta a nivel federal el denominado *Salient Factor Score* (SFS), recurso actuarial para el pronóstico en las decisiones sobre la libertad condicional. El instrumento fue adoptado por la «Federal Parole Commission». Se formalizaron así las experiencias puntuales desarrolladas en algunos Estados en relación a la libertad condicional. El SFS se basó inicialmente en siete factores de riesgo cuantitativos: condenas previas, cargos previos, dependencia a opiáceos, edad en la primera imputación de cargos, empleo, auto-comprobaciones (dependiente de diversas variables), y circunstancias de las situaciones previas de libertad condicional (revocaciones, nuevos cargos durante su disfrute, violaciones de sus condiciones). El mecanismo fue revisado en 1981 variando algunos de los factores y reduciéndolos a seis. *Vid.* Hoffman (1983), Hoffman y Beck (1985).

[89] Antes, ya en la década de 1960, se había adoptado un mecanismo de valoración cuantitativa del riesgo de fuga para decidir sobre la exigencia de fianza, como medida cautelar en los procesos penales. El sistema, desarrollado inicialmente por las «Petrial Service Agencies» en diez distritos, se elevó a nivel federal en 1974. Lo ha descrito Feeley (2006, pp. 223 y ss.), retomando el análisis que había desarrollado a principios de los años 1980 (Feeley 1983). Relee su estudio como antecedente del diagnóstico crítico de la justicia actuarial, que definiría después junto con Jonathan Simon (Feeley y Simon 1992 y 1994).

[90] En concreto, el estudio publicado por Wolfang, Figlio y Sellin en 1972, sobre patrones estadísticos en una cohorte de jóvenes infractores, identificando diversos factores de probabilidad. Su impacto académico fue notable, a diferencia de los estudios actuariales en décadas anteriores –Wolfgang, M.E., Figlio, R.M. y Sellin, T. (1972), *Delinquency in a birth cohort*, Chicago: University of Chicago Press; citado por Kehl, Guo y Kessler (2017, p. 4) y por Rothschild-Elyassi, Koehler y Simon (2019, p. 197)–.

[91] Feeley (2006, pp. 223 y ss.).

Castel: «[s]olo puede haber imputaciones de peligrosidad, formulando la hipótesis de una relación más o menos probable entre ciertos síntomas presentes y cierto acto por venir»[92].

Las críticas hacia la peligrosidad clínica explotarán esa brecha. Subrayaron, sobre todo, el subjetivismo inherente a la gestión de casos. La evaluación clínica adolecía de una estructura reconocible, de una especificación de las dimensiones a valorar en el pronóstico, más allá de la discreción profesional empleada en cada caso. De ahí su doble déficit, de fiabilidad y exactitud: las predicciones de riesgo basadas en estándares clínicos y su interpretación judicial no serían más precisas que el puro azar[93]. El juicio clínico maximiza el problema del sesgo humano en la prognosis, con el resultado de tasas inasumibles de falsos positivos[94]. Estas críticas se consolidaron durante los años 1970, desde discursos profesionales[95] y académicos[96].

Los problemas de fiabilidad y exactitud fueron reformulados jurídicamente como afecciones al derecho a un proceso debido contenido en la Quinta Enmienda de la Constitución USA[97]. Las sentencias indeterminadas habían sido cuestionadas en Estados Unidos desde su implantación en las primeras décadas del siglo[98]. La conciencia sobre la escasa fiabilidad de los pronósticos clínicos, de los que dependía en muchos casos la liberación de reos con diagnóstico de peligrosidad, alumbró nuevas dudas sobre su validez jurídica. Condujo, de hecho, a anulaciones judiciales de

[92] Castel (1991, p. 283).

[93] Simon (2005, pp. 401 y 404).

[94] Kehl, Guo y Kessler (2017, p. 4).

[95] En 1974, la *American Psychiatric Association* reconocía la debilidad epistemológica de las prácticas clínicas en la valoración del pronóstico de comportamiento violento. «El profesional clínico no debe entender la prevención de violencia futura como parte de sus capacidades. [...] [L]a 'peligrosidad' no es un diagnóstico ni psiquiátrico ni médico, sino que implica un juicio y una definición jurídicas, así como cuestiones de política social. La experiencia psiquiátrica en la predicción de la 'peligrosidad' no está corroborada y los profesionales médicos deben evitar emitir juicios 'concluyentes' al respecto» (American Psychiatric Association Task Force 1974, p. 33). Bottoms (1977, p. 76 y ss.) documentó estas críticas en el contexto británico a mediados de la década.

[96] Las críticas vertidas durante la década fueron sintetizadas por Monahan en su influyente monografía de 1981. En ella explora cuatro tipos de error «comunes» en la predicción clínica: la falta de especificidad en la definición de los criterios, la falta de atención a las tasas base (es decir, las probabilidades previas, subyacentes e incondicionadas por hechos anteriores), el basarse en correlaciones ilusorias, y la insuficiente incorporación de información del entorno o el contexto (Monahan 1981, pp. 31 y ss.). El estudio propone el uso de métodos de predicción actuarial como vía para «mejorar» las prácticas clínicas (*ibidem*, pp. 63 y ss.).

[97] Simon (2005, p. 399).

[98] Así lo documenta Pratt (1997, pp. 72 y ss.).

internamientos por razón de peligrosidad, escenario que permitió retroalimentar el argumento: la observación de la conducta posterior de los (supuestos) sujetos peligrosos, entonces liberados, ratificó la escasa tasa de acierto de la prognosis inicial[99].

La crítica al juicio clínico se acompañó, inmediatamente, de la afirmación de vías alternativas para evaluar la peligrosidad. Se pretendió reducir la discrecionalidad del concepto, acotar su contenido. La impugnación del modelo clínico reclamaba especificidad, exactitud y eficacia predictiva, aspiraciones que encontraron mejor acomodo en el método estadístico y la probabilidad cuantificada[100]. El riesgo actuarial estructura la valoración de peligrosidad, la desagrega en factores, objetiva la decisión, le suma fiabilidad. La hace más «auditable». Se trata de formalizar la decisión para contener los sesgos del valorador en el caso concreto. Este esfuerzo por factorizar «operativiza» la peligrosidad y vacía el concepto de sentido clínico. Convertida en producto de factores cuantificados, de tipo subjetivo y objetivo, ya no hay peligrosidad sino, propiamente, riesgo[101].

---

[99] Sucedió a raíz de la conocida Sentencia del Tribunal Supremo Federal *Baxtrom vs. Herold* [383 U.S. 107 (1966)]. El Tribunal ordenó la liberación o el traslado a hospitales psiquiátricos ordinarios de 967 personas condenadas penalmente, recluidas en establecimientos psiquiátricos tras el cumplimiento de sus condenas por haber sido diagnosticados sujetos enfermos mentales peligrosos para la comunidad. El Tribunal anula la decisión de reclusión por vulneración de las garantías propias del proceso debido: «[u]na persona con antecedentes penales tiene derecho a una audiencia sobre la cuestión de su condición de enferma mental peligrosa, siempre que no esté en prisión en el momento en que se inicie el proceso de internamiento civil. Bajo este criterio se esfuma toda pretensión de racionalidad en la clasificación [operada por el Estado], basada supuestamente en la propensión delictiva». Un seguimiento realizado durante los cuatro años posteriores reveló que solo veinticuatro de los liberados fueron condenados a nuevos internamientos en centros de alta seguridad para delincuentes con enfermedad mental: la tasa de falsos positivos habría superado el 97%. El caso ha sido reseñado por Simon (2005, p. 401) y, en la doctrina española, por Martínez Garay (2014, p. 19), Esbec Rodríguez (2003, p. 54) y Montero Gómez (2007, p. 242). Es el ejemplo más relevante, pero no el único «experimento natural» sobre la peligrosidad producido por decisiones judiciales a finales de la década de 1960.

[100] Pratt (1997, p. 161).

[101] El denominado *Floud Report*, elaborado a partir de 1976 a iniciativa de la entidad no gubernamental británica *Howard League for Penal Reform*, es considerado paradigma de este proceso de redefinición. El estudio, desarrollado por Jean Floud y Warren Young, pretendió clarificar y precisar en términos normativos el concepto de peligrosidad, profusamente utilizado en la jurisprudencia británica. Trató de legitimar el concepto de riesgo en su carácter técnico objetivo: «[e]l riesgo es una cuestión de hecho; el peligro es una cuestión de opinión. Los juicios de peligro no son objetivos, es decir, no están plenamente conmensurados con el riesgo; sin embargo, para los propósitos de la política pública *deben ser racionales*, en el sentido de estar basados en principios. La racionalidad requiere que riesgos equiparables sean evaluados de forma consistente [...]» (Floud y Young 1981, p. 4; énfasis añadido). Bottoms y Brownsword ofrecieron una crítica coetánea a dicho estudio, centrada en cuatro argumentos: problemas de legitimidad en cuanto al criterio de «redistribución justa del riesgo» que defiende el informe, fundado en una lógica de tipo epidemiológico que justificaría medidas preventivas profilácticas; déficits jurídicos, al proponer una «presunción de inocuidad» (formulada como «presunción a entender que el sujeto carece de intenciones dañosas») en términos inconsistentes, incapaz de contrarrestar los efectos de la lógica preventiva de tono epidemiológico; carencias metodológicas en su tratamiento de los

La defensa de los métodos actuariales en el terreno punitivo se ha basado, durante las últimas cuatro décadas en el contexto anglosajón, en tales argumentos de eficacia predictiva y objetividad. También ha sido así, mucho más recientemente, entre nosotros[102].

El nuevo vigor del riesgo actuarial se enmarca en el «renacimiento de la peligrosidad»[103] y la lógica preventiva, patentes desde la década de 1970. Nuevo interés por el sujeto peligroso que significa, de nuevo, su redefinición. A diferencia de la introspección clínica, los nuevos postulados no juzgan lo que el sujeto *es*[104]. Su objetivo es más pragmático: establecer umbrales de probabilidad sobre determinados eventos conductuales, basados en sus características concretas.

El viraje en la racionalidad es típicamente formal. El interés no se centra en el sujeto, sino en los medios técnicos de pronóstico sobre su conducta. Lo actuarial denota un gobierno punitivo centrado en lo virtual, en el hiato entre realidad y posibilidad, en la cuantificación de la incertidumbre[105]. La preocupación por el futuro desplaza la centralidad del sujeto.

Tal desplazamiento sintoniza con el declive del ideal rehabilitador[106]. Topamos aquí con el tercer aspecto de la reordenación a que responde el auge del modelo administrativo de gestión punitiva, de tipo político. Desde principios de los años 1970, al proyecto correccional *welfarista* se le achacan déficits de realismo[107], carácter opresor a través de una burocracia omnipresente e intrusiva, y falta de eficacia al atender insuficientemente algunas manifestaciones del riesgo delictivo –el *welfare*

---

falsos positivos y falsos negativos en los pronósticos de peligrosidad; y una inclinación populista que otorga relevancia excesiva a la percepción social de la inseguridad (la interpretación social de los riesgos como peligros subjetivos) (Bottoms y Brownsword 1982).

[102] Es el caso, por ejemplo, de Andrés-Pueyo, que considera la peligrosidad «un concepto obsoleto y de poca utilidad pronóstica». Concepto que «debería sustituirse por la valoración del riesgo», con «mayor eficacia predictiva, más objetividad y utilidad profesional» (Andrés-Pueyo 2013, p. 484). También Marco Francia, que aboga por implantar técnicas actuariales en el sistema judicial español, concretamente, para el pronóstico sobre el delincuente sexual. A su juicio, permitiría eliminar el «sesgo humano», dar mayor claridad y mejorar la valoración del riesgo (Marco Francia 2016, p. 294).

[103] La expresión es de Bottoms (1977).

[104] Simon (2005, p. 414).

[105] O'Malley (2010a, p. 83).

[106] Este rótulo fue propuesto por Allen (1981), retomando su temprana crítica sobre la lógica correccional (Allen 1959), que para entonces se había «hecho efectiva». Esta cuestión ha sido abordada en detalle por Garland (2001, pp. 107 y ss.; 2003b, pp. 53 y ss.)

[107] Sobre este registro de la crítica *vid.* Robinson (2001 p. 1449).

habría provocado, a la postre, proliferación de inseguridades– [108]. Las críticas se sintetizaron en la interjección «*nothing works!*» («nada funciona»), lugar común en los discursos sobre la política punitiva en los años 1970 y 1980[109].

La aplicación punitiva del riesgo actuarial no fue *consecuencia* de la crisis del programa punitivo *welfarista* –hemos visto que las propuestas de objetivación cuantitativa del riesgo atravesaron, soterradamente, ese mismo proyecto–, pero resultó funcional a su crítica. Liberada la peligrosidad de ataduras psicologicistas[110], el riesgo postuló una versión más pragmática, congrua con la vocación formalizadora y *eficiencista* que tiñó el gobierno de la desviación.

El riesgo actuarial se propone, ahora, como instrumento selectivo para modular la respuesta ante la peligrosidad, no ya correccional, sino puramente inmunitaria, inocuizadora. Igual que la peligrosidad clínica, el riesgo actuarial permite discriminar entre sujetos según una estimación de expectativas de conducta. Pero no se trata ya de un ejercicio de discrecionalidad profesional en el seno de una intervención correctora, introspectiva y moldeadora. Al menos en sus versiones más drásticas, el riesgo se postula como filtro funcional al significado postdisciplinario, neutralizador o preventivo-especial negativo, que se proyecta en las prácticas punitivas[111].

Se trata, obviamente, de una línea de racionalidad que no se manifiesta en la práctica con esa nitidez. «Contamina» progresivamente las prácticas securitarias, horadando instituciones que permanecen formalmente disciplinarias. Dando lugar, también, a hibridaciones y reacomodos. Así sucede en las propuestas neodisciplinarias del enfoque riesgo-necesidad (*risk/need*) o riesgo-necesidad-responsabilidad (*risk/need/responsivity*), donde el riesgo actuarial pretende identificar «necesidades

[108] Pratt (1997, pp. 131-133).

[109] La popularización de la expresión se debe al *paper* de Martinson (1974). *Vid.* al respecto Cohen (1988, pp. 56-66) y Garland (2001, pp. 61 y ss.).

[110] Pratt considera que el desarrollo de los métodos actuariales estuvo hasta entonces bloqueado por la influencia freudiana sobre el sistema punitivo. Desde esa perspectiva, la vocación objetivista del riesgo actuarial se rechazó al entenderla continuación de la tradición eugenésica (Pratt 1997, p. 173).

[111] Simon (2005, p. 399). Observa O'Malley un cambio de prioridad. Antes, la taxonomía del infractor –incluidos los usos más o menos puntuales de métodos actuariales– se subordinaban a los propósitos disciplinarios. Ahora las instituciones disciplinarias se subordinan a los propósitos del actuarialismo (O'Malley 1998, p. xii). Este mismo cambio en el uso del riesgo ha sido descrito por Harcourt: la novedad no es el uso de la estadística y el análisis de riesgos, sino el modo en que son empleados (2007a, p. 88).

criminógenas» para definir el tratamiento del sujeto, aunando elementos cuantitativos y cualitativos, actuariales y clínicos[112].

La inocuización es, en todo caso, un eje de racionalidad pujante ya a inicios de la década de 1980. Floud levantó acta del nuevo realismo del sistema punitivo: se trata de redistribuir una carga de riesgo que no puede reducirse, al menos de forma inmediata[113]. La «incapacitación selectiva» será el rótulo programático en el que se hacen inteligibles las nuevas funcionalidades taxonómicas del riesgo. Una «estrategia que pretende utilizar evidencias actuariales objetivas para mejorar la capacidad del sistema al identificar y confinar aquellos infractores que suponen mayores riesgos para la comunidad»[114]. Pretende, al menos en su planteamiento discursivo, una simultánea reducción de las tasas de agresión y de la población reclusa. La vía para alcanzar tales objetivos no es ya correccional-disciplinaria, sino abiertamente gerencial[115].

El foco de los instrumentos de selección es doble: las agresiones violentas, con especial énfasis en las de tipo sexual[116]; y, de nuevo, la probabilidad de reincidencia delictiva[117].

---

[112] Hannah-Moffat (1999, pp. 80-88 y 2005); Andrews, Bonta y Wormith (2006); Bonta y Andrews (2007). En el capítulo 4 incluimos este enfoque como caso del «riesgo clínico», junto al juicio clínico estructurado (*vid.*, *supra*, §4.2.3).

[113] Floud (1982, p. 218).

[114] Greenwood y Abrahamse (1982, p. vii). La cita corresponde al estudio elaborado por los autores desde el *think thank* estadounidense RAND Corporation, para el Departamento de Justicia. Se basó en una investigación iniciada a mediados de la década de 1970. Dicho estudio fue determinante para el desarrollo de la incapacitación selectiva. La RAND Corporation insistió en la propuesta durante la década de 1980, como prueban los informes de Rolph y Chaiken (1987) y de Greenwood y Turner (1987).

[115] Una síntesis de las discusiones (tanto «morales» como jurídicas) que provocó inmediatamente la propuesta de la incapacitación selectiva puede encontrarse en el análisis coetáneo de Blackmore y Welsh (1983). Para un análisis posterior, incluyendo la genealogía del planteamiento, *vid.* Mathiesen (1998).

[116] Pratt (1997, pp. 128 y ss.), que explica esta preocupación como efecto colateral de la liberalización de las conductas sexuales; Hanson y Thornton (2000); Slobogin (2006, p. 276), Robles Planas (2007, pp. 5-7).

[117] A mediados de los años 1980, La RAND Corporation ofreció a la Oficina de Estadísticas Judiciales de EE.UU. un estudio donde evaluó las escalas actuariales para el pronóstico de la reincidencia utilizadas desde la década anterior –entre ellos, el ya mencionado Salient Factor Score implantado a escala federal para decidir sobre la concesión de libertad condicional–. Incluyó la descripción de un modelo predictivo diseñado por el propio *think thank*, basado en 17 factores de riesgo cuantitativos. El estudio fue obra de Klein y Caggiano (1986). En los años 1990 la preocupación por la reincidencia se materializará en la orientación normativa identificada bajo el slogan *three strikes and you're out*. El símil beisbolístico fue enunciado por Clinton en el discurso sobre el estado de la nación (*State of the Union Address*) de 1994: «quienes cometen delitos deben ser castigados, y a quienes reiteran en la comisión de delitos violentos se les debería advertir de que, si cometen un tercer delito violento, serán condenados y apartados de forma definitiva [...]. Tres *strikes* y estás fuera». La propuesta implica la elevación drástica

Las reformas penales que expusimos en el capítulo sexto, acaecidas desde los años 2000 y sobre todo a partir de 2010, acogiendo la peligrosidad del imputable, expresan la recepción de estas tendencias en España. Una acogida tardía y adaptada a las propias condiciones dogmáticas y político-criminales[118]. Con todo, varios de sus ingredientes son perceptibles. Se han incorporado medidas de seguridad para sujetos imputables, sucesivas a la pena, discrecionales o imperativas, según tipos delictivos y condiciones del agresor; se ha insistido, así mismo, en el pronóstico de reincidencia en varios puntos del sistema de penas y medidas. Se han abierto, en definitiva, espacios de peligrosidad con vocación de neutralización preventiva, aunque no se hayan estructurado, por el momento, a través de mecanismos de valoración cuantitativa del riesgo.

La tendencia inocuizadora es uno de los registros fundamentales del «giro preventivo» que evidencian las políticas securitarias públicas. Se ha hablado de la emergencia de una «cultura preventiva» [119], «Estado de la prevención» [120] o una «sociedad pre-delictual»[121]. De este diagnóstico nos interesa destacar dos aspectos.

Por un lado, tal inclinación expresa una idea de seguridad replegada sobre la neutralización eficiente de los riesgos. Como advirtieron Lianos y Douglas, en esta clave lo relevante no es tanto el delito como el riesgo en sí, su capacidad de objetivación y contención a través, cada vez más, de mediaciones tecnológicas[122].

---

de las penas para casos de multirreincidencia. La anécdota discursiva fue documentada y criticada, inmediatamente, por Whitley (1994). Sobre la línea legislativa del *three strikes* véanse, entre otros muchos, los trabajos de Tyler (1997) –en clave de sociología jurídica– y Jones y Newburn (2006) –desde una perspectiva jurídico-criminológica–.

[118] Armaza Armaza (2011, p. 105) aprecia, no obstante, interés en la doctrina española por la peligrosidad de los imputables ya en la segunda mitad de los años 1980. La tendencia inocuizadora hacia la delincuencia grave, sobre todo de carácter violento, fue apreciada a principios de los años 2000 por Silva Sánchez, Felip i Saborit , Robles Planas y Pastor Muñoz (2003, pp. 121-127). Denunciaban los autores el devenir del derecho penal, bajo esta lógica, en instrumento cuasi-policial, con incorporación de medidas aseguradoras frente al peligroso.

[119] Pieterman (2001).

[120] Albrecth (1997); Ashworth y Zedner (2011, pp. 256-257) –que ofrecen una interesante genealogía de las funciones preventivas del Estado, en el que inscribir sus transformaciones más recientes–.

[121] Zedner (2007).

[122] Lianos y Douglas (2000).

Por otro, la prevención es un concepto expansivo que desborda el ámbito penal[123]. Procede desde el exterior y lo atraviesa[124], vinculando las disposiciones penales a entramados regulativos –a «complejos legales»– de signo administrativo. Aunque los debates sobre la peligrosidad y el riesgo maduraron en el espacio penal, los discursos que propugnan el giro hacia el riesgo actuarial lo trascienden. Desde esta constatación ha enunciado Young su tesis de una «criminología administrativa» equivalente a la de tipo actuarial[125].

Los recursos penales son, en realidad, parte de un proyecto mucho más amplio de administración de la peligrosidad. No en el sentido en que el *welfare* desplegó una red institucional-burocrática correccionalista. Se trata de la proliferación de instancias de valoración y gestión del riesgo, «de filtrado», en espacios *parapenales* (por ejemplo, de gestión policial con fines procesal-cautelares) o completamente ajenos (mecanismos de gestión preventiva estrictamente administrativos). Expresan *modulación* más que *disciplina*[126].

Robert propuso el concepto de «nueva prevención» para significar tal fenómeno expansivo de los instrumentos de gestión de riesgos, fuera del reducto penal. Se refirió al «conjunto de estrategias orientadas a reducir la frecuencia de ciertas conductas, sean o no consideradas punibles por la norma penal, a través de una panoplia de instrumentos distintos a los penales»[127]. Esa ajenidad dota a la prevención de un sentido

---

[123] Peeters (2015, p. 167).

[124] Selmini (2004).

[125] Young (2003, pp. 78-79): este enfoque no se interesa por el delito *per se*, sino por su posibilidad; lo que preocupa es la conducta antisocial, en general, sea delictiva o no; importa «cualquier cosa que pueda desbaratar el suave funcionamiento del sistema». Adopta, por lo tanto, la pretensión regulativa característica de la intervención administrativa.

[126] Así lo expuso Deleuze en su descripción de las «sociedades de control». Un contexto en el que las estrategias de seguridad habrían desbordado las instituciones de encierro disciplinarias para colonizar, de forma difusa y penetrante, las relaciones sociales en el espacio abierto. Si las instituciones disciplinarias son «moldes» o modelados, los controles son «modulaciones» (Deleuze 2014, pp. 279 y ss.). El análisis de la «Nueva Penología» y la «justicia actuarial» han identificado, precisamente un *continuum* de controles orientados a la prevención de riesgos (Slingeneyer 2007, §61-63).

[127] Por ejemplo, el control «situacional» es parte de estas estrategias de contención. Se trata de la reducción de las circunstancias ambientales que favorecen comportamientos desviados». La estrategia atiende a los factores que definen «un *hábitat* de interacción desviada que ya no es considerado como un contexto social a reconstruir sobre la base de modelos de integración, sino tan sólo como un contexto físico-espacial capaz de limitar los comportamientos desviados» (De Giorgi 2005, p. 71). Las estrategias preventivas se mezclan con consideraciones urbanísticas y arquitectónicas, como expuso Davis (2003) para el caso de Los Ángeles. Resultan de gran interés las tempranas reflexiones de Shearing y Stenning

virado. No es ya la prevención «pasiva e indirecta» propia del castigo penal –que, a nuestro juicio, es más bien «disuasión»–; se trata de una prevención directa y proactiva[128]. En esta clave, el castigo penal acaba por subordinarse al nuevo sentido preventivo[129], legitimándose en función de su eficacia para coadyuvarle.

Su sentido fáctico, material, «directo», explica que sea una prevención de manifiesta vocación tecnológica. Da cuenta, así mismo, del rol creciente del sector privado en la gestión punitiva, la emergencia de un «negocio de la prevención» en torno a la gestión del riesgo[130].

La crítica a la peligrosidad clínica, la impugnación del modelo punitivo *welfarista*, y las correlativas líneas de racionalización –riesgo cuantitativo, inocuización, giro preventivo– son parte del reacomodo neoliberal de las estrategias de gobierno. Excedería a las pretensiones de este trabajo analizar las características de esa gubernamentalidad neoliberal[131], sus amplias implicaciones sobre la idea de seguridad en general[132], y las políticas punitivas en particular[133]. Tampoco aspiramos a dar cuenta

---

(1985). *Vid.* así mismo Weisburd (2004) y, para un análisis sistemático y actualizado de la cuestión, Eck y Clarke (2019).

[128] Robert (1991, pp. 13 y ss.).

[129] Peeters (2015, p. 173).

[130] Kemshall (2009, pp. 131 y ss.). Zedner (2007, p. 262) apunta que la tendencia a la prevención pre-delictual no solo implica un desplazamiento temporal, sino también sectorial: la protección ante potenciales lesiones ya no es monopolio del Estado, sino responsabilidad del propio individuo y de los recursos privados de seguridad con los que pueda pertrecharse.

[131] Los argumentos económicos y políticos neoliberales atraviesan todo el siglo XX, en una polémica duradera con el *keynesianismo*. Hemos abordado dichos argumentos y sus repercusiones políticas en San Martín Segura (2014). Para análisis del significado del neoliberalismo –o liberalismo avanzado–, desde el punto de vista de las racionalidades de gobierno, *vid.*, entre otros muchos, Foucault (2004b), Rose (1993 y 1996a), Miller y Rose (1990 y 2008), Castro Gómez (2010), Vila Viñas (2014), De Marinis Cúneo (1999) . Esta literatura ha insistido en que, más que un Estado mínimo, el neoliberalismo ha buscado un Estado «económicamente racional»: «un Estado bajo la vigilancia del mercado más que un mercado bajo la vigilancia del Estado» (Foucault 2004b, p. 120). En lo que nos interesa desde la perspectiva punitiva, el neoliberalismo no significa «menos Estado» sino, más bien, un «repliegue aparente del poder», una «economización de su ejercicio» (De Marinis Cúneo 1999, pp. 77-78).

[132] La renuncia progresiva al correccionalismo rehabilitador forma parte de la desarticulación neoliberal del proyecto de una *no-risk society*, de «lo social» como espacio de intervención, y la generación de marcos de competencia como máxima de la acción pública. Las consecuencias para el concepto de seguridad han sido ampliamente analizadas, considerando la individualización que anima y resulta de este proyecto: el sujeto se ve responsabilizado en la elaboración de sus propias condiciones de seguridad material, como un decisor racional calculador de riesgos (Reith 2004, p. 395). O'Malley se ha referido a este fenómeno de gobierno como «nuevo prudencialismo» (O'Malley 1996 y 2000). Advirtió Simon que la «nueva riqueza –la nueva manera de lograr seguridad– no es tanto la ganancia patrimonial y el capital privado, como el acceso a las más diversas formas de aseguramiento privado y a diferentes capitales sociales» (Simon 1987, p. 77). La seguridad, dice De Giorgi, ha devenido mercancía: una relación entre quienes «producen riesgo» y los que «lo consumen» (De Giorgi 2005, p. 72). Desde su

de los vínculos entre el giro preventivo y las transformaciones en la percepción social de la inseguridad, en una sociedad donde el riesgo es discursivamente ubicuo[134].

Sin negar la pertinencia de tales análisis, a nuestro juicio, el auge del riesgo actuarial no puede deducirse, como relación causa-efecto, de las consecuencias socioeconómicas del neoliberalismo. Tampoco como estrategia nítida del proyecto neoliberal de gobierno. El declive del modelo punitivo *welfarista* y las necesidades de la gubernamentalidad neoliberal han sido condiciones de posibilidad para la eclosión de tendencias que cuentan con rastros genealógicos de mayor alcance. Su manifestación, además, no ha sido unívoca ni rotunda. La crisis del marco correccionalista no ha dado

---

propio marco teórico, Beck llegó a conclusiones similares. Habló de la individualización como «compulsión» a fabricar, autodiseñar y autoescenificar la propia biografía (Beck 1997, p. 29).

[133] En esta perspectiva, el Estado tendería a replegarse sobre los espacios de desviación resultantes de una ordenación social crecientemente competitiva y centrífuga. Este diagnóstico está presente en el análisis de la desestructuración del modelo correccional de Cohen (1988, pp. 159 y ss.) y en la formulación inicial de la «Nueva Penología» de Feeley y Simon, como uno de los factores explicativos del nuevo modelo punitivo (Feeley y Simon 1992, pp. 467-470). De Giorgi (2000, 2005 y 2006) ha trazado un vínculo estricto entre el intento de gobernar la «excedencia» poblacional en un sistema productivo postfordista y el auge del actuarialismo punitivo. Castel (2001) ha abordado las transformaciones en la seguridad como axioma político en el declive del Estado del bienestar. El análisis más influyente en este registro es posiblemente el ofrecido por Wacquant (2001a y 2003), como ascenso de un Estado penal paralelo al desmembramiento del Estado del bienestar. Se trataría de una nueva forma de gestión de las insuficiencias integradoras del contrato liberal, no ya tejiendo una red social de seguridad frente a la exclusión (*safety net*), sino a través del ejercicio directo del control social sobre esos «espacios periféricos», mediante entramados de vigilancia y sujeción (*dragnet*). Brandariz García (2007) aportó una explicación de las derivas del sistema penal en España como política criminal excluyente, en el declive del Estado social. Mary (2001) y Slingeneyer (2007, §33-57) han apuntado la revitalización de la noción de *underclass* en el cruce entre ese declive de las políticas integradoras y el repliegue securitario del Estado. Entre nosotros han seguido esta línea de análisis Jiménez Franco (2016) y, en una reciente descripción panorámica de los vínculos entre neoliberalismo y políticas punitivas, González Sánchez (2021). En una perspectiva postfoucaultiana, Simon (2007) ha identificado la dependencia de la racionalidad de gobierno neoliberal respecto a la gestión del delito y la inseguridad. En la doctrina española, también en clave postfoucaultiana, véase el análisis general sobre la racionalización neoliberal del control penal que ofrece Vila Viñas (2014, pp. 259-271).

[134] Es amplísima la bibliografía que ha vinculado las condiciones económicas, sociales y psicológicas bajo el neoliberalismo, la modernidad tardía, la postmodernidad o la sociedad del riesgo, con la percepción subjetiva de inseguridad y su instrumentalización política. Cabe citar, sin ningún ánimo de exhaustividad, los trabajos de Beck (1998) y Beck y Beck-Gernsheim (2003), Young (2003, pp. 32 y ss., 111 y ss., 208 y ss.), Pratt (1997, pp. 136 y ss.), May (2012, pp. 312 y ss.), Palidda (2000, pp. 34-40), Prina (2003, pp. 26 y ss.), Pieterman (2001, pp. 155 y ss.), Chignola (2006, pp. 9 y ss.), Kemshall (2009, pp. 19 y ss.). A nuestro parecer, los análisis más lúcidos al respecto se han generado desde la teoría cultural del riesgo: *vid.*, entre otros, Douglas (1994, pp. 25 y ss.), Duclos (1994, pp. 314 y ss.), Sparks (2001) y Lianos y Douglas (2000) –que propusieron la idea de *dangerization* como «proceso de amplificación de la conciencia de una sociedad peligrosa, que realiza la de un mundo material peligroso»–. Hemos abordado estas facetas en San Martín Segura (2006).

lugar a un modelo punitivo coherente sino, más bien, a estrategias securitarias «volátiles y contradictorias»[135].

Nuestro objetivo es más circunscrito. Atendemos a las prácticas actuariales como un esfuerzo de racionalización del sistema punitivo, subrayando sus fricciones con otros modos de racionalidad, y su repercusión sobre la comprensión del sujeto jurídico. Para este fin resulta de interés atender al diagnóstico que ha ofrecido el marco crítico de la «justicia actuarial». Bajo este rótulo se ha puesto de manifiesto, precisamente, un deslizamiento parcial en la racionalidad de las prácticas punitivas basado en la nueva centralidad del riesgo. Permite comprender este protagonismo como un intento racional-formal (técnico y tecnológico) de economizar la acción de gobierno bajo imperativos de pragmatismo y eficiencia.

7.1.2 Elementos de la justicia actuarial

a) Aspectos teóricos

La justicia actuarial, sinónimo de «Nueva Penología», es un marco de análisis crítico que ha pretendido dar cuenta de las transformaciones en los discursos y prácticas punitivas en torno al concepto de riesgo[136]. Ha sido un diagnóstico seminal, aunque polémico. Nuestro interés en este análisis es concreto: aborda el impacto de la

[135] O'Malley (1999b). Ese carácter heterogéneo había sido intuido por Castel en 1981. Analizando las transformaciones en la gestión de los riesgos aparejados a la enfermedad mental, no se atrevía a aventurar si se estaba asistiendo a la implantación de un nuevo dispositivo de conjunto, de coherencia semejable a la del modelo disciplinario en decadencia (Castel 1983, p. 210). Garland ha insistido en el carácter complejo de las actuales estrategias punitivas (Garland 2001, pp. 167 y ss.), especialmente a través de su distinción entre una «criminología de lo cotidiano» –donde el orden social se comprende como un problema de integración sistémica, bajo lógicas esencialmente amorales y tecnológicas– y una «criminología del otro» –mucho más expresiva y menos gerencial, enfocada en la dramatización del «otro peligroso»–. Ambos registros conviven en el imaginario punitivo y sus manifestaciones prácticas (*ibidem*, pp. 183-186). En la estela de Garland, Campesi (2009) identifica en las políticas punitivas un registro simbólico (populista) y otro de tipo tecnocrático (administrativo), fruto de la convivencia de racionalidades neoconservadoras y neoliberales –*vid.*, así mismo, De Marinis Cúneo (1999, p. 97)–. Pratt (1997, pp. 161 y ss.) observó también una doble tendencia en la penalidad neoliberal, fundadas en la peligrosidad y en la retribución, respectivamente. En sentido similar, desde el marco de análisis de la «Nueva Penología» se ha advertido la pervivencia de elementos de la «vieja», ajena a las lógicas gerenciales (Simon y Feeley 2003, pp. 101 y ss.; Simon 1998, pp. 452-453).

[136] Hemos planteado someramente los términos de esta crítica *supra*, en §4.2.4. La propuesta procede de los análisis de Feeley y Simon en la primera mitad de los años 1990, en los que trataron de sintetizar las tendencias en las políticas punitivas observadas en Estados Unidos durante las dos décadas anteriores (Feeley y Simon 1992 y 1994). El rótulo inicial «Nueva Penología» es completado después con el de «justicia actuarial», en realidad expresiones equivalentes (Feeley, Simon, Zysman y Sicardi 2019, p. 132).

racionalidad formal del riesgo en el sistema punitivo; indaga en su tecnicidad y subraya su vocación tecnológica; lo interpreta como arista de la reordenación gerencial de la administración punitiva; y teoriza su repercusión en la comprensión del sujeto peligroso.

Racionalidad formal, tecnicidad, gerencialismo y recomposición del sujeto, son los cuatro atributos que rescatamos del relato de la justicia actuarial. Queremos evitar, así mismo, los excesos de rupturismo y maximalismo que se han achacado al diagnóstico[137]. Considerado en sus aspectos gnoseológicos, el *actuarialismo* no es novedad, sino momento de un trazo genealógico longevo. Lo novedoso se observa en el sentido funcional que se le atribuye. Tampoco es racionalidad monolítica, siquiera dominante, del entramado punitivo. Es ingrediente de un panorama de racionalidades conflictivas. La justicia actuarial no es modelo teórico cerrado. Delimita un campo de prácticas[138] y enfatiza tendencias observadas en la década anterior[139].

La Nueva Penología quiso rotular la «transformación opaca» y «desestructuradora» en el tratamiento de la desviación que Cohen había narrado algunos años antes[140]. Pretendió explicitar un giro hacia el riesgo que el propio «sistema» había acogido progresivamente de facto, sin apenas problematizar[141].

---

[137] Los propios Feeley y Simon hacen compendio de las críticas vertidas contra su análisis en Simon y Feeley (2003, pp. 76-77), Feeley (2006, pp. 217-218). También las sintetiza Cheliotis (2006, pp. 316 y ss.) y Rothschild-Elyassi, Koehler junto con el propio Simon (2018, p. 195). Se ha cuestionado la novedad de los rasgos que identifica la justicia actuarial (entre otros, Garland 2005, p. 223); Rigakos y Hadden 2001a) y su carácter marginal en un sistema punitivo, todavía, esencialmente retributivo (Lynch 1998; Miller 2001). El análisis resultaría, en definitiva, demasiado «macro», poco atento a la complejidad de las prácticas punitivas (Cheliotis 2006, p. 330).

[138] La propuesta fue enunciada en esos términos por Feeley y Simon (1992, pp. 449-452; 1994, p. 174; 2003, p. 101; Simon y Feeley 2003, pp. 76-80; Simon 1998, pp. 452-453), subrayando su carácter abierto, apto para acoger manifestaciones heterogéneas. Este carácter hace que, como ya advertimos, la expresión «justicia actuarial» oponga dificultades de definición (Kemshall 2009, pp. 21-24; Brandariz García 2016, pp. 93-95). El problema es similar al de las disciplinas en Foucault. Más que proponer una definición estática, la idea es aprehensible desde las prácticas diversas que alberga. Se trata, por lo tanto, de una noción variable bajo ciertas líneas de continuidad. Han señalado la necesidad de interpretar en tales términos «fluidos» el impacto del riesgo actuarial, entre otros, O'Malley (2009b, p. 1; 2010a, pp. 42-45), Hannah-Moffat (2005, p. 30), Maurutto y Hannah-Moffat (2006, pp. 438-439) y Kemshall (2009, pp. 21-24).

[139] Cabe destacar los estudios críticos previos sobre la racionalidad actuarial de Feeley (1983), Wilkins (1985), Cohen (1988), Reichman (1986) –todos ellos observando el espacio punitivo–, y Simon (1987 y 1988) –sobre la lógica actuarial en sentido general y sus implicaciones jurídico-políticas–.

[140] Cohen (1988, pp. 33-35).

[141] Esta falta de autorrepresentación pública de las nuevas inercias punitivas ha sido señalada por Robinson (2001, pp. 1432 y ss.).

Aprecia una racionalidad común subyacente a manifestaciones diversas, como las prácticas de incapacitación selectiva, el modo de aplicar la sustitución de la pena de prisión y la libertad condicional[142], la prisión preventiva, las medidas de seguridad postpenitenciarias para agresores de «alto riesgo», la prevención situacional, los cambios en el tratamiento penitenciario, la redefinición de la actividad policial en torno a la comunicación y gestión del riesgo –en especial, las prácticas de *profiling*– y, en general, la atención a la percepción social del riesgo y los procesos de victimización[143].

Feeley y Simon advierten en el auge del riesgo actuarial un influjo racional-formal[144]. Lo hacen, sin embargo, para identificar una deriva «sistémica» del entramado securitario[145]: los gestores lo comprenderían como *sistema* punitivo en sentido estricto, con subsecuente énfasis en su operar interno (necesidades homeostáticas) más que en objetivos «exteriores» (que son, en realidad, los tradicionales del aparato punitivo). El análisis asemeja la crítica de *funcionalización* del derecho penal formulada por los autores frankfurtianos desde inquietudes distintas. Le son imputables, en principio, las mismas objeciones que opusimos *supra* a la hipótesis de un súbito «devenir sistémico» del aparato penal[146]. No obstante, el argumento de Feeley y Simon admite matización. Identifican una racionalidad *emic*, una visión de los operadores sobre lo que deba ser la administración punitiva. No es enunciado que se sostenga desde una posición epistemológica ajena, sino crítica inmanente, reveladora de la subjetividad gerencial de los operadores. No afirman que las prácticas punitivas se hayan funcionalizado *en efecto* como sistema autorreferente. Observan su autocomprensión en términos sistémicos, lo que arroja prácticas, discursivas y corpóreas, que reflejan imperfectamente ese esfuerzo racionalizador.

Para nosotros, la racionalidad formal de la lógica actuarial apunta a su tecnicidad, a la afinación de los medios más que a la discusión sobre los fines. La peligrosidad clínica cuenta con su panoplia de técnicas cualitativas que orbitan las nociones de examen y diagnóstico. El riesgo actuarial es formal en sentido redoblado. La eficacia

---

[142] Feeley (2004, pp. 61-67).

[143] O'Malley (2009b, pp. 15-19); Kemshall (2009, p. 21); Harcourt (2007a).

[144] Feeley y Simon (1992, p. 454).

[145] *Ibidem*, p. 466; Feeley y Simon (1994, p. 187); Simon (1998, pp. 453-456); Simon y Feeley (2003, pp. 76 y ss. y 93); Feeley (2004, p. 63).

[146] *Vid.*, *supra*, §2.1.2.b).

(en realidad eficiencia) de los medios predictivos es prioridad ante *cualquier fin* que pueda asumirse; no en vano, el riesgo punitivo actuarial se pergeñó en un entorno disciplinario-correccional. Ha eclosionado cuando el desarrollo de los medios técnicos (a la postre tecnológicos) se ha liberado de ataduras teleológicas. La inocuización es, en realidad, un fin hueco de sustantividad, es mera remisión a los medios más pragmáticos para la evitación de conductas. Ha concluido Pratt que poder actuarial es sinónimo, simplemente, de poder de predicción[147].

Como expusimos, la especificidad de las técnicas actuariales reside en su base estadística y en su esfuerzo por individualizar, en términos de probabilidad cuantitativa, análisis de nivel agregado[148]. Sostuvimos que el riesgo actuarial, en sus usos punitivos, despliega una lógica epidemiológica, inmunitaria, más que aseguradora. No se trata de distribuir primas y garantizar un capital, sino de individualizar la probabilidad de un evento según su distribución poblacional, y adoptar medidas protectoras.

La operativa del riesgo actuarial es mucho más estructurada que las valoraciones cualitativas. Las estimaciones actuariales utilizan procedimientos definidos de antemano sobre una información también predefinida; en sus primeras versiones, un número reducido de variables, lo que apoyó su sentido operativo. La fiabilidad que postulan estas técnicas es silogística y formal, según un razonamiento analógico-inferencial: dada una muestra de población en la que una proporción elevada de sujetos revelan conductas infractoras, la similitud de un nuevo sujeto con aquellos por razón de concretos factores, permite deducir la probabilidad de que dicho sujeto transgreda la norma[149].

El método sustituye el doble ejercicio de diagnóstico de peligrosidad y prognosis delictual que sostiene la valoración de la peligrosidad clínica. Aquí el proceso pivota

---

[147] Pratt (1995, p. 25).

[148] En el capítulo cuarto aportamos una definición genérica de la técnica actuarial como: procedimiento consistente en un conjunto de cálculos sobre un número finito de variables identificadas en una determinada cohorte y que correlacionan estadísticamente, es decir, indican la probabilidad de que un hipotético acontezca. Simon aporta un sentido aún más sintético: el método actuarial supone el uso de la estadística para representar la distribución de variables en una población (Simon 1988, pp. 771 y ss.). En sentido similar, Imrey y Dawid (2015) hablan de «método que utiliza la estadística y el cálculo de probabilidades en el estudio de cuestiones referidas a la previsión social». En su aplicación punitiva, Harcourt define lo actuarial como el uso de «métodos estadísticos, en vez de clínicos, para predecir la conducta y administrar la solución» (Harcourt 2007a, p.1).

[149] Hart y Cooke (2013, p. 82).

sobre el concepto de «factor de riesgo». Es el estilete que surca la masa poblacional y sus cohortes, permitiendo las imputaciones de probabilidad:

> «Un factor de riesgo es una caracterización mensurable de cada sujeto en una población específica que predice el resultado de interés y que puede usarse para dividir a la población en dos [o más] grupos (de alto riesgo y de bajo riesgo) [...]. Demostrar que una característica es un factor de riesgo requiere una medición sobre los sujetos: ha de corroborarse una asociación estadística significativa entre el factor y el resultado»[150].

Estos factores pueden ser variables, si son susceptibles de cambio espontáneo en el sujeto o a consecuencia de cierta intervención. O pueden ser fijos, si no están abiertos al cambio[151]. Su incidencia sobre la distribución de probabilidad puede ser más o menos intensa, y su conexión estadística con el resultado puede ser susceptible de una explicación causal (los cambios en el factor explican el «por qué» de la variación del resultado) o expresar una mera correlación (solo puede afirmarse la variación simultánea de ambos).

Hasta fechas recientes, los fundamentos de tales predicciones han sido los de tipo frecuentista aplicados ya en la época de Burgess[152]. Se han empleado «tablas de experiencia» y «tablas de expectativas», tabulaciones de los datos acumulados sobre un tipo de evento, para sujetos con características similares, y las consiguientes proyecciones probabilísticas[153]. Solo las aplicaciones del riesgo algorítmico han desplazado esta operativa, alumbrando técnicas mucho más complejas para la detección de correlaciones.

El factor científico-técnico y tecnológico fue condición de posibilidad del impulso actuarial durante la década de 1970. Los nuevos usos del riesgo punitivo se apoyaron en el incremento de la información disponible y en la rápida evolución de la ciencia actuarial desde los años 1960, gracias a las nuevas posibilidades de procesamiento[154]. Las propias aplicaciones punitivas actuariales se acompañaron de una

---

[150] Kraemer *et al.* (1997, p. 338).

[151] *Ibidem*, p. 340.

[152] Kemshall (2009, p. 51).

[153] Wilkins (1985, p. 39).

[154] Heilman (1988, p. 2).

«nueva parafernalia tecnológica»[155], explotaron las nuevas tecnologías de computación estadística[156]. Harcourt aprecia el impacto de estos desarrollos técnicos en la concepción de la justicia punitiva: el progreso en las técnicas de predicción de la conducta desviada contribuyó a alterar el sentido del castigo justo, de su finalidad y proporción. «La incapacitación como modelo de sanción se expandió, en parte, por lo que comenzamos a conocer técnicamente» –correlaciones entre variables, identificación de factores de riesgo, poder de predicción aumentado–. Es decir, la transformación provino en buena parte del exterior del sistema jurídico, de saberes empíricos positivos[157].

No es posible comprender la gestión securitaria o punitiva como una «dimensión no tecnológica de la sociedad del riesgo», como se ha sostenido en ocasiones[158]. El «control» es siempre una solución administrativa al problema técnico del gobierno de las conductas[159]. El riesgo punitivo actuarial expresa, además, una creciente articulación técnico-objetual de dicha respuesta.

Visto desde la teoría de Stiegler, las aplicaciones actuariales serían *hechos* técnicos, reveladores de una *tendencia* técnica que los subyace[160]: el auge del saber probabilístico, la ciencia de datos, la computación aplicada sobre la conducta[161]. No se trata de afirmar la técnica como infraestructura que *determine* las formas político-jurídicas (punitivas). Stiegler defiende un «determinismo técnico blando» próximo al planteamiento de Simondon. Para este, el pensamiento social y político se proyecta sobre la realidad coincidiendo *parcialmente* con aspectos relevantes de las técnicas. Una nueva configuración técnica desestabiliza los apoyos gnoseológicos de los

[155] Reichman (1986, pp. 155 y 161).

[156] Pratt (1997, pp. 174-175).

[157] Harcourt (2007a, pp. 32 y 173).

[158] Así lo propuso Díez Ripollés, para criticar los «trasvases teóricos» entre las facetas tecnológico-ambientales y delictuales-securitarias que se han aglutinado bajo el laxo titular de la sociedad del riesgo (Díez Ripollés 2005).

[159] Reichman (1986, p. 152). Para un análisis de la dependencia de la racionalidad neoliberal de gobierno respecto a los saberes expertos y la *tekné*, *vid.* Rose (1993) y Barry, Osborne y Rose (1996).

[160] Stiegler (2002, pp. 71-92).

[161] Simon confirma esa tendencia, más allá de las concretas aplicaciones del riesgo actuarial: a finales de la década de 1990, se excluía ya todo debate serio sobre si la reincidencia puede ser predicha entre las poblaciones delictivas (Simon 2005, p. 398). Harcourt aprecia que pensar lo punitivo desde la predicción actuarial se ha convertido en una suerte de «segunda naturaleza», al menos en el contexto estadounidense (Harcourt 2007a, p. 2).

postulados sociales, políticos y jurídicos. *Posibilita*, por lo tanto, su reacomodo[162]. La justicia actuarial, cabe concluir, manifiesta un reajuste de tipo *tecnocrático*[163].

Las consecuencias para la estimación de peligrosidad son relevantes. Si el juicio clínico es esencialmente controvertido, el sostén tecnológico del riesgo reviste la decisión de un halo de objetividad irrefutable[164]. A diferencia de lo que sucede con el método cualitativo, los problemas de eficacia no debilitan el fundamento técnico. Son argumento para el perfeccionamiento del sistema[165]. La noción de justicia se amarra al principio de perfectibilidad tecnológica.

La aplicación de las técnicas actuariales se produce, además, con sentido gerencial. Entendemos por gerencialismo la prioridad por economizar las prácticas de gobierno, antes que cualquier otra finalidad de la acción –cualquiera otra finalidad queda subordinada al objetivo de economización de los medios–.

Este gesto organizativo puede comprenderse desde la distinción weberiana entre *técnica* y *economía* (o acción racional técnica y gestión económica racional)[166]. Como sabemos, toda técnica supone economización de medios en una acción: su racionalidad significa la selección consciente de los medios (no de los fines) más aptos con arreglo a plan y reflexión, y según el principio de mínimo esfuerzo –«óptimo en los resultados *en comparación* con los medios aplicables»–. Simondon apreció este criterio al interior del objeto técnico como inercia de *concretización*, afinamiento funcional para optimizar el rendimiento con disminución de sus elementos[167]. La economía de la técnica es

---

[162] «Un cambio en las técnicas entraña una nueva modificación de lo que se podría denominar la constelación política del universo». Implica la alteración de los «puntos-clave» en los se apoya la inserción del pensamiento social y político en el mundo, que coinciden en parte con los puntos-clave técnicos (Simondon 2013a, p. 240).

[163] La nueva dependencia tecnológica del sentido de la justicia punitiva expresa tránsito desde la burocracia hacia la tecnocracia. Como aclara Nieto, siguiendo a García Pelayo, la primera es un modelo de gobierno que vincula personas (o cosas en función de personas); la segunda, relaciona objetos (o personas consideradas como objetos) (Nieto 2002, pp. 742-743). Simondon entiende la tecnocracia como la gestión considerada al nivel de los «conjuntos técnicos», no de los objetos técnicos individuales. Contempla, por lo tanto, el empleo general de la técnica para fines estratégicos de gobierno –para el «dominio»– (Simondon 2013a, pp. 144-150).

[164] Simon (2005, p. 414).

[165] Castro Liñares (2019, pp. 94-98).

[166] Weber (2014, pp. 190-193).

[167] Simondon (2013a, pp. 41 y ss.). La similitud con la idea weberiana es evidente: dado un fin y disponibles ciertos medios, la técnica se pregunta «por la manera de emplear esos medios con la mayor economía de fuerzas posible, supuestas las *mismas* condiciones de perfección, seguridad y duración de ese resultado» (Weber 2014, p. 191).

autorreferente, considera los medios disponibles sin atender a otras condiciones que no sean las posibilidades de la técnica en cuestión.

La racionalidad de la gestión económica, dice Weber, es distinta. Los problemas técnicos se observan externamente, teniendo en cuenta sus «costos». Busca «determinar lo que 'cuesta', comparativamente, la aplicación de los distintos *medios* para el logro de *un* determinado fin», pero implica también considerar «la aplicabilidad de los medios [...] para distintos *fines*»[168]. La técnica de la gestión económica se superpone a la economía de las técnicas. Reintroduce el problema de los fines, si bien bajo un prisma concreto: el cálculo de sus costes en atención a los medios aplicables. Modula el uso de las técnicas imponiendo restricciones de resultado y orienta la economización de esfuerzos –alienta la concretización–[169]. El gerencialismo impone tal visión económica a cualquier decisión de gobierno y toda organización administrativa, privada o pública.

El riesgo reformula las prácticas securitarias en términos gerenciales. Asumiendo la imposibilidad estadística de plena seguridad, impone elegir sobre clases de amenazas prevenibles y niveles de riesgo tolerables. Riesgo es siempre ponderación[170].

Su impacto público, advirtió Rose, es efecto paradójico del complejo *welfarista*. Bajo dicho modelo se habilitó con éxito la participación de los «expertos» en la consecución de fines sociales; en el entramado penal, supuso el protagonismo de saberes conductuales. En la declinación de dicho modelo, el gerencialismo busca apoyo en otro tipo de saberes expertos, de tipo más formal que sustantivo: «los poderes antes atribuidos a saberes positivos sobre la conducta son transformados en regímenes de cálculo de contabilidad y gestión financiera»[171]. Observaba Castel a principios de los años 1990 cómo los «especialistas» habían pasado a ocupar un rol subordinado respecto a los administradores, bajo una política gerencial convertida en «fuerza autónoma»[172]. Es reordenación de los espacios de acción tecnificada por penetración de criterios de gestión económica, excluidos normalmente de verificación democrática. Bajo este

[168] *Ibidem* (énfasis en el original).

[169] Weber lo resume así: «[l]a 'economía' se orienta primariamente hacia los *fines* a realizar; la 'técnica' por el problema de los *medios* aplicables (dado un fin)» (*ibidem*, p. 192).

[170] Esteve Pardo (2012, p. 227).

[171] Rose (1996a, pp. 40 y 54).

[172] Castel (1991, p. 281).

criterio, el saber estadístico expresa un anhelo de «realismo contable»[173]. Implica la expansión de los criterios de gobierno empresarial a cualquier gestión y conducta[174].

La crítica de la justicia actuarial ha insistido en el componente gerencial de las nuevas prácticas del riesgo punitivo. Su proliferación se vincula a las teorías organizativas de la «Nueva Gestión Pública» *–New Public Management–*[175] y del análisis económico del derecho (*Law and Economics*)[176]. Esta influencia supone un repliegue del sistema punitivo sobre sí mismo, la internalización de sus fines en términos de eficacia de neutralización de conductas[177]. Es fenómeno paralelo a la expansión de las prácticas punitivas hacia la prevención[178]. Se depuran de otras finalidades «externas» poco realistas y demasiado costosas. Evidencia, dijo Bottoms, un «gerencialismo sistémico»[179].

El uso que la justicia actuarial hace del riesgo punitivo expresa esta inclinación en tres aspectos.

Primero, asume la desviación como un fenómeno normal, inherente a la vida social, no erradicable[180]. Busca, en consecuencia, gestionarla en sus niveles, distribución y efectos. La gestión reemplaza al cambio como objetivo punitivo[181]. La

[173] Rieder (2018, p. 105).

[174] Burchell (1993, pp. 271-273); Legrand (2007, p. 298).

[175] Para una perspectiva general sobre la Nueva Gestión Pública véanse los trabajos compilados en MacLaughlin, Osborne y Ferlie (2002). Para una distinción de los modelos de *management* respecto a las formas burocráticas tradicionales, *vid.* Nieto (2002, pp. 541 y ss.). Sobre la influencia directa de estas teorías organizativas en el auge de la justicia actuarial en Estados Unidos, véase Brandariz García (2016, pp. 111 y ss.) y las referencias allí citadas.

[176] Feeley y Simon (1992, p. 452; 1994, pp. 185 y 188 y ss.). Una breve genealogía del gerencialismo punitivo en Estados Unidos puede consultarse en el trabajo de Wacquant (2001b).

[177] Feeley y Simon (1992, pp. 450 y 459). Los autores utilizan la comprensión de la reincidencia como ejemplo. Previamente se consideró expresión del éxito o fracaso de los programas de tratamiento. Bajo la justicia actuarial las tasas de reincidencia siguen siendo un dato relevante, pero no como índice de la consecución de objetivos sustantivos, sino como indicador de la eficiencia del aparato punitivo (*ibidem*, p. 455).

[178] Silva Sánchez (2001, pp. 74-79). Observa el autor que, en esta lógica gerencial, los valores y exigencias procedimentales propios del derecho penal tienden percibirse «sutilezas» que obstaculizan una gestión eficiente de las cuestiones de seguridad.

[179] Bottoms (citado por Pratt 1997, p. 160).

[180] Feeley y Simon (1994, p. 173); Simon (1998, pp. 453-456); Garland (2003b, pp. 53-56); Lianos y Douglas (2000).

[181] Feeley y Simon (1992, p. 452), sobre las observaciones previas, entre otros, de Reichman (1986). En el mismo sentido, Young (2003, pp. 80 y 110); Kemshall (2009, p. 20).

lógica agregada, poblacional y epidemiológica del riesgo actuarial es funcional a tal vocación regulativa[182].

Segundo, las prácticas punitivas se nutren de criterios de otros ámbitos de gestión y regulación jurídica[183]. En concreto, el riesgo actuarial traduce la objetivación de la responsabilidad característica del derecho de daños[184]. La desviación se objetiva como accidente que responde a una regularidad estadística, más que como acción de un agente subjetivamente responsable[185]. El lenguaje de la probabilidad que tiñe el discurso sobre la desviación expresa esta tendencia, que reemplaza la jerga tanto del diagnóstico clínico como de la retribución[186]. La gestión de grupos de riesgo sustituye tendencialmente el interés por los factores psicológicos y sociales de la conducta desviada. Las virtudes taxonómicas del riesgo, según cohortes, se ajusta a esta teleología pragmática[187]. La justicia actuarial versa sobre la predicción de la conducta infractora, no sobre su explicación. Renuncia a toda etiología. Aspira a una verdad más «superficial» que la mirada psicologicista correccional. La desviación es manifestación estadística más que transgresión de valores normativos[188].

Tercero, las prácticas actuariales permiten una estandarización en la toma de decisiones, imprescindible para las lógicas de gobierno formal del liberalismo avanzado[189]. Los métodos actuariales estructuran la valoración de la peligrosidad y la

---

[182] Feeley y Simon (1992, p. 466); Rothschild-Elyassi, Koehler y Simon (2018, p. 194).

[183] Simon y Feeley (2003, p. 76).

[184] Feeley y Simon (1992, p. 452; 1994, p. 185; 2019, p. 135); Simon y Feeley (2003, p. 76); Feeley (2004, pp. 67-71; 2006, p. 221).

[185] Reichman (1986, p. 164); Feeley y Simon (1992, p. 453).

[186] Téngase en cuenta que, desde la perspectiva metodológica de la gubernamentalidad, las prácticas de gobierno tienen un componente discursivo que requiere atender al lenguaje, no como problema de ideología, sino como aspecto constitutivo de las propias técnicas de gobierno (Miller y Rose 2008, pp. 29-30).

[187] «[U]na vez que la atención se centra en categorías de infractores más que en individuos, los métodos viran naturalmente hacia la evaluación y organización de grupos en vez de la intervención en las vidas de los individuos» (Feeley y Simon 1992, p. 460). La tendencia hacia el control grupal es uno de os aspectos observados previamente por Cohen (1988, pp. 53-62). Es un esfuerzo por reducir la complejidad: los modelos de riesgo tratan de clasificar una población heterogénea en subgrupos homogéneos (Silver 2000, p. 136). Como argumentamos *supra*, es este enfoque poblacional el que conecta la justicia actuarial con el análisis foucaultiano de la biopolítica y los dispositivos de seguridad (Foucault 2004a).

[188] Young (2003, pp. 56 y 110); Hebberecth (2003, pp. 353-355); Buruma (2004, p. 49); Reiner (2006, pp. 27-30); Wandall (2006); Slingeneyer (2007, §12-14 y 18-21).

[189] Tal gobierno formal, o «a distancia», se orienta a la creación de marcos teleológicos compartidos, estandarización de procedimientos y generación de «evidencias» que permitan la rendición de cuentas. *Vid.* al respecto Miller y Rose (2008, pp. 58 y ss.).

hacen «rutinaria»[190]. Permiten, al menos en hipótesis, la concreción cuantitativa de los márgenes de error[191]. Con ello se pretende objetivar el nivel de eficiencia y su «transparencia» a efectos de rendición de cuentas (de evaluación formal del sistema)[192]. Como apuntamos antes, por encima de la exactitud predictiva, a la justicia actuarial le interesa la fiabilidad en la estimación del riesgo[193]. La codificación de la valoración en tablas objetivas y, progresivamente, en aplicaciones de *software*, admite su ejercicio «fiable» por personal no especializado[194]. Permite, además, expandir los juicios de peligrosidad, como riesgo objetivo, a estructuras administrativas ordinarias.

Conviene recordar, no obstante, que esta vocación gerencial, como la propia lógica actuarial, es un enfoque o un programa que no ha encontrado expresión limpia en las políticas securitarias. El aparato punitivo contiene ingredientes expresivos, simbólicos, populistas, que no acomodan perspectivas abiertamente «realistas» sobre las limitaciones estatales en la capacidad represiva. Los criterios eficiencistas tensionan los enfoques más retributivos y punitivistas. Con lo cual el escenario de prácticas resultante es variopinto[195].

El cuarto rasgo de la justicia actuarial es corolario de los anteriores: la recomposición del sujeto que resulta de la racionalidad formal del riesgo y sus aplicaciones técnicas.

Las prácticas de la peligrosidad siempre han procesado al sujeto en un registro distinto al de la culpabilidad. Pese a las fricciones, los métodos clínicos construyen un sentido del sujeto peligroso que puede sintonizar con el culpable de raigambre jurídica. Ambos son juicios que parten del individuo y llegan a él. La peligrosidad clínica juzga lo que el individuo *es* para proyectar lo que *actuará*; la culpabilidad por el hecho califica lo que el individuo *ha actuado* y las circunstancias de su acción. En ambos casos el sujeto se recompone con pretensión de «integridad», sea psicológica o jurídico-moral. Existe un anclaje en el individuo, pese a que su comprensión como agente varíe. Las técnicas actuariales no admiten siquiera esta precaria compatibilidad.

---

[190] Reichman (1986, p. 166); Slingeneyer (2007, §94-105).

[191] Wilkins (1985, p. 44).

[192] Feeley y Simon (1992, p. 459); Pratt (1997, p. 175); Cheliotis (2006, p. 315).

[193] Martínez Garay (2014, p. 28).

[194] Silver (2000, p. 130).

[195] Garland (1998).

Por un lado, ya a nivel discursivo, la probabilidad actuarial obvia la dimensión moral del sujeto que es elemental bajo el principio de culpabilidad. La constatación estadística sobre la regularidad del delito de-moraliza al sujeto infractor[196]. No es relevante su disposición psicológica, sino su contribución objetiva probable al monto de desviación[197]. El riesgo actuarial se presenta moral y políticamente neutro en su tratamiento del sujeto, ya que las taxonomías que proyecta se pretenden pulcras, matemáticamente objetivas. Simon habló en tal sentido del tránsito del agente moral a un «sujeto actuarial»[198].

Por otro lado, el riesgo actuarial, en tanto método estadístico, no trata con personas, sino con *información* sobre ellas, con la que operar inferencias[199]. La valoración a través de abstractos factores de riesgo disuelve la noción de sujeto[200]. No identifica un peligro preciso ínsito en un individuo; lo deconstruye y recompone como combinación factorial[201], como caso *dividual* más que como individuo[202]. Produce lo que Lyon, en su análisis de las tecnologías de vigilancia, ha diagnosticado «desaparición de los cuerpos»[203].

Lianos y Douglas observaron que, bajo esta perspectiva, el «control social» tiende a excluirse de la interacción interpersonal y a confiarse a mecanismos de mediación tecnológica[204]. En realidad, cabe cuestionar la vigencia misma del control social en

---

[196] Reichman (1986, p 157).

[197] Esta indiferencia hacia las causas es patente en las propuestas que Wilson propuso en 1975 para la reforma en la gestión punitiva, fiel testimonio del ambiente de crisis del modelo *welfarista*. *Vid.* Wilson (2013, pp. 30 y ss.) –citamos según su versión revisada–.

[198] Simon (1988, p. 776).

[199] Wilkins (1985, p. 42).

[200] La abstracción del método es un rasgo relevante. La superación del nivel individual en el análisis funda su argumento de fiabilidad: centrando la atención en el riesgo abstracto asociado con agregados de población homogéneos, se evitan los inconvenientes de las predicciones sobre el comportamiento concreto de un individuo dado; el modelo se conforma con estimar la probabilidad de que «individuos con una determinada configuración de marcadores de riesgo» manifiesten la conducta considerada (Silver 2000, p. 134).

[201] Castel (1991, pp. 287-288). Considerando la racionalidad actuarial en sus aplicaciones más generales, Simon había advertido cómo la técnica probabilística del seguro «altera el modo en que interactuamos» y dificulta la comprensión de los individuos como «sujetos soberanos» (Simon 1987, p. 61, nota a pie inicial).

[202] Deleuze (2014, p. 281).

[203] Lyon (2001, pp. 15 y ss.). *Vid.* también Pitch (2006, p. 19).

[204] Lianos y Douglas (2000, p. 262).

sentido ortodoxo[205]. Este se basó en la capacidad reguladora de las interacciones personales y la producción de «conformidad social», sea mediante las dinámicas motivadoras inherentes a los grupos sociales[206], o a través de mecanismos institucionales de subjetivación, dirigidos a la estabilización de los comportamientos[207]. El control social ha sido coacción ejercida al interior de los individuos con el objetivo de asegurar su correlación con el orden social[208]. Labor distribuida a lo largo del archipiélago de grupos e instituciones sociales mediante prácticas de disciplinamiento, autónomas y heterónomas. La erosión del sujeto moral disciplinario es correlativa a las fallas del control social a través de la interacción, con subsiguientes reajustes del aparato punitivo público, cada vez más desinteresado en el moldeamiento adaptativo.

Este estrato del diagnóstico de la justicia actuarial ha sido especialmente criticado por considerarlo desenfocado y monolítico. Harcourt ha matizado a Feeley y Simon, opinando que el riesgo actuarial es, en realidad, un nuevo esfuerzo de individualización y no de circunvalación del sujeto: es más, sería cenit paradójico del proyecto de personalización del castigo[209]. No obstante, el autor asume la oquedad moral del riesgo actuarial, frente a la individualización clínica y la culpabilidad jurídica. Hannah-Moffat ha cuestionado más rotundamente el presunto declive subjetivador achacado a la proliferación del riesgo actuarial. Desde su análisis de la hibridación propia del riesgo clínico (en las variantes *riesgo/necesidad*), aprecia la emergencia de un «sujeto transformativo» que no se opone al disciplinario, sino que aúna objetivaciones clínicas y actuariales. Identifica una suerte de prácticas *neodisciplinarias* donde la intervención subjetivadora depende de valoraciones estructuradas del riesgo[210].

---

[205] Sobre las distintas variantes de ese sentido propio del control social resulta de utilidad el análisis que Janowitz ofrecía en 1975, fecha en la que era patente ya su debilitación (Janowitz 1995).

[206] Este es el uso original de la expresión propuesta por Ross (1901). Se trata de la capacidad de la organización social para regularse a sí misma y mantenerse estable, guiando la conciencia individual y el deseo en el grupo.

[207] Conforme las reformulaciones posteriores de la idea, que han entendido el control como procesos de «fijación social» (Park 1967), de estandarización de comportamientos (MacIver y Page 1969) o de reproducción de valores sociales (Sumner 1997a), entre otras propuestas.

[208] Hablaba Calvo García, en este sentido, del «encauzamiento externo de la conducta humana mediante el control interno de la legalidad anímica del hombre» (Calvo García 1989, p. 34).

[209] Harcourt (2007a, pp. 22 y 193). La peculiaridad de nuestra época sería que pretendemos «generalizar para particularizar».

[210] Hannah-Moffat (2005, pp. 34-38). La vinculación entre las lógicas actuariales y nuevas formas de subjetividad frente al riesgo ha sido abordada por O'Malley a través de su noción de *nuevo prudencialismo* (O'Malley 1996 y 2010a, pp. 61-72), y por Young (2003, pp. 118-122).

A estos efectos el diagnóstico de la justicia actuarial ha de tomarse, de nuevo, como una racionalidad subyacente, no absoluta ni paradigmática, que se manifiesta con intensidad variable y no exenta de contradicciones.

b) Taxonomías de las aplicaciones actuariales

La propia calificación de «actuarial» alberga una realidad diversa en cuanto a métodos y recursos técnicos. La dicotomía clínico/actuarial no puede sostenerse de manera tan nítida como, quizá, pudiera deducirse en la perspectiva de la Nueva Penología. Ofrecer una imagen más enfocada del panorama de técnicas punitivas actuariales requiere taxonomías más matizadas.

La variedad de protocolos y tecnologías que han poblado el panorama punitivo en las cuatro últimas décadas hace inviable una enumeración exhaustiva[211]. Tampoco parece de interés, a los propósitos de este trabajo, una descripción detallada de las múltiples aplicaciones. Con el fin de alumbrar el escenario de prácticas actuariales, es oportuno ofrecer una triple taxonomía de los instrumentos, frecuente en la amplia literatura sobre los «instrumentos actuariales de evaluación de riesgos» (*Actuarial Risk Assessent Instruments*, ARAIs) o «instrumentos de evaluación estructurada de riesgos» (*Structured Risk Assessment Instruments*, SRAIs)[212]. Por un lado, una clasificación que atiende a su evolución técnica en sucesivas «generaciones» con enfoques distintos. Por otro, una parcelación por tipos de riesgo estimado, en función de la conducta infractora que trata de predecirse. Por último, una taxonomía en función del uso que se hace de los ARAIs, según la clase de decisión formal en que se incardinan.

Esta triple clasificación es útil para elevar el análisis por encima de una casuística inabarcable y cambiante. Ello, obviamente, con el coste de cierta simplificación. A veces las aplicaciones concretas rehúyen las clasificaciones mostrando hibridación,

[211] A principios de la década de 2010, Singh Grann y Fazel (2011) contabilizaron unos 120 instrumentos actuariales en uso; en 2017, Douglas *et al.* (2017) hablaban de más de 200 herramientas estructuradas solo en el campo de la valoración del riesgo de violencia en psiquiatría forense y la justicia penal, utilizadas para el dictado de sentencias, la concesión de libertad condicional, la aplicación de medidas postpenitenciarias y la aplicación de intervenciones de rehabilitación.

[212] Empleamos el acrónimo ARAI dada su amplia difusión en la literatura especializada, si bien con los matices sobre la noción de «instrumento» que hicimos *supra* (§4.1.1) desde el punto de vista de la teoría de la técnica. Bajo la terminología de Simondon (2005, pp. 88 y ss.), las aplicaciones actuariales no serían en ningún caso instrumentos, sino útiles o bien objetos técnicos, según su grado de sofisticación.

bien en su configuración, bien en la funcionalidad efectiva que se les otorga[213]. Glosaremos las tres taxonomías indicando las aplicaciones más relevantes de cada categoría sin, insistamos, ánimo de exhaustividad. Incluimos las referencias documentales de cada ARAI en su versión original o en sus revisiones más significativas, sin alusión a las sucesivas modificaciones que han experimentado –readaptaciones, en muchos casos, todavía en curso–. Cuando lo consideramos de interés, hacemos breve alusión a las características y factores de las aplicaciones citadas.

El criterio generacional implica retomar algunas distinciones ya formuladas a lo largo del trabajo: gestión de casos, riesgo actuarial estrictamente cuantificado, y juicio clínico estructurado. La división en distintas generaciones de instrumentos ofrece una lectura evolutiva de tales modalidades. Nuevos enfoques técnicos han pretendido corregir los déficits observados en los anteriores, según las tendencias epistémicas y políticas antes apuntadas. Pero no deben entenderse como un desarrollo lineal con abrogaciones sucesivas. Son ampliaciones del arsenal de técnicas, con incremento de su diversidad[214].

Las distintas generaciones expresan variaciones en cuatro ejes[215]: la identificación de factores relevantes (estáticos y/o dinámicos)[216], la forma de medir dichos factores (empírica y/o teórica), el modo de combinarlos (tablas, algoritmos y/o criterios subjetivos) y la manera de producir la estimación final del riesgo (cuantitativa o modificada según criterios cualitativos).

La *primera generación* de métodos no alude propiamente a ARAIs, sino a las modalidades de *juicio clínico no estructurado* sobre la peligrosidad. Son evaluaciones

---

[213] Slobogin (2006, p. 286); Martínez Garay (2014, p. 17).

[214] La clasificación según generaciones de ARAIs es planteada, con algunas variaciones puntuales, por Hannah-Moffat (2005, pp. 32-34); Andrews, Bonta y Wormith (2006, pp. 7-8); Slobogin (2006, p. 280); Bonta y Andrews (2007); Campbell, French y Gendreau (2009, pp. 568-569); Kemshall (2009, pp. 53-54 y 64-80); Yang, Wong y Coid (2010, pp. 742 y ss.); Martínez Garay (2014, pp. 15-18); y Kehl, Guo y Kessler (2017, pp. 8-9), entre otros.

[215] Skeem y Monaham (2011, p. 39), si bien utilizamos su criterio bajo nuestra propia perspectiva.

[216] Monahan agrupa los variopintos factores considerados en cuatro categorías: aquellos que aluden a lo que la persona *es* (edad, género, raza o etnia, atributos de la personalidad…), lo que la persona *tiene o padece* (factores clínicos relativos a trastornos mentales, de personalidad, por abuso de sustancias…), lo que la persona *ha hecho* (factores históricos sobre antecedentes delictivos, infractores o violentos), y lo que *se le ha hecho* (factores experimentados o experimentales, como el entorno familiar patológico, procesos de victimización…) (Monahan 2011, pp. 413 y ss.). Cada tipo de ARAI, en las distintas taxonomías, prima una u otra clase de factores.

de caso, basadas en criterios intuitivos o especulativos (impresión subjetiva del valorador) o en bases clínicas no estructuradas en sentido estricto (apreciación experta, cualitativa, de la personalidad y condiciones del sujeto)[217]. Una praxis que se sostiene en la estricta capacidad del operador para discriminar, con «precisión razonable», los supuestos de peligrosidad e inocuidad. Con todas las dudas que haya suscitado, ha sido la práctica habitual en sede penal, y lo continúa siendo[218].

La *segunda generación* identifica las primeras versiones de aplicaciones actuariales desde los años 1970 –incluyendo los puntuales precedentes de la década anterior–. Se trata de métodos actuariales en sentido más propio, rígidamente estructurados según la pauta estadística. Expresan una impugnación rotunda de los enfoques clínicos. Su sostén gnoseológico es estrictamente frecuentista: la probabilidad se deduce mediante la combinación de factores observados en hechos pasados, en ciertas muestras de población[219]. En sus versiones más rudimentarias, estos métodos utilizaron plantillas estructuradas con listados de ítems, tablas de predicción y expectativas: «útiles», en sentido simondoniano[220]. Con su evolución, el procesamiento de factores se codifica en algoritmos y aplicaciones de *software*: propiamente, objetos técnicos[221].

---

[217] Es característica de la perspectiva médico-forense que, como aclara Andrés-Pueyo, se centra en la «capacidad criminal» y la «inadaptación social» del sujeto. Sus referencias son el «libre albedrío» y el «autocontrol que definen a un individuo humano normal, con capacidad de autodirigirse [...]». Su técnicas de indagación son la entrevista y otras «pruebas psicológicas autoinformadas» (Andrés-Pueyo 2013, p. 495). Este tipo de juicio, enumera Marco Francia (2016, p. 281), comprende la anamnesis y, en general, la estimación cualitativa de factores como el comportamiento pasado, abuso de sustancias, actitudes de falta de compasión o de empatía, de crueldad con los animales, conductas arriesgadas que denoten impulsividad o falta de control, edad, sexo, seguimiento o no de tratamiento terapéutico, acceso a armas, intención percibida en las acciones. Factores reconducibles a tres categorías: personalidad, síntomas y ambiente. Se combinan de forma holística e intuitiva, con base a la experiencia y la orientación teórica del valorador. A partir de esa síntesis puede formularse la prognosis (*ibidem*, pp. 296-298).

[218] Monahan (2011, pp. 405-407). Sobre la praxis del juicio clínico no estructurado *vid.*, más ampliamente, Cohen, Groth y Siegel (1978) y Ansbro (2010).

[219] Pertenecen a esta segunda generación, por ejemplo, el ya citado SFS (*Salient Factor Score*; para una descripción técnica *vid.* Hoffman y Beck 1974), la guía VRAG (*Violence Risk Appraisal Guide*, basado en 12 factores estáticos; Harris, Rice y Quinsey 1993, en su formulación original) y la escala GSIR (*General Statistical Information on Recidivism Scale*; Nuffield 1982 y 1989). Una descripción detallada del proceso de inferencia estadística del VRAG (y del STATIC-99) puede consultarse en Imrey y Dawid (2015, p. 27).

[220] Para Simondon un útil es un mediador técnico que permite la acción de un operador equipado y poseedor del saber pertinente (Simondon 2005, p. 88). Prolonga los *efectores* de dicho operador –en este caso, su capacidad de cálculo numérico–. Junto con los instrumentos (prolongación del sistema sensorial del sujeto), son la primera forma de mediación técnica «corpórea» entre individuo y entorno.

[221] Concretamente, «dispositivos de información» bajo el criterio de Simondon (2005, p. 221).

Los factores empleados en estas aplicaciones son sobre todo estáticos, inalterables (principalmente, variables referidas al historial de conductas y consumos, historial familiar, edad y sexo). Su rigidez reside, además, en la imposibilidad del operador de modificar, con criterios subjetivos, el *scoring* de riesgo actuarialmente producido. Su base frecuentista estricta hace que sean métodos «ateóricos», más allá de los métodos matemáticos de regresión empleados para la detección de los factores con relevancia predictiva[222]. Su teorización es solo computacional.

La *tercera generación* alude a los métodos que trataron de flexibilizar la rigidez de los anteriores, introduciendo ítems dinámicos y sustento teórico conductual que permitiera atender circunstancias del sujeto, más allá de su desnuda adscripción estadística. Se trata de métodos de juicio clínico estructurado, donde la probabilidad actuarial puede informar valoraciones cualitativas más amplias del operador[223]. Este tipo de métodos suma factores mutables y de valoración más compleja (consumos actuales, problemas conductuales, actitudes antisociales, etc.). En muchos casos estos factores ya no son deducibles de forma puramente empírica (como sucede con los de tipo estático), sino que requieren de una cierta derivación teórica[224]. En todo caso, la conclusión final de la valoración no se obtiene por simple operación matemática. El propio sistema actuarial apela o acepta una decisión final del valorador sobre el resultado cuantitativo resultante[225].

En esa misma clave de juicio clínico estructurado se ha señalado una *cuarta generación* de aplicaciones, que aspira a un enfoque más «sistemático y

---

[222] Andrews, Bonta y Wormith (2006, p. 7); Campbell, French y Gendreau (2009, p. 568).

[223] Por ejemplo, el LSI-R (*Level of Service Inventory-Revised*, Andrews, D.A. y Bonta, J., 1995, *The Level of Service Inventory-Revised*, Toronto: Multi-Health Systems, citado por Olver, Tockdale y Wormith 2013), el HCR-20 (*Historical Clinical Risk Management*, Webster, C.D. Douglas, K.S., Eaves, D. y Hart, S.D., 1997, *HCR-20. Assessing risk for violence. Version 2*, Vancouver: Mental Health, Law, and Policy Institute, Simon Fraser University, citado por Arbach y Andrés-Pueyo 2007 –hay adaptación española por el Grup d'Estudis Avançats en Violència (GEAV) de la Universitat de Barcelona: Hilterman y Andrés-Pueyo 2005– y el SAQ (*Self-Appraisal Questionnaire*, Loza, W., 2005, *The Self-Appraisal Questionnaire (SAQ): A tool for assessing violent and non-violent recidivism*, Toronto: Mental Healty Systems, citado por Andreu Rodríguez, Peña Fernández y Graña Gómez 2015).

[224] Yang, Wong y Coid (2010, p. 741).

[225] Así sucede, advierten Hart y Cooke (2013, pp. 82-83), con las aplicaciones STATIC-99 (Hanson y Thornton 1999, que, sin embargo, solos se basa en factores estáticos) y COVR (*Classification of Violence Risk*, Monahan *et al.* 2006). Hart y Cooke tildan estos ARAIs de «latitudinales», al abrir el sistema a la valoración subjetiva del operador sobre el resultado actuarial.

comprehensivo»[226]. Suponen un nuevo viraje hacia el caso concreto. El elemento actuarial se subsume en un diagnóstico más amplio que no renuncia a las explicaciones causales, y que aspira a identificar las modalidades más adecuadas de tratamiento (detectando, por ejemplo, las «necesidades criminógenas» bajo el enfoque riesgo/necesidad en el ámbito penitenciario[227]). Además de todos los anteriores, se contemplan en estos casos factores referidos ampliamente al estilo de vida y situación personal-familiar del sujeto valorado.

El segundo criterio taxonómico atiende al tipo de conductas que los usos actuariales aspiran a predecir. Los ARAIs muestran amplitud y orientación sectorial variables. Algunos apuntan al comportamiento delictivo en general[228], o violento en general[229], mientras otros evalúan la probabilidad de tipos específicos de violencia: sexual[230], de género[231] o ejercida por jóvenes[232].

---

[226] Kehl, Guo y Kessler (2017, p. 9); Campbell, French y Gendreau (2009, p. 659); Andrews, Bonta y Wormith (2006, p. 8). Se inscribe en esta cuarta generación, por ejemplo, el LS/CMI (*Level of Service/Case Management Inventory*, Andrews, Bonta y Wormith 2004).

[227] Hannah-Moffat (2005).

[228] Como el ya mencionado LSI-R, que ha sido el ARAI más usado en EE.UU. en aquellos Estados que no han desarrollado aplicaciones específicas. En algunos de estos casos se ha utilizado para usos no previstos en su desarrollo, como la valoración de riesgos para la fijación de la pena en sentencia (Starr 2014, p. 812). Una descripción del modelo puede consultarse en Harcourt (2007a, pp. 79-84), que destaca su versatilidad de usos. Cabe citar también otras dos aplicaciones de segunda generación: la OGRS (*Offender Group Reconviction Scale*, Copas y Marshall 1998) y el mencionado GSIR. En esta categoría se incluye, en España, la TVR (Tabla de Variables de Riesgo, Clemente, M., 1993, *Validación y depuración de la Tabla de Variables de Riesgo en el disfrute de Permisos de Salida*, Madrid: Dirección General de Instituciones Penitenciarias, citado por Férez-Mangas y Andrés-Pueyo 2018), para la valoración del riesgo de quebrantamiento de permisos de salida penitenciarios.

[229] Por ejemplo, las ya citadas VRAG, HCR-20 y COVR, utilizada esta última aplicación para la valorar el riesgo de violencia a corto plazo entre personas con enfermedad mental liberadas en la comunidad (Monahan 2011, p. 410; Marco Francia 2016, p. 302)–; así como el VRS-2 (*Violence Risk Scale, 2nd Edition*), ARAI de tercera generación basado en 6 ítems estáticos (edad actual y en el momento de la primera condena por delito violento y otros datos relativos al historial de infracciones) y 20 dinámicos (estilo de vida violento, conducta laboral, control emocional, uso de armas, adicciones, relaciones estables, apoyo social…) (Wong y Gordon 2006); y la PCL-R (*Hare Psychopathy Checklist*, Hare, R.D., 1991, *The Hare Psychopathy Checklist-Revised*, Toronto: Multi-Health Systems, citado por Chico Librán y Tous Ral 2003), ARAI de evaluación clínica estructurada para discriminar pacientes mentales «de alto y bajo riesgo» –Simon (2005, p. 410) ofrece una descripción crítica de la aplicación–. En España se ha desarrollado la EVCV-RR (Escala de Valoración de la Conducta Violenta y Riesgo de Reincidencia, Jiménez Gómez *et al.* 2010), modelo de entrevista estructurada que combina metodología actuarial y clínica, basándose en el HCR-20 y la PCL-R.

[230] Así, el SVR-20 (*Sexual Violence Risk-20*, Boer, D.P., Hart, S., Kropp, P.R. y Webster, C.D., 1997, *Sexual Risk Violence-20*, Lutz, Florida, EE.UU.: Psychological Assessment Resources, citado por Redondo Illescas, Pérez y Martínez 2007, que documentan un estudio de aplicación en España sobre un amuestra de 128 sujetos). Se basa en veinte factores estáticos y dinámicos agrupados en tres apartados: «funcionamiento psicosocial» (que incluye variables relativas al «funcionamiento psicológico», fracaso en el desempeño de roles sociales –relaciones de pareja y empleo estable–, y «predisposición hacia

conductas antisociales» en general), delitos sexuales previos (con variables referidas a la frecuencia, tipologías sexuales, gravedad del daño, uso de armas, progresión y actitudes hacia las agresiones) y «planes de futuro» (expectativas propias y actitud hacia la intervención) (Redondo Illescas, Pérez y Martínez 2007, pp. 191-192; Martínez Garay 2014, p. 24; Marco Francia 2016, p. 314; Redondo Illescas). Otros ARAIs relevantes para la evaluación del riesgo de violencia sexual son la SORAG (*Sex Offender Risk Appraisal Guide*, Quinsey, V.L., Harris, G.T., Rice, M.E. y Cornier, C.A., 2006, *Violent offenders (2nd ed.)*, Washington, D.C.: American Psychological Association, citado por Rettengerger, Rice y Harris 2017), variación del VRAG para su aplicación a la reincidencia de delincuentes sexuales varones; y la guía RRASOR (*Rapid Assessment for Sexual Offenders Recidivism*, Hanson 1997), cuya evolución posterior daría lugar al ya citado STATIC-99; el RM2000V (*Risk Matrix 2000 for Violence*, Thornton 2007), armado sobre factores estáticos.

[231] Se dirigen a la probabilidad de este tipo de agresión la guía SARA (*Spousal Assault Risk Assessment Guide*, Kropp, P.R., Hart, S.D., Webster, C.W. y Eaves, D., 1994, *Manual for the Spousal Assault Risk Assessment Guide*, Vancouver: British Columbia Institute on Family Violence, citado por Kropp y Hart 2000). Se trata de un ARAI clínico-actuarial compuesto por 20 ítems de extracción empírica, tanto estáticos como dinámicos, agrupados en cinco apartados: historial delictivo, ajuste psicosocial, historia de violencia en la pareja, tipo de delito o agresión actual, y otras consideraciones. La codificación de los datos admite cieto margen de interpretación al operador, sobre todo a través de la especificación de ítems que considere «críticos» (que suponen apreciar, de suyo, un riesgo elevado de agresión) (Montero Gómez 2007, pp. 294-297; Andrés-Pueyo 2009, pp. 41-44). Hay adaptación española por el GEAV de la Universitat de Barcelona: Andrés-Pueyo y López (2005).

El informe de la Secretaría de Estado de Seguridad sobre valoración policial del riesgo de violencia contra la mujer documenta otros ARAIS de uso internacional en este ámbito, sobre todo para evaluaciones policiales (Gabinete de Coordinación y Estudios de la Secretaría de Estado de Seguridad 2018, pp. 32-35). Así, cita el B-SAFER (*Brief Spousal Assault Form for teh Evaluation of Risk*), adaptación del SARA para uso policial que reduce la evaluación a diez ítems; el DA (*Danger Assessment Tool*), orientado a la autoevaluación del propio riesgo por aprte de las mujeres maltratadas, a partir de 20 preguntas con respuestas binarias; el DV-MOSAIC (*Threat Assessment System*), *software* para pronosticar el riesgo de revictimización y homicidio mediante 46 preguntas y un *scoring* final cuantificado entre 1 y 10 como nivel de riesgo; el ODARA (*Ontario Domestic Assault Risk Assessment*), compuesto de 13 factores de riesgo para la discriminación del riesgo de reincidencia en violencia doméstica; el DVSI-R (*Domestic Violence Screening Instrument*), orientado a concretar el nivel de supervisión necesario durante la libertad condicional según el riesgo sea alto o bajo, mediante 11 factores de riesgo, y cuyo resultado ha de combinarse con la evaluación ofrecida por el SARA; el KSID (*Kingston Screening Instrument for Domestic Violence*), integrado por 10 factores cuantitativos, cuya información se codifica a partir de entrevistas con el agresor, la víctima y la revisión de informes (similar, en este sentido, al VPR/VPER), para asistir la toma de decisiones sobre supervisión, régimen de libertad y orden de protección; y el SVRA-I (*The Spouse Violence Risk Inventory*), escala actuarial israelí basada en cinco dimensiones de riesgo, para concretar la probabilidad de reincidencia y adoptar medidas de protección. La documentación específica de cada ARAI se encuentra citada en el citado estudio de la Secretaría de Estado de Seguridad, a cuya bibliografía nos remitimos.

En España hay otras dos aplicaciones de aplicación territorial: escala EPV-R (Escala de Predicción del riesgo de Violencia grave contra la pareja, Echeburúa *et al.* 2010, en su versión revisada), diseñada específicamente para la población del País Vasco –aunque generalizado para uso forense a nivel estatal–, compuesta por 20 elementos agrupados en 5 categorías; y el protocolo RVD-BCN (Protocol de Valoració del Risc de Violència contra la Donna per part de la seva parella o exparella, Álvarez Freijo, Andrés-Pueyo *et al.* 2011), elaborado por el Circuit Barcelona contr la Violència vers les Dones, basado en 16 factores que incorporan la vulnerabilidad y la percepción del riesgo por parte de la mujer; y otros dos protocolos aplicables a escala estatal: el VPR (Valoración Policial del Riesgo, y VPER para su evolución, estrictamente actuariales) y el Protocolo VFR (que incorpora juicio clínico estructurado), tratados *infra*.

[232] Por ejemplo, el SAVRY (*Structured Assessment of Violence Risk in Youth*; Borum, Bartel y Forth 2005). Consta de 30 factores de riesgo organizados en cuatro categorías, aplicables a menores de entre 12-14 y 18 años. Existe adaptación española, aplicada en Cataluña: Hiterman, E. y Vallés, D. (2007), *SAVRY. Guía para la valoración del riesgo de violencia en jóvenes*, Barcelona: Centre d'Estudis Jurídics i de Formació Especialitzada, Generalitat de Catalunya (citado por Andrés-Pueyo y Echeburúa 2010, p. 404).

La última categorización se refiere al uso o la funcionalidad atribuida a los ARAIs. Se trata de observar la clase de decisión jurídico-formal que decantan en cada caso. Distinguimos primero tres ámbitos de condiciones muy diversas. Por un lado, los casos de decisión judicial penal; por otro, de gestión penitenciaria; por último, los usos de tipo policial. No obstante, si bien algunos ARAIs presentan especificidad de uso en su diseño, muchos de los ya citados admiten (o se les atribuye) usos transversales.

Entre los usos judiciales de tipo penal hay que discriminar las aplicaciones utilizadas para[233]: decidir sobre la privación de libertad de un sujeto, mediante prisión preventiva para sujetos aún no procesados, y/o puesta en libertad bajo sustitución de la pena de prisión para los ya condenados[234]; o bien informar el contenido de las sentencias para determinar la pena a imponer o su duración[235].

La aplicación de ARAIs para informar el dictado de sentencias judiciales penales es tendencia en alza en Estados Unidos, bajo el rótulo EBS (*Evidence-Based Sentencing*)[236]. «Evidencia» no refiere el sentido probatorio habitual en el proceso y su valoración judicial, sino indagación empírica en los factores predictivos de reincidencia. Indicios que habrían de considerarse al concretar el tipo y monto de pena[237]. El EBS es intento de objetivar el arbitrio judicial, dándole sostén *α-operatorio* y estrictamente empírico. Pretende estructurar una valoración que, de otro modo, se dice, el juzgador operará de forma especulativa y con su mera intuición. El juicio

---

[233] Seguimos en este punto a Kehl, Guo y Kessler (2017, pp. 10-11).

[234] Respondía a este tipo de uso el protocolo para la liberación sin fianza aplicado por las «Petrial Service Agencies» en EE.UU. desde los años 1970, según ha descrito Feeley (1983 y 2006). También, actualmente, el Public Safety Assessment (PSA), desarrollado por la Laura y John Arnold Foundation –hoy Arnold Ventures–, empleado en varias jurisdicciones de EE.UU. Predice el riesgo aparejado a la decisión sobre la prisión preventiva o la liberación del sujeto durante el proceso penal, a partir de factores puramente estáticos (hechos presuntamente cometidos, historial delictivo, quebrantamientos de medidas previas...) (Arnold y Arnold 2014). *Vid.*, así mismo, https://advancingpretrial.org/psa.

[235] Es célebre por sus polémicas judiciales el *software* propietario de la empresa Northpointe denominado COMPAS, que se adscribe expresamente en el enfoque riesgo/necesidad y por lo tanto incorpora factores estáticos y dinámicos (con dos escalas respectivas, de riesgo y necesidad). Ofrece una valoración del riesgo de reincidencia aplicable a distintos usos, pero su uso más relevante es la asistencia judicial en el dictado de sentencias en varios Estados. Para un análisis crítico de sus fundamentos teórico-metodológicos, *vid.* Jackson y Mendoza (2020).

[236] El planteamiento ha sido alentado por el NCSC (*National Center for State Courts*), organización no gubernamental que ha elaborado varios informes sobre la materia para el Departamento de Justicia. Sus fundamentos pueden consultarse en Peters y Warren (2006), Warren (2007 y 2009), Casey, Warren y Elek (2011), Elek, Warren y Casey (2015).

[237] Starr (2014, pp. 805 y ss.), para quien este tipo de prácticas chocan frontalmente con la teoría del castigo, al inclinar la práctica judicial hacia un derecho penal de autor.

clínico estructurado, postula el EBS, permitirá explicitar los factores de evaluación (objetivo de transparencia y fiabilidad) y mejorar la calidad del pronóstico (objetivo de exactitud predictiva)[238]. El EBS es aplicación, en definitiva, del argumento gerencial-tecnocrático que se ha defendido en otros espacios de decisión, llevado ahora a la determinación de la pena. La complejidad concretizada del ARAI pretende absorber la complejidad cualitativa del discernimiento judicial[239].

El penitenciario es un segundo espacio de decisión actuarial. Los ARAIs se aplican, por un lado, sobre la concesión de libertad condicional[240]. Por otro, para determinar acciones de clasificación y/o tratamiento en el ámbito carcelario[241].

---

[238] El American Law Institute (ALI) ha incorporado la EBS en la propuesta de modificación del *Model Penal Code* aprobada en 2017 –se trata de un «modelo» que, dese los años 1960, propone criterios para la homogeneización del derecho penal en el conjunto de Estados Unidos–. La sec. 6B.09 de dicha propuesta de modificación del modelo («Evidence-Based Sentencing; Offender Treatment Needs and Risk of Reoffending») sugiere la adopción formal de métodos de juicio clínico estructurado en las predicciones judiciales para la determinación de las penas. Lo justifica en la carencia de formación específica de los operadores judiciales para evaluar el riesgo de reincidencia y las necesidades de intervención de los condenados, y en la consiguiente exposición a sesgos que conduzcan a errores de apreciación. Pretende «aportar mayor transparencia y justicia procesal a la predicción de la conducta en el dictado de sentencias, en especial cuando la evaluación del riesgo de reincidencia es relevante en la decisión». No obstante, la propuesta es escéptica sobre la pertinencia de utilizar ARAIs como criterio para el incremento de pena ante predicciones de riesgo elevado; sugiere su uso en sentido opuesto, como pauta para la imposición de penas alternativas a la prisión en casos de bajo riesgo. Se trata, en todo caso, de un proyecto conciso de integración de las aplicaciones actuariales en la praxis judicial.

[239] Para un análisis crítico, desde la doctrina española, *vid.* Martínez Garay (2020). Para una crítica reciente en tono más divulgativo, *vid.* Forrest (2021) y su sugerente comentario por Rakoff (2021). El Consejo de Europa ha abordado el fenómeno de la «justicia predictiva», apreciando en él la emergencia de «una nueva forma de normatividad que podría complementar la legal, permitiendo la regulación de la discrecionalidad soberana del juez, y conduciendo potencialmente, a largo plazo, a la estandarización de las decisiones judiciales, no basadas ya en un razonamiento caso por caso, sino en cálculos estadísticos conforme a niveles medios deducidos de las decisiones previas de otros tribunales» (Consejo de Europa 2018c, ap. 7., p. 15).

[240] Por ejemplo, el SFS aplicado ya en la década de 1970 en EE.UU. Como sabemos, este es el caso de riesgo punitivo actuarial con mayor rastro genealógico. En España se vienen aplicado las ya mencionadas tablas TVR y M-CCP y, en Cataluña, la aplicación RiscCanvi (*vid.* Castro Liñares 2019, pp. 224 y ss.; Brandariz García 2016, pp. 201 y ss.). Esta aplicación se inspira en el enfoque *Risk-Need-Responsivity* (RNR: Andrews 2006 y 2008; Andrews, Bonta y Wormith 2011), que pretende modular la intensidad de la intervención en función del nivel de riesgo del sujeto (riesgo), orientarla a las necesidades criminógenas (necesidad) y planificar el tratamiento de manera adaptada a las circunstancias subjetivas de aquel (responsabilidad). El RiscCanvi se nutre también de otros métodos actuariales de amplia difusión en EE.UU. (LSI-R, COMPAS). Articula dos protocolos: el *RisCanvi Screening* (RisCanvi-S), de aplicación rápida, preliminar, para la valoración del riesgo de violencia, basado en factores sobre todo estáticos; y *RisCanvi Complet* (RisCanvi-C), más complejo, compuesto de 43 factores de tipo estático y dinámico. La codificación informática de los protocolos se produce mediante el llamado e-RisCanvi, *software* disponible para los operadores penitenciarios. La descripción completa del instrumento consta en Andrés Pueyo, A., Arbach, K. y Redondo, S. (2010), *Memoria técnica de la construcción del protocolo y las escalas de valoración de riesgo de violencia para delincuentes violentos (RisCanvi-S; RisCanvi-C y e-RisCanvi)*, Barcelona: Departamento de Justicia (citado por Castro Liñares 2019).

El tercero de los terrenos de aplicación actuarial es la actuación policial. Los usos pueden producirse en sus funciones de auxilio judicial, en especial para la gestión de medidas procesales penales[242], o en tareas de policía de seguridad extraprocesales. Este segundo caso evidencia, al menos en el contexto anglosajón, cierta sofisticación recurriendo al riesgo derivativo mediante objetos algorítmicos complejos con procesamiento de *big data*[243]. Algunas de estas aplicaciones asisten la planificación estratégica policial y el despliegue de recursos en el territorio, señalando zonas con pronóstico elevado de infracciones (*Predictive Hotspot Mapping*)[244], o detectando riesgos de victimización. Otras aspiran a la individualización del riesgo de infracción, mediante la evaluación predictiva de la peligrosidad de sujetos específicos[245]. Las prácticas policiales son, actualmente, un espacio relevante de experimentación del riesgo actuarial en sus expresiones más tecnologizadas (policía predictiva, *Evidence-Based Policing* o *smart policing*)[246].

---

[241] El propio RisCanvi tiene una funcionalidad transversal en la intervención penitenciaria. Castro Liñares (2019, pp. 159 y ss.) alude también al protocolo de prevención del suicido en prisión aplicado en España, de carácter gerencial-actuarial. Para el caso estadounidense, véanse los modelos actuariales citados por Perry *et al.* (2013, p. 92).

[242] Como el caso del protocolo VPR/VPER español.

[243] Para el caso británico *vid.* Babuta (2017) y Babuta y Oswald (2021). Pearsall (2010) da muestra del inicio de esta tendencia en Estados Unidos y sus postulados básicos. Para un análisis de algunas iniciativas pioneras en dicho país, *vid.* Bachner (2013). Ferguson (2015) y Rich (2016) ofrecieron sendos análisis jurídicos desde la perspectiva las implicaciones para la cuarta enmienda a la Constitución estadounidense (proscripción de las pesquisas y detenciones arbitrarias).

[244] El caso paradigmático es el análisis predictivo que articula el *software* PredPol (Babuta 2017, pp. 19 y ss.).

[245] Babuta alude al uso con estos fines de COMPAS. No obstante, el caso más específico es el HART (*Harm Assessment Risk Tool*), desarrollado por la Universidad de Cambridge junto con la policía de Durham (Durham Constabulary). Utiliza 34 factores de predicción, 29 de ellos estáticos, relativos al historial infractor de los sujetos. Para un análisis detallado del método *vid.* Oswald, Grace, Urwin y Barnes (2018).

[246] Ya en 2013 fue objeto de análisis por la RAND Corporation, identificando cuatro categorías de métodos predictivos policiales: dirigidos a predecir delitos (lugares y momentos con riesgo elevado de comisión delictiva), agresiones (identificación de individuos con alto riesgo de conductas infractoras), la identidad de los actores (no sería propiamente un uso predictivo *ad futurum*, sino un modo de aumentar las capacidades de indagación policial clásica), y las víctimas potenciales de delitos (sean grupos o sujetos concretos) (Perry *et al.* 2013, pp. 8-9). El informe detalla las técnicas algorítmicas (*hot spot analysis* o «mapeo delictivo», métodos de regresión, *data mining*, método *near-repeat*, análisis espaciotemporal, *risk terrain analysis*) que han experimentado un amplio desarrollo durante el resto de la década. Joh (2016) ha teorizado estos desarrollos desde el punto de vista de las prácticas de vigilancia. Meijer y Wessels (2019) ofrecen un análisis crítico de esta tendencia, cuestionando sus fundamentos epistemológicos. Ferguson (2017, pp. 38 y ss.) expone la *smart policing* como solución gerencial ante diversas crisis de la institución policial en EE.UU., con énfasis en el caso neoyorkino. Entre la doctrina española el fenómeno ha sido objeto de atención reciente, por Díaz González (2020), González-Álvarez, Santos-Hermoso y Camacho-Collados (2020) y Miró Llinares (2020).

La evolución de las aplicaciones actuariales expresa tendencias encontradas en los distintos espacios de decisión. Los ámbitos penal y penitenciario constatan una sucesiva flexibilización de la rigidez estructural del análisis actuarial, una suerte de reconciliación con la mirada clínica –si bien no se trata de una tendencia unívoca–. En cambio, la expansión más reciente de la lógica actuarial a otros contextos preventivos, de carácter policial-administrativo, revela una tendencia contraria, hacia la automatización más estricta de la toma de decisiones y un pragmatismo más desnudo. La superación de la probabilidad frecuentista tiende a producirse, en esos casos, con la tendencia hacia formas derivativas del riesgo, hacia la complejidad algorítmica.

7.1.3 Tecnologías actuariales de uso policial y peligrosidad

La policía predictiva es un ámbito especialmente abierto a la experimentación actuarial, al tratarse de un espacio estratégico en el giro preventivo de las políticas securitarias como escenario privilegiado para la «nueva prevención» [247] . Nos detendremos en dos ARAIs de aplicación en España; uno se aplica ya y otro es de aplicación inminente. Ambos de carácter policial.

La vocación preventiva y predictiva no ha sido extraña a las prácticas policiales en el pasado. La expresión «policía predictiva» identifica un viraje tecnológico que tiende a suplantar la *expertise* profesional mediante rutinas objetivas de cálculo anticipatorio, que desplazan el espacio de discrecionalidad característico de la labor policial [248]. Los operadores policiales no utilizan sin más «herramientas» tecnológicas, no se trata pues de una nueva instrumentalidad sino de una auténtica redefinición de sentido, función y actuación[249].

L'Heuillet ha definido dicho espacio como un «cheque gris» otorgado por el poder público a la labor policial: no lo es en blanco, pero tampoco sujeto a ley según los patrones exigibles en el Estado de derecho. La policía opera una labor de aplicación normativa con cargo a crédito «indefinido», cuyo alcance se delimita de forma

[247] Robert (2000).

[248] Díaz González (2020, p. 183).

[249] Ericson y Haggerty (1997) analizaron con detalle las transformaciones que la lógica de la gestión de riesgos supuso en las instituciones policiales estadounidenses. Un análisis más reciente sobre los impactos del *big data* en la acción policial, bajo el modelo de *smart policing*, ha sido ofrecido por Ferguson (2017).

contextual: en atención a las circunstancias cuya valoración corre también a su cargo [250]. El *profiling* en el entorno y la valoración de riesgos desde un saber técnico o intuitivo, deviene así consustancial a la labor policial. Los ARAIs tratan de estructurar esa estimación del peligro objetivando la decisión policial en el amplio margen hermenéutico que este dispositivo les atribuye.

Los dos casos que abordaremos a continuación caracterizan esa vocación de estandarización de la decisión policial en espacios configurados jurídicamente como netamente preventivos.

El análisis que sigue no es lógicamente exhaustivo, ni mucho menos de las implicaciones jurídicas de los ARAIs. Tan solo analizaremos su lógica operativa para confrontar las afecciones jurídicas de la justicia actuarial que trataremos en el apartado siguiente.

a) Valoración Policial del Riego de Agresión en violencia de género

El *sistema de Valoración Policial del Riesgo de Agresión* es un modelo actuarial, codificado en *software*, utilizado para la gestión policial de las medidas de protección a las víctimas deducidas de los procesos penales por delitos relativos a violencia de género.

La Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género (LOIVG) diseñó un complejo legal multidimensional y heterogéneo, marcadamente preventivo, construyendo una «perspectiva de género» en sentido cultural, con proyecciones penal, procesal y policial –dirigida a la gestión del riesgo de agresión– y social –orientada al apoyo de las víctimas (inserción laboral y servicios sociales especializados)–. Ello no es sino producto de una intersección de racionalidades «social», «punitiva» y «tuitiva», como una prueba más de la administrativización del derecho punitivo: los recursos penales y policiales se subsumieron en una lógica de gobierno contextual que redefine su sentido y su praxis.

La prevención policial del riesgo de agresión está directamente vinculada a la dimensión penal. El protocolo policial se vincula a la necesidad de protección de la víctima tras la denuncia o revelación de los indicios de violencia y, en las más de las

[250] L'Heuillet (2010, pp. 41-43).

veces, a la adopción de las órdenes de protección o alejamiento hacia la mujer en situación de riesgo. Ello, conforme a las previsiones de los arts. 544bis y 544ter LECrim, introducidas mediante LO 14/1999 y LO 27/2003, respectivamente –ambas anteriores a la LOIVG–. En especial en la regulación de la orden de protección hallamos el fundamento de la orientación al riesgo de la medida:

> «El Juez de Instrucción dictará orden de protección para las víctimas de violencia doméstica en los casos en que, existiendo indicios fundados de la comisión de un delito o falta contra la vida, integridad física o moral, libertad sexual, libertad o seguridad de alguna de las personas mencionadas en el artículo 173.2 del Código Penal, *resulte una situación objetiva de riesgo para la víctima* que requiera la adopción de alguna de las medidas de protección reguladas en este artículo»[251].

En ese contexto se ha producido una incorporación intensa de la valoración actuarial del riesgo en nuestro sistema punitivo. De hecho, el complejo legal de la violencia de género evidencia los rasgos característicos, no solo del giro preventivo securitario, sino concretamente de la opción actuarial en el tratamiento del riesgo.

Se afirma una capacidad técnica de pronóstico objetivo ante un fenémeno complejo, multifactorial y de contenido poco preciso incluso a nivel normativo y terminológico, como la violencia «de género», «doméstica», «contra la pareja» o «machista». Dificultades que proceden de la ausencia de un *numerus clausus* de conductas sumsumibles [252] , sus ingredientes conceptuales y varibilidad de manifestaciones[253]. Pese a todo, la descomposición factorial del fenómeno, a partir del estudio estadístico, habilitaría una capacidad de estimación probabilística frente a nuevos casos en ese espacio de observación dificultosamente delimitado.

Trasluce una comprensión epidemiológica sobre la conducta desviada, característica de la objetivación actuarial [254] . Así se deduce, en general, de la

---

[251] Art. 544ter.1 LECrim (énfasis añadido). Recordemos que la orden de protección tiene un contenido más amplio (penal-civil) que la de simple alejamiento, y subsume habitualmente las prohibiciones de acercamiento de esta última.

[252] Montero Gómez (2007, p. 239).

[253] Andrés-Pueyo (2009, p. 24), que observa los problemas de concreción de los componentes básicos de su defición, «pareja» y «violencia».

[254] Ha advertido Ferguson cómo las nuevas prácticas policiales, de *smart policing*, están vinculadas a menudo a la perspectiva de la violencia como «problema de salud pública», lo cual abre posibilidades novedosas para repensar la respuesta al riesgo delictivo. «La idea de que la violencia es contagiosa sugiere que puede prevenirse» (Ferguson 2017, p. 67).

comprensión de la violencia como «prioridad preventiva de salud pública» por parte de la Organización Mundial de la Salud[255], pero se observa, en concreto, en la metodología propuesta de evaluación del riesgo[256].

Las necesidades de tratamiento del riesgo en dicho espacio de gobierno condensan las críticas hacia el modelo clínico, lo que justificaría su abordaje en términos actuariales. Se ha afirmado al escasa relevancia de los «factores típicos de la peligrosidad» en el ámbito de la violencia contra la pareja –enfermedad mental y consumos de alcohol y drogas serían aquí solo «mitos injustificados» como variables significativas a efectos de predicción–[257]. Pero también las necesidades de intervención en este ámbito, que aconsejan una *gestión* del riesgo contextualizado en el caso, más que un diagnóstico clásico de peligrosidad[258]: el objetivo es minimizar la posibilidad de nuevas violencias dadas las circunstancias cambiantes de cada supuesto, considerando las relaciones víctima-agresor (*vulnerabilidad* de la víctima y grado de *amenaza* del agresor) que permita una modulación no binaria de las medidas a adoptar en función del nivel de riesgo observado; se exige, además, un aumento de la capacidad predictiva –virtud que se atribuye a la objetivación actuarial– y una capacidad de adaptación flexible a la evolución del nivel de riesgo, que el juicio clínico no posibilitaría.

Ese carácter contextual, alejado de la clásica peligrosidad, se refleja en la valoración simultánea de factores de *riesgo* y de *protección*, «dos realidades diferenciales que interactúan entre sí», de modo que los segundos se toman como variables capaces de modular el impacto de la exposición a los primeros. El resultado violento, en su probabilidad, es fruto de esa combinación, variable en su concreción de caso[259]. La evaluación es aquí «función de los factores individuales de predisposición del sujeto hacia el comportamiento violento sobre la mujer y de los factores

[255] WHO, «Prevention of violence: public health priority», *Forty-ninth World Health Assembly*, item 30.2, WHA 49.25, 25 de mayo de 1996. Una aplicación concreta de esta perspectiva puede encontrarse en su documento WHO (2018), *Violence Against Women. Prevalence, Estimates*, disponible en: https://www.who.int/publications/i/item/9789240022256

[256] Es explícito, por ejemplo, Andrés-Pueyo (2009, p. 27).

[257] *Ibidem*, p. 29.

[258] *Ibidem*, p. 47; Andrés-Pueyo y Echeburúa (2010, p. 404).

[259] Gabinete de Coordinación y Estudios de la Secretaría de Estado de Seguridad (2018, pp. 15-16).

situacionales o desencadenantes o disparadores de la conducta agresiva en un contexto concreto»[260].

Además, se afirma, la solución actuarial es funcional a las peculiaridades de la acción policial «de primera línea» en este terreno[261]. La necesidad de intervención preventiva inmediata de neutralización de la amenaza –el «bloqueo» de las posibilidades de una nueva agresión– proyecta sobre la policía exigencias de eficacia y capacidad de valoración rápida para la asignación de sus recursos. Se reclamarían mecanismos que minimicen los casos de falsos negativos –lo que se estima mucho más problemático que los falsos positivos–, y que extraigan su capacidad predictiva de la información obtenida del contacto directo de los agentes con víctimas y agresores. De ahí se deducen otras dos virtudes que se arrogan las técnicas actuariales: la estandarización de las valoraciones de operadores que no necesitan contar, en principio, con pericia experta al menos de tipo clínico; y la posibilidad de evaluación formal o «auditoría» del rendimiento del mecanismo, que dicha estandarización actuarial facilitaría.

Y, sin duda, una condición de posibilidad adicional para esta aplicación actuarial es la experiencia de ARAIs previos en el terreno, tanto de la violencia grave en general, como de la violencia de género en particular[262], con usos específicos en el ámbito policial[263].

Se busca, en definitiva, un mecanismo de administración de riesgos más que de diagnóstico y tratamiento de la peligrosidad –en todo caso, esto último se recodifica en lo primero–. Eficacia, eficiencia y respuesta gerencial, ingredientes característicos de la justicia actuarial, se evidencian en este ámbito de administración policial preventiva. Un enfoque de pragmatismo punitivo que coexiste con el marco sociológico-antropológico sobre la dominación de género que acoge la LOIVG.

En todo caso, la policial no es la única valoración ni gestión del riesgo que se produce en el complejo legal de la violencia de género. Al margen de las estimaciones

---

[260] Montero Gómez (2007, p. 250).

[261] Gabinete de Coordinación y Estudios de la Secretaría de Estado de Seguridad (2018, pp. 25 y 31).

[262] Entre otros, los mencionados SARA, DVSI-R, KSID, EPV-R y RVD-BCN.

[263] Los ya citados B-SAFER (adaptación del SARA para uso policial), DV-MOSAIC, ODARA, SVRA-I.

que se realizan ocasionalmente en el ámbito «asistencial» hacia las víctimas[264], en el contexto punitivo se aglutinan hasta tres valoraciones de riesgo posibles: judicial, forense y policial.

La complejidad competencial y material del escenario ha llevado a un despliegue tecnológico relevante desde 2007, a través del Sistema de Seguimiento Integral en los casos de Violencia de Género (Sistema VioGén), recurso común a la diversidad de actores intervinientes en la materia[265]. Técnicamente se trata de un fichero de datos de carácter personal titularidad del Ministerio del Interior[266], configurado a modo de plataforma informática.

En este fichero informatizado, o plataforma, se integran las aplicaciones de los protocolos de valoración del riesgo, que sistematizamos a continuación.

La interposición de denuncia suscita un primer jucio de riesgo, dirigido a la adopción de las medidas cautelares-preventivas previstas en la legislacón procesal, orden de alejamiento o de protección. Se trata, en este caso, de una valoración del órgano judicial: un cálculo de probabilidad de tipo epistemológico. No obstante, el órgano decisor cuenta con la posibilidad de solicitar una valoración forense del riesgo

[264] Por ejemplo, desde las Oficinas de Atención a las Víctimas del Delito.

[265] Los objetivos del sistema son: garantizar el seguimiento y protección a las víctimas de violencia de género en cualquier parte del territorio nacional; aglutinar bajo eun único sistema a todas las instituciones intervinientes en la asistencia y protección de las víctimas; integrar en una sola base de datos los hechos y circunstancias que atañen a las víctimas (proceso compartido de «gestión del conocimiento»); realizar la «valoración del riesgo» de que la víctima sufra una nueva agresión; articular un mecanismo de avisos, alertas y alarmas («Subsistema de Notificaciones Automatizadas») ante incidencias, acontecimientos o circunstancias que puedan poner en peligro a la víctima (Zurita Bayona 2014, pp. 693-694). *Vid.*, así mismo, la web: http://www.interior.gob.es/web/servicios-al-ciudadano/violencia-contra-la-mujer/sistema-viogen

[266] Configurado inicialmente por Orden INT/1911/2007, de 26 de junio, por la que se crea el fichero de datos de carácter personal «Violencia doméstica y de género», en el Ministerio del Interior, derogada después por la vigente Orden INT/1202/2011, de 4 de mayo, que regula el conjunto de ficheros de datos de carácter personal de dicho Ministerio. El apartado 13 del Anexo II de esta última Orden lo sigue calificando como fichero «Violencia doméstica y de género» adscrito a la Secretaría de Estado de Seguridad, con tratamiento de datos de carácter automatizado y nivel de seguridad exigible alto. Se le prevén los usos siguientes: protección a las víctimas, prevención de infracciones penales relacionadas con la violencia doméstica y de género, tratamiento penitenciario a los agresores y, de forma complementaria, fines estadísticos y asistenciales. Pueden acceder a la información del fichero órganos judiciales del orden penal y Juzgados de violencia sobre la mujer, Ministerio Fiscal, policía judicial y unidades pliciales especializads en violencia de género, Administraciones penitenciarias, Delegaciones y Subdelegaciones del Gobierno, Unidades de Valoración Forense Integral de los Institutos de Medicina Legal del Ministerio de Justicia y las Comunidades Autónomas, estas últimas para el ejercicio de sus competencias en materia de protección a las víctimas en su territorio (servicios asistenciales, puntos de coordinación de las órdenes de protección, oficinas de atención a la víctima del delito y servicios sanitiarios), y Entidades Locales para el ejercicio de sus competencias de «asistencia social» integral de las víctimas (además, en su caso, de las unidades correspondientes de las policías locales en ejercicio de funciones de auxilio judicial).

de violencia dispensada por los servicios de medicina legal (Institutos de Medicina Legal y Ciencias Forenses, IMLCF), normalmente a través de las Unidades de Valoración Forense Integral (UVFI).

Esta segunda valoración de riesgo –potestativa– cuenta con su protocolo específico. En su versión original (2011), resultaba de un juicio clínico estructurado en dos técnicas[267]. Por un lado, mediante recopilación de datos obtenidos de una entrevista estructurada[268]. Por otro, como prueba complementaria recomendada, mediante aplicación de la Escala de prevención de riesgo de violencia grave contra la pareja (EPV-R), de carácter actuarial y aplicación «manual» diseñada específicamente para el contexto español y basada en 20 factores agrupados en 5 categorías, indicativas de un *scoring* de tres categorías de riesgo: bajo, moderado o alto[269].

El nuevo protocolo (2020) ha alterado la técnica de valoración[270]. Recomienda el uso de una aplicación actuarial codificada en *software*, denominada formulario VFR, «Valoración Forense del Riesgo», adaptación del VPR de uso policial e implemnetado también en VioGén. Se trata de una transacción en formato web estructurada como *checklist.* El operador habrá de marcar la presencia o ausencia de los distintos indicadores[271]. A diferencia de su versión policial, en esta valoración forense el instrumento actuarial se adopta en un contexto de juicio clínico estructurado[272].

---

[267] Ministerio de Justicia (2011).

[268] Antecedentes de violencia No de género, situación sentimental y laboral en el último año, salud mental del agresor, historia de violencia contra la pareja, valoración de la agresión actual, vulnerabilidad de la víctima.

[269] Echeburúa et *al.* (2010). La estructura de la tabla es la siguiente. I. Datos personales (incluyendo un factor, relativo a la procedencia extranjera del agresor o de la víctima). II Situación de la relación de pareja en los 6 últimos meses (2 factores, relativos a existencia de separación reciente, actitudes de acoso o quebrantamientos de la orden de alejamiento). III. Tipo de violencia en los 6 últimos meses (7 factores referidos a: violencia física, amenazas, agresiones sexuales, frecuencia de los incidentes violentos, intención del agresor, uso de medios peligrosos). IV Perfil del agresor (7 factores referidos a: celos, historial de conductas violentas con parejas anteriores u otras personas, consumos, antecedentes de enfermedad mental, conductas crueles). V. Vulnerabilidad de la víctima (3 factores: percepción del peligro de muerte en el último mes, intentos de retirada de denuncias previas, enfermedad, soledad o dependencia).

[270] Comité Científico-Técnico del Consejo Médico Forense (2020).

[271] 30, agrupados en 5 categorías: historia delictiva previa, factores de violencia actual, características del agresor, factores de la víctima y factores de la relación de pareja.

[272] El protocolo considera fuentes recomendables de información el reconocimiento de agresor y víctima, el estudio de la historia clínica y, específicamente, de la documentación médica/psiquiátrica disponible (*ibidem*, p. 26).

Se admite, en todo caso, continuar utilizando la tabla EPV-R en lugar del nuevo formulario, e incluso otros ARAIs específicos, como el SARA. El resultado de los métodos actuariales no es determinante para el profesional forense, que habrá de emitir finalmente su «juicio de valor», pudiendo modificar la valoración deducida del ARAI dentro de su propia escala (en el caso del VFR, riesgo «no apreciado, bajo, medio, alto o extremo).

La mera interposición de denuncia, o incluso el conocimiento de hechos indiciarios de violencia de género, abre también el espacio policial para la evaluación del riesgo de agresión, a fin de asegurar la integridad de la víctima y, en caso de adopción de medidas cautelares, garantizar el cumplimiento de las exclusiones de interacción con el agresor. Se trata de una actuación policial de auxilio judicial que responde a la función prevista en el art. 282 LECrim[273] y que, conforme al mandato del art. 31 LOIVG, ha de contar con unidades especializadas en Policía Nacional y Guardia Civil[274] –sin perjuicio de las competencias de las policías autonómicas[275]–, y con participación posible de las Policías Locales[276].

El protocolo de valoración y gestión ha sido regulado a través de sucesivas Instrucciones de la Secretaría de Estado de Seguridad desde 2007[277]. Su objetivo es

---

[273] Dispone el precepto que «Cuando las víctimas entren en contacto con la Policía Judicial [...] llevarán a cabo una valoración de las circunstancias particulares de las víctimas para determinar provisionalmente qué medidas de protección deben ser adoptadas para garantizarles una protección adecuada, sin perjuicio de la deicisón final que corresponderá adoptar al Juez o Tribunal».

[274] Así, las Unidades de Atención a la Familia y Mujer (UFAM) de la Policía Nacional y los Equipos Mujer-Menor (EMUMEs) de la Guarida Civil, integrados en las Unidades Orgánicas de Policía Judicial de dicho Cuerpo (UOPJs).

[275] Art. 31.4 LOIVG. De hecho, la Ertzaintza emplea el modelo EPV-R y Cataluña, al menos en el área de Barcelona, Mossos d'Esquadra y policía local cuentan con el RVD-BCN. Ninguna de las dos Comunidades Autónomas está integrada en VioGén.

[276] El art. 31.2 LOIVG impone al Gobierno la promoción de la participación de las policías locales en esta materia. La actuación de estas como policía judicial está prevista en el art. 547 LOPJ, DA 10ª de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local –introducida por Ley 57/2003– art. 1 RD 769/1987, de 19 de junio, sobre regulación de la Policía Judicial y la LOFCS, a la que remite expresamente el art. 173 RD Legislativo 871/1986, de 18 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local. En 2007 el Ministerio del Interior y la Federación Española de Municipios y Provincias suscribieron un «convenio marco» en materia de seguridad ciudadana y seguridad vial, en virtud del cual se permite habilitar la colaboración y participación de los Cuerpos de policía local en las funciones de policía judicial; previsión que se concreta, después, en virtud de acuerdos específicos entre el Ministerio y los distintos entes locales.

[277] La necesidad de un «Protocolo de Actuación de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad y de Coordinación con los Órganos Judiciales para la protección de la violencia doméstica y de género» se estableció por el art. 31.2 LOIVG. La actuación policial se reguló inicialmente por Instrucción 10/2007, de 10 de julio, por la que se aprobó el Protocolo para la valoración policial del nivel de riesgo de

regular la aplicación de las medidas policiales de protección a mujeres víctimas de violencia y menores a su cargo, en función del riesgo valorado en cada caso. La lógica del protocolo persigue la personalización de la protección a cada víctima (adaptada al nivel de riesgo de agresión), pero también lograr una asignación eficiente de los recursos policiales.

La Instrucción protocoliza el uso del ARAI (VPR/VPER) y describe sus características «externas». Existe documentación accesible que describe sus fundamentos metodológicos, hitos en el proceso de construcción del modelo, factores incluidos y ciertos parámetros operativos[278]. Sin embargo, los algoritmos que sostienen la aplicación no son accesibles, por lo que desconocemos el modo en que los distintos factores son combinados, ni sus pesos en el pronóstico.

La Administración describe el mecanismo como «sistema experto» que integra en una programación algorítmica el conocimiento acumulado sobre la incidencia de distintos factores de riesgo en la reincidencia de conductas violentas[279]. Se deduce de ello que el ARAI se basa en reglas fijas precodificadas, sin capacidad de aprendizaje automático –la adaptación sucesiva de las reglas exige, entonces, una recodificación «manual» del algoritmo–. Esto lo excluye de la categoría del «riesgo algorítmico» que aquí propondremos como sinónimo de ML, pero sí implica automatización de la valoración del risgo y encapsulamiento algorítmico (no publicitado) de sus criterios.

El VPR, en su vigente versión 5.0[280], está basado en 39 indicadores de riesgo de cumplimentación dicotómica (sí/no o «no se sabe»)[281], distribuidos en 4 ámbitos[282]. Se

violencia contra la mujer. Sustituida después por las Instrucciones 14/2007, 5/2008 y 7/2016 y, finalmente, por la vigente Instrucción 4/2019, de la Secretaría de Estado de Seguridad, por la que se establece un nuevo protocolo para la valoración policial del nivel de riesgo de violencia de género (Ley Orgánica 1/2004), la gestión de la seguridad de las víctimas y seguimiento de los casos a través del sistema de seguimiento integral de los casos de violencia de género (Sistema VioGén).

[278] Gabinete de Coordinación y Estudios de la Secretaría de Estado de Seguridad (2018, pp. 43 y ss.).

[279] *Ibidem*, p. 50.

[280] La primera versión constaba solo de 20 ítems. Un historial de las versiones hasta la 3.1 puede encontrarse en Zurita Bayona (2014, p. 748). Para una descripción de la versión 4.0 *vid.* Gabinete de Coordinación y Estudios de la Secretaría de Estado de Seguridad (2018).

[281] En versiones anteriores se permitía una gradación de intensidad en la apreciación de los distintos factores entre NS (no se sabe), ND (no se da), B (baja), M (media), A (alta) y E (extrema) (Zurita Bayona 2014, p. 754). La actual codificación dicotómica, vigente desde la versión 4.0 aprobada en 2015, pretende «incrementar la objetividad» (Gabinete de Coordinación y Estudios de la Secretaría de Estado de Seguridad 2018, p. 57). Es decir, se aspira a avanzar en la esandarización de la valoración como criterio de fiabilidad.

aplica tras la denuncia o el conocimiento de hechos presuntamente constitutivos de violencia de género, por parte de los agentes policiales que insruyan las primeras diligencias.

Estos recaban la información, principalmente mediante entrevistas con la víctima, el agresor u otros sujetos (vecinos, familiares, testigos, etc.), o bien a través de informes técnicos[283]. Aunque no se trata de un diagnóstico clínico («experto» en el sentido habitual del término en el campo de la peligrosidad), se busca una adecuada pericia de los agentes policiales en su entrevista con la víctima y en la codificación de la información, determinante para la operatividad del ARAI[284].

El operador cumplimenta el formulario, tipo *checklist*, y el ARAI arroja la valoración de riesgo, calificándolo dentro de la escala «No apreciado, Bajo, Medio, Alto, Extremo». Se admite que el agente modifique el riesgo al alza si considra, conforme a su propia percepción (subjetiva-especulativa, basada en su «saber hacer» policial) que el nivel calculado por el sistema resulta insuficiente. No se admite sin embargo rebajar el *scoring* calculado por el ARAI. En todo caso, esta posibilidad de matización «humana» de la valoración maquínica, junto con la codificación manual de la información, convierten al sistema en semiautomatizado –en un «sistema actuarial ajustado»[285]–, dato con trascendencia en el actual marco normativo de las decisiones jurídicas automatizadas y la elaboración algorítmica de perfiles, como se verá.

Esta configuración del modelo responde a su vocación de «*screening* o cribado con alta sensibilidad», sobre todo frente a casos de riesgo especialmente cualificado,

---

[282] Gravedad del episodio denunciado (con indicadores relativos al historial de violencia en la pareja); factores relativos al agresor (área subdividida en: relación de pareja –celos, control y acoso–, características antisociales –antinormativas y violentas–, e indicadores psicopatológicos y psicosociales); características de la víctima (vulnerabilidad y circunstancias que pueden precipitar acciones violentas); y aspectos subjetivos de la víctima (percepción de su propio riesgo) (*ibidem*, p. 59-60). El conjunto de factores se refieren a la violencia actual y pasada, del tipo que sea, sufrida por la víctima; a la relación víctima agresor, actual o pasada; a los antecedentes y circunstancias de distinto tipo referidas al agresor y su entorno; a las circunstancias personales, familiares, sociales, económicas y laborales de la víctima; y a hechos «críticos» como la retirada de denuncias, la reanudación de la convivencia y/o desistimiento o renuncia de la víctima a su protección, así como otras circunstancias que afecten al caso.

[283] Instrucción 4/2019, §1.2-1.5.

[284] La Instrucción advierte de la necesidad de minimizar la «doble victimización» y de eviar sugerencias que provoquen sesgos o desviaciones en las respuestas. A tal fin se ha elaborado una «Guía de habilidades de comunicación para la recogida de datos que permitan realizar las valoraciones de riesgo con los formularios incluidos en el Protocolo de Valoración Policial del Riesgo» (Gabinete de Coordinación y Estudios de la Secretaría de Estado de Seguridad 2018, Anexo IV, pp. 113-119).

[285] Gabinete de Coordinación y Estudios de la Secretaría de Estado de Seguridad (2018, p. 23).

aunque se logre solo una moderada especificidad[286]. La sensibilidad se refiere a la capacidad del ARAI de lograr positivos correctamente identificados (es decir, evitar al máximo los falsos negativos). La especificidad –aptitud para detectar negativos correctamente identificados (es decir, evitación de falsos positivos)– se estima menos relevante en un mecanismo de valoración urgente. Se asume, en definitiva, la posibilidad de cierta inflación en la apreciación del riesgo. Por ello la Administración aconseja que los órganos judiciales consideren «con cautela» ese resultado de la valoración policial[287]; resultado que les es remitido, al tiempo que al Ministerio Fiscal, en modo de «informe automatizado» generado por el propio sistema[288].

Cabe la posibilidad de que la aplicación destaque el caso sometido a valoración por considerarlo de especial relevancia. En ese supuesto el protocolo exige «diligencias adicionales»: la policía habrá de informar a la autoridad judicial, recomendando la práctica de evaluaciones adicionales en el ámbito judicial; típicamente, evaluación forense del riesgo[289].

El formulario VPER (Valoración Policial de la Evolución del Riesgo) se aplica tras la celebración de la vista judicial para resolver la solicitud de la medida cautelar. Se compone de 43 indicadores, mixtos de riesgo-protección, agrupados en las mismas cuatro dimensiones que el VPR más una adicional, con indicadores dinámico-relacionales, que permiten el seguimiento del riesgo y la actualización, en su caso, de las medidas protectoras. En realidad, el formulario se desglosa en dos variantes: VPER-C (versión con incidencia), en casos de evolución negativa, con concurrencia de nuevos incidentes de violencia; y VPER-S (versión sin incidencia), que supervisa la evolución positiva de los casos[290].

La Administración equipara el VPER con ARAIs de tercera generación, como el LSI-R, RisCanvi y el SAQ[291], al incorporar factores dinámicos significativos en la

---

[286] *Ibidem*, p. 50.

[287] *Ibidem*, p. 31.

[288] Instrucción 4/2019, §1.7.

[289] *Ibidem*, §1.7.II.

[290] *Ibidem*, §5. Mientras el VPER-C se cumplimenta cuando acaece una incidencia violenta, el VPER-S se utiliza según tiempos tasados, que varían en función del nivel de riesgo: intervalos máximos de 90 días en casos de riesgo no apreciado, 60 días en riesgos bajos, 30 días en riesgos medios, 7 días en riesgos altos, y 72 horas en supuestos de riesgo extremo.

[291] Gabinete de Coordinación y Estudios de la Secretaría de Estado de Seguridad (2018, p. 43).

evaluación. No obstante, el modelo sigue teniendo un carácter más bien rígido y altamente automatizado en el resultado, con poco margen de valoración del operador, a diferencia del cariz más clínico del VFR. Por otro lado, alejándose aquí del VPR, la valoración de la evolución del riesgo se enfoca hacia la especificidad más que a la sensibilidad. Se pretende ahora aumentar el valor predictivo y reducir la posibilidad de falsos positivos[292]. La finalidad ya no es de *screening* sino de monitorización del riesgo en diversos momentos y un ajuste más afinado de las medidas tuitivas.

Cada nivel de riesgo resultante implica la adopción de ciertas medidas policiales para la protección de las víctimas. Son de aplicación obligatoria en los distintos niveles de riesgo apreciado, conforme detalla el Anexo 1 a la Instrucción 4/2019. Es decir, la valoración del riesgo funciona como elemento reglado para la aplicación de las medidas. En cada nivel, las medidas pueden ser de tipo «informativo y asistencial» para la víctima[293], o de tipo «operativo» para víctima[294] y agresor[295].

Cuando media orden judicial de alejamiento o protección, la intervención policial busca garantizar el cumplimento de las restricciones. Se despliega entonces el tipo de «gubernamentalidad espacial» que Mery describió como novedad significativa en las prácticas de gobierno[296]. Se trata de una gestión del espacio urbano que no busca la creación de espacios de seguridad colectiva o pública, sino la protección de una concreta persona mediante la exclusión de los potenciales agresores de su espacio vital; enfatiza la seguridad de las víctimas más que la actuación sobre los agresores[297].

A través de las restricciones de acercamiento, la gestión del riesgo se plasma espacialmente a través de criterios tanto estáticos como dinámicos. Existen zonas de acceso excluido para el agresor conforme a ciertos radios («metros» de alejamiento

---

[292] *Ibidem*, p. 51.

[293] Por ejemplo, facilitar a la víctima recomendaciones en materia de autoprotección (en riesgo no apreciado), o números de teléfono de contacto permanente (en riesgo bajo).

[294] Entre otras, contactos telefónicos y/o personales con la víctima (riesgo bajo), control ocasional de la víctima en domicilio, lugar de trabajo y centros escolares de los menores, y acompañamiento a la víctima en actuaciones de carácter judicial (medio), control frecuente y aleatorio en domicilio y lugar de trabajo de la víctima (alto), o protección permanente de la víctima (extremo).

[295] Por ejemplo, si dispone de permiso de armas, retirada y entrega de las armas (riesgo bajo), comprobación periódica del cumplimiento de las medidas judiciales de protección impuestas (medio), control aleatorio de sus movimientos y contactos esporádicos con personas que frecuente (alto), o control intensivo de sus movimientos (extremo).

[296] Mery (2001).

[297] *Ibidem*, pp. 17-18.

definidos judicialmente al adoptar la medida): domicilio de la víctima, lugar de trabajo u otros sitios frecuentados, concretados solo en sede policial. Pero también prohibición de aproximarse a la víctima, lo que implica eludir la coincidencia en espacios no tasados, definidos mediante el propio uso del espacio por parte de la mujer sujeta a protección. La policía *mapea* el espacio urbano e informa a víctima y agresor del protocolo de actuación en casos de encuentros imprevistos[298].

Es una proyección territorializada del riesgo de agresión que responde a la idea de c*ronotopo* propuesta por Valverde[299]: entrelazamiento de configuraciones temporales y espaciales bajo un determinado complejo legal-gubernamental, a partir de un cierto dispositivo.

No obstante, la valoración policial del riesgo goza de cierta autonomía respecto a las medidas procesales de carácter cautelar-preventivo. Dicha evaluación tiene lugar en todo caso, antes incluso de que recaiga la decisión judicial. Y, aun en el caso de que se hayan desestimado la orden de alejamiento o de protección, las medidas tuitivas policiales se aplicarán obligatoriamente si el riesgo apreciado es medio, alto o extremo, y con carácter potestativo en supuestos de riesgo bajo o no apreciado[300]. Esta cierta desconexión de la evaluación y gestión policial del riesgo respecto a la formalidad de las medidas procesales añade dificultad a su calificación jurídica. Parece operar como mera actuación material de policía, sin que la valoración actuarial de riesgo se integre en ningún acto jurídico-formal reconocible.

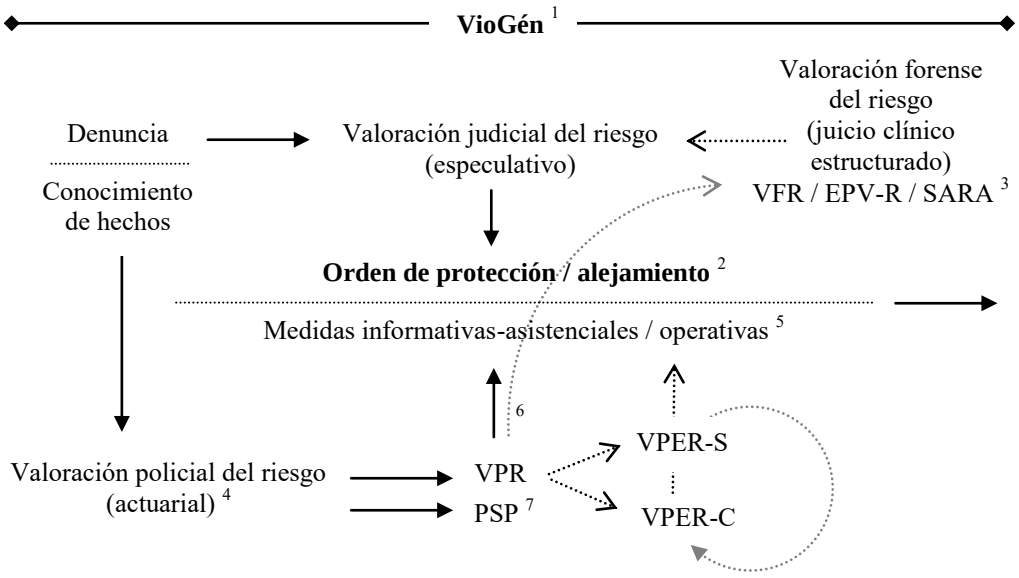
El esquema de este complejo operativo puede esquematizarse como sigue:

[298] Explicación obtenida de las entrevistas realizadas con oficiales de la Unidad de Convivencia y Atención Social de la Policía Local de Logroño en junio de 2015 y abril de 2017.

[299] Valverde (2015).

[300] Instrucción 4/2019, §4.2.

FIGURA 2. Gestión del riesgo de reincidencia de violencia de género (VPR/VPER, VFR)



[1] §13, Anexo II, Orden INT/1202/2011

[2] Arts. 544bis y 544ter LECrim

[3] Comité Científico-Técnico del Consejo Médico Forense (2020)

[4] Instrucción 4/2019 Secretaría de Estado de Seguridad

[5] Anexo 1 Instrucción 4/2019 Secretaría de Estado de Seguridad

[6] En caso de «diligencias adicionales», §1.7.II Instrucción 4/2019 Secretaría de Estado de Seguridad

[7] Anexo 2 Instrucción 4/2019 Secretaría de Estado de Seguridad

Desde el punto de vista de su racionalidad de gobierno, la gestión del riesgo de agresión en violencia de género, pese a su sentido gerencial-actuarial, avanza en una línea de transformación diversa de lo policial: aproxima la labor de los agentes policiales a una suerte de intervención social[301]. Se pretende la creación de un clima de confianza con la víctima y conocimiento municioso de las circunstancias individuales, entablando una auténtica relación personal «de caso», en estrecho vínculo con los Servicios Sociales que trabajan «a pie de domicilio»[302].

[301] La inclinación de la labor de la policía hacia lógicas propias de «lo social» ha sido descrita como tendencia más amplia de lo policial en fechas recientes. Por ejemplo, para el caso de la Policía Local madrileña, *vid*. el interesante trabajo de Ávila Cantos y García García (2020). Advierten que la aproximación se produce, también, por la creciente incorporación de la lógica de gestión de riesgos en el ámbito de la intervención social (p. 115).

[302] Según expresan los oficiales de la Unidad de Convivencia y Atención Social de la Policía Local de Logroño, en las entrevistas citadas.

Por último, una racionalidad de gobierno más se suma aún a la administración del riesgo de agresión. Se pretende incrementar la capacidad de la mujer víctima para gestionar la propia amenaza, mediante la elaboración de un Plan de Seguridad Personalizado (PSP) con medidas de autoprotección adecuadas para el caso concreto[303]. Para ello, los agentes realizan una evaluación del caso «deseleccionando» aquellas medidas de auto aseguramiento que no consideren «posibles, factibles, asumibles, adecuadas o idóneas para víctima en concreto, en atención a sus particulares circunstancias»[304]. Se busca una adecuada percepción del riesgo por parte de la mujer víctima ysu responsabilización individual sobre la propia seguridad, en la lógica de un sujeto *prudencial* descrito por O'Malley como estrategia de gobierno del riesgo[305].

El complejo legal de la violencia de género muestra la heterogeneidad del riesgo como pauta de racionalización de la intervención securitaria y punitiva. El dispositivo riesgo, referido a la amenaza de agresión, trenza las regulaciones jurídicas con técnicas de valoración, tecnologías normativas, estrategias de actuación de los operadores y formas de procesar a los sujetos, diversas.

El ARAI VPR/VPER es peculiar en su funcionalidad. Regla la intervención policial exigiendo ciertas «prestaciones» de control-protección según el nivel de riesgo apreciado; busca la asignación eficiente de los recursos policiales en función de la entidad de amenaza de los casos, pero incide también en la esfera del sujeto de riesgo, sometido a medidas de escrutinio de intensidad variable; valora un riego «contextual»

[303] Instrucción 4/2019, Anexo 2.

[304] Los factores a atender por los agentes son, entre otros, las características físicas de la mujer, su posible discapacidad, edad, si trabaja o no, si tiene o no menores a su cargo y sus edades, el tipo de vivienda que habita, la habilidad y frecuencia en el uso de redes sociales, el nivel formativo, su arraigo familiar y/o social, su disponibilidad económica… Las medidas a adoptar se estructuran en siete apartados: portar siempre un teléfono móvil (las medidas se refieren a pautas concretas de uso), hacer un uso seguro de las nuevas NTIC y redes sociales (de nuevo, con criterios específicos de utilización), ciertas medidas de autoprotección personal generales (rutinas de seguridad en desplazamientos, identificación de vecinos y amigos de más confianza, no acudir a encuentros con el agresor, portar copia de las dispsociciones judiciales sobre las medidas adoptadas, formación en defensa personal, gestión segura de redes sociales y aplicaciones móviles, pautas en caso de cambio de domicilio), planificación de la rutina de huída en caso de intento de nueva agresión (con definición de un protocolo específico), medidas de autoprotección ante nueva agresión si hay menores a cargo (de nuevo, con ciertos pasos protocolizados), medidas de autoprotección en caso de que el agresor haya abandonado el domcilio (refiriéndose las medidas a prevenciones ante posibles intentos de regreso) y medidas de autoprotección en el lugar de trabajo.

[305] O'Malley 1996 y 2010a, pp. 61-7.2

referido a la relación víctima-agresor, pero enuncia en él, en definitiva, un juicio de peligrosidad recompuesto sobre el agresor potencial.

b) Detección de riesgos en el Sistema Europeo de Información y Autorización de Viajes

El segundo ARAI al que prestaremos atención responde a un objeto de gobierno distinto, pero también de carácter policial y marcadamente preventivo, como es la gestión fronteriza. Se trata ahora de un caso de gestión policial netamente administrativo –formalmente de policía especial, aunque con claro carácter de policía de seguridad en su efectividad sustatniva–. En ese contexto se ha previsto la «detección sistmática de riesgos» del nuevo Sistema Europeo de Información y Autorización de Viajes (SEIAV, o ETIAS en su acrónimo inglés), regulado por Reglamento (UE) 2018/1240 (RSEIAV).

Se trata de un mecanismo administrativo que somete a autorización previa el acceso al espacio Schengen de nacionales de terceros Estados, exentos de la obligación de visado. Opera, en gran medida, a partir de una valoración actuarial de riesgos de la persona solicitante, que determina la admisión o denegación de su acceso al espacio Schengen.

El ARAI regulado por el Reglamento resulta de interés por cuatro motivos. Primero, ejemplifica una solución actuarial a un problema de gobierno definido expresamente en términos de riesgo, con un enfoque abiertamente instrumental y gerencial, y con una decidida inclinación tecnológica. Segundo, condensa los rasgos del giro preventivo, pues amenazas securitarias diversas –ilícitos penales, administrativos, peligros sanitarios y vagamente «sociales»– se amalgaman en torno a estructuras de gestión ejecutiva con vocación anticipatoria. Tercero, es un caso de riesgo algorítmico en sentido estricto, en el que la evaluación se nutre de la interconexión entre fuentes de datos heterogéneas con una modelización compleja y dinámica. Cuarto, si bien la norma jurídica reguladora (RSEIAV) no define el algoritmo de cálculo, sí pauta parcialmente la construcción del modelo, arrojando un verdadero texto tecnológico-normativo para la gestión administrativa del «riesgo migratorio».

Hemos tenido ocasión de comprobar cómo la gestión fronteriza es un ámbito de gobierno de vocación preventiva e instrumental. Busca administrar la «movilidad» con una lógica de selección, categorización o clasificación[306]: discriminar la movilidad funcional o aceptable –irrenunciable en un orden social y económico globalizado– de aquella disfuncional o portadora de amenazas de diversa índole[307]. La frontera es un espacio decisorio de aceptación/rechazo que enfrenta una disyuntiva gerencial[308]: cumplir su rutina clasificatoria sin entorpecer el curso de la movilidad *funcional*[309]; se trata de «segmentar» la circulación fronteriza, un problema marcadamente policial[310].

Esta forma de problematizar su cometido explica la rotunda inclinación del gobierno de la frontera hacia la gestión de riesgos: la «movilidad en exceso» se comprende consecuencia colateral, persistente, de la libertad circulatoria como ingrediente funcional y condición del espacio europeo interior. El ARAI previsto en el SEIAV se implementa en un espacio hondamente atravesado por la lógica del riesgo[311].

Es un contexto de gestión que presenta, además, neto soporte tecnológico desde el enfoque *smart borders solution* o *high-tech border* adoptado a principio de los años 2010[312]. La administración gerencial del riesgo fronterizo ha encontrado acomodo en la

---

[306] *Social sorting*, en el sentido estudiado por Lyon (2003).

[307] La amalgama de «riesgos» fronterizos –inmigración ilegal, terrorismo, trata de sres humanos, diversas formas de tráfico y delincuencia transnacional– es patente en la conformación del actual régimen de gobierno de las fronteras exteriores de la UE. *Vid.*, por ejemplo, la Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo COM(2002) 233 final, «Hacia una gestión integrada de las fronteras exteriores de los Estados miembros de la Unión Europea». Se ha hablado en este sentido de detección de «viajeros indeseados» (*unwanted travellers*) por oposición a aquellos «autorizados» (Hobolth 2012).

[308] La frontera, dice Bigo, quiere ser un *ban-óptico*, que comparte con el panóptico de Bentham su voluntad de vigilancia omnisciente, pero que no trata de castigar ni disciplinar de ningún modo, sino de obstaculizar la circulación e imponer el regreso (Bigo 2006 y 2014, p. 213).

[309] La dialéctica fluidez circulatoria-seguridad fronteriza es patente en la Estrategia técnica y operativa de gestión integrada de las fronteras, elaborada por Frontex. Su Objetivo estratégico 2 reza «Fronteras exteriores de la UE seguras y funcionales»: «Velar por que las fronteras exteriores faciliten el tránsito lícito y fluido aplicando medidas de control basadas en el conocimiento e incrementando el uso de información previa a la llegada mediante el uso eficaz de los sistemas de control fronterizo [...]» (Frontex 2019a, pp. 44 y 46).

[310] Ha explicado L'Heuillet que la administración circulatoria es, quizá, la primera de las taeras de la institución policial, labor que ha unificado en cierto modo las heterogéneas manifestaciones de su cometido (L'Heuillet 2010, pp. 130-132). Foucault apreció la naturaleza biopolítica de la circulación, aspecto inherente a la «población» como problema de gobierno y al proceso de *gubernamentalización* del Estado (Foucault 2004a, pp. 16 y ss.).

[311] Así se verifica en la citada Comunicación de la Comisión COM(2002) 233 final, cuyo apartado III.c) se preocupaba por «Cómo estructurar la evaluación común e integrada de los riesgos» en frontera.

[312] Esta apuesta por la tecnologización en las fronteras exteriores del espacio Schengen se hizo explícita en la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo *Smart Borders* –

implementación de tecnologías normativas, que han provocado una suerte de virtualización espacial y temporal de la frontera[313]: se comprende como un interfaz[314], una multiplicidad de nodos interconectados que comparten información en virtud de una estrategia compartida de gestión de riesgos. Se inscriben ahí sendas bases de datos que en la UE sostienen dicha lógica interoperativa[315], y todo un despliegue de aplicaciones y *gadgets* de monitorización fronteriza[316] con una triple lógica: cartografía de las rutas, selección o filtrado y posterior rastreo de la movilidad en el espacio interior[317]. Se busca construir un «'ecosistema' de capacidades de gestión»[318].

Frontex, Agencia coordinadora de la acción en las fronteras exteriores de la UE, es exponente de tales perspectivas operativas[319]. En especial, la gestión de riesgos determina su diseño normativo y funcionamiento[320], constituyendo su veradero eje estratégico[321]. La evaluación de riesgos de la Agencia busca perfilar las pautas y

---

Options and the Way Ahead, COM(2011) 680, de 25 de octubre de 2011. La gestión europea integrada de las fronteras ha de basarse en el «empleo de tecnología punta, incluidos sistemas de información a gran escala», art. 3.1.j) Reglamento (UE) 2019/1896, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de noviembre de 2019 (RFrontex). Hemos descrito este andamiaje tecnológico de la frontera con mayor detalle en San Martín Segura (2019).

[313] Wilson y Weber (2008, p. 127).

[314] Cooper y Rumford (2013, pp. 109-110).

[315] Sobre todo, el Sistema de Información de Visados (VIS), el Sistema de Información Schengen (SIS) y el Sistema de Entradas y Salidas (SES).

[316] Por ejemplo, a través de drones, expresión de un nuevo «poder óptico» especialmente funcional para la vigilancia de amenazas que no son estáticas, sino móviles, como ha expuesto Mendiola Gonzalo (2019, p. 11).

[317] San Martín Segura (2019, pp. 29-33).

[318] Así se expresa la vigente programación de Frontex (2019b, Actividad clave 1.2.2, p. 32).

[319] Frontex es la denominación comúnmente atribuida a la Agencia Europea de la Guardia de Fronteras y Costas, regulada por el RFrontex de 2019. Fue creada en 2004 bajo la denominación Agencia Europea para la Gestión de la Cooperación Operativa en las Fronteras Exteriores de los Estados miembros de la Unión Europea, mediante Reglamento (CE) 2007/2004 del Consejo, de 26 de octubre de 2004. La apelación habitual «Frontex» se ha mantenido pese al cambio de nombre y régimen de la Agencia.

[320] El «análisis de riesgos» en cuanto al control del cruce ilícito de las fronteras exteriores era una de las funciones atribuidas a la Agencia en los arts. 2.c) y 4 del anterior Reglamento de Frontex de 2004. Hoy esta misma previsión se encuentra en los arts. 3.c) y 10.1.a) RFrontex, que prevén, respectivamente, el «análisis de los riesgos para la seguridad interior y análisis de las amenazas que pueden afectar al funcionamiento o a la seguridad de las fronteras exteriores» como elemento de la «gestión europea intgrada de las fronteras» (GEIF) y «supervisar los flujos migratorios y realizar análisis de riesgos que abarquen todos los aspectos de la gestión integrada de las fronteras» como tarea de la Agencia. Atendimos ya a este enfoque de Frontex hacia la gestión del riesgo durante su primera etapa de funcionamiento en San Martín Segura (2011).

[321] Esa inclinación estratégica es patente desde un primer momento en la Agencia (*vid*., por ejemplo, la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y

tendencias de los flujos migratorios «irregulares» y de las actividades delictivas transfronterizas, con el objetivo de planificar la asignación de recursos, las operaciones y los propios controles en frontera. Afirma la capacidad de detectar prospectivamente intensidades de flujos circulatorios hacia puntos de las fronteras exteriores. Construye, de nuevo, un *cronotopo* donde la predicción del riesgo significa trazos virtuales en el espacio con el fin de racionalizar el control fronterizo[322].

Frontex se ha dotado para ello de un «Modelo común integrado de análisis de riesgos» (*Common Integrated Risk Analysys Model*, CIRAM)[323]. Actualmente en su versión 2.0, busca «establecer una metodología clara y transparente para el análisis sde riesgos y facilitar así un intercambio de información y una cooperación eficaces en el ámbito de la seguridad fronteriza»[324], y ha de proporcionar tres tipos de análisis de riesgos: anual general, presentado al Parlamento Europeo, al Consejo y a la Comisión; específicos, para planificar «actividades operativas»; y estratégico, para la planificación

Social Europeo y al Comité de las Regiones COM(2008) 67 final, de 13 de febrero de 2008, Informe sobre la evaluación y el desarrollo futuro de la Agencia Frontex). Actualmente, el Objetivo estratégico 1 de la actual planificación de la Agencia aspira a lograr una «menor vulnerabilidad de las fronteras exteriores gracias a un conocimiento exhaustivo de la situación», para lo cual «es necesario conocer en profundidad los riesgos a corto y largo plazo, así como las vulnerabilidades existentes»; «deben efectuarse análisis de riesgos para apoyar la planificación estratégica, operativa y tácnica y la toma de decisiones» (Frontex 2019a, pp. 30-31). Cuenta con una Unidad de Análisis de Riesgos (*Risk Analysis Unit*, RAU), encargada de proporcionar «evidencias» en que sostener las decisiones en todas las áreas de actuación de la Agencia.

[322] El art. 29 RFrontex regula la labor de análisis de riesgos: «La Agencia supervisará los flujos migratorios hacia y dentro de la Unión, en términos de tendencias, volúmenes y rutas migratorias, y otras tendencias o posibles retos en las fronteras exteriores y en materia de retorno» (apartado 1). Los Estados miembros deberán tener en cuenta los resultados del análisis de riesgos «para programar sus operaciones y actividades en las fronteras exteriores, así como sus actividades en materia de retorno» (apartado 7).

[323] El CIRAM estaba previsto en el antiguo art. 4 del Reglamento de Frontex de 2004, hoy en el art. 29.1 RFrontex. La estrategia técnica y operativa de la Agencia atiende al Modelo de análisis de riesgos en su Objetivo específico 1.1: «Riesgos evaluados en profundidad»: «El seguimiento y análisis sistemático de los riesgos en frontera implican ser capaces de predecir lo que puede ocurrir en el futuro, gestionar datos de distintos tipos de fuentes de manera sistemática y metódica e incrementar la capacidad de alterta temprana y, de este modo, mejorar la capacidad de decisión y reacción» (Frontex 2019a, p. 31).

[324] Frontex (2013, p. 2). El carácter «común» del Modelo se refiere a su metodología compartida tanto a escala nacional como de la UE; «integrado» alude al objetivo de Frontex de promover una gestión integrada de las fronteras, con niveles uniformes y elevados de control: por ello, el análisis de riesgos pretende ser «puente» con otros organismos y autoridades policiales con competencias fronterizas y migratorias; «análisis de riesgos» implica examen sistemático de los componentes de las amenazas para la toma de decisiones; y «modelo» quiere decir que se aspira a crear un marco analítico con vocabulario y estructura común para el análisis de riesgos –es decir, no se trata solo de «un algoritmo que arroje resultados absolutos»– (*ibidem*, p. 3).

de política plurianual para la gestión europea integrada de las fronteras (art. 29.2 RFrontex)[325].

Para Frontex, el riesgo se define como «la magnitud y probabilidad de que se materialice una amenaza en las fronteras exteriores», y consta de tres componentes: la amenaza en sí (analizada en su magnitud y probabilidad), la vulnerabilidad ante ella (el nivel y la eficacia de la respuesta posible) y el impacto (repercusiones que tendría, caso de materializarse)[326].

La funcionalidad de este tipo de análisis de riesgos es, sobre todo, de planificación, con connotaciones de «inteligencia». A ese nivel, su metodología es principalmente cualitativa, con recurso ocasional a la cuantificación[327], o con combinaciones de ambas[328]. Por distintas vías, el espacio es pensado como superficie surcada por trazos que pueden ser imaginados o probabilizados en su virtualidad.

---

[325] *Vid.*, así mismo, la vigente programación de Frontex, que incluye como objetivo en sus actividades clave «Proporcionar periódicamente análisis y evaluaciones por secciones de fronteras/BCP [*border crossing points*] sobre todos los aspectos de la gestión integrada de las fronteras europeas, con el fin de orientar las decisiones operativas y estratégicas» (Frontex 2019b, Actividad clave 1.1.2, p. 31). Una enumeración más detallada de los tipos de análisis de riesgos desarrollados (anual, semestral, trimestral, semanal, centrados en fenómenos o áreas geográficas, y evaluaciones tácticas específicas) se recoge en Frontex (2013, p. 14). La planificación anual de análisis de riesgos puede consultarse, en su vigente versión, en Frontex (2021b). Un resumen de los análisis desarrollados en el último año puede hallarse en Frontex (2021a).

[326] En la matriz de análisis definida por la Agencia (Frontex 2013, pp. 5-10), la amenaza es una «fuerza o presión que actúa en las fronteras exteriores», y está en función de: el *modus operandi* de los flujos circulatorios, dónde se localizan y cuándo se producen, las rutas concretas, sus tendencias y el «efecto llamada»; por ejemplo: «el analista debe indicar que la amenaza de cruce ilegal de la frontera en el paso fronterizo X y el paso fronterizo Y es muy probable, sobre la base de datos del pasado y de la información actual disponible». La vulnerabilidad está determinada por la capacidad para reducir la amenaza (detectarla o prevenirla), y depende de: la permeabilidad fronteriza, las actividades operativas, la eficacia de las contramedidas y, de nuevo, del «efecto llamada» (la «evaluación de la vulnerabilidad» está prevista en el art. 32 RFrontex). Por último, el impacto ofrece perspectivas alternativas, como «amenaza sobre la seguridad interna» y «de las fronteras exteriores», o bien «en términos de flujo óptimo de pasajeros en las fronteras, y de consecuencias humanitarias». Según la matriz de análisis depende de: la seguridad fronteriza exterior, la capacidad para gestionar el flujo legítimo y el impacto humanitario (la «atribución de niveles de impacto a las secciones de las fronteras exteriores» se prevé en el art. 34 RFrontex).

[327] Para la Agencia, «[s]olo deben efectuarse estimaciones cuantitativas de los niveles de riesgo en casos particulares, en los que se disponga de una gran cantidad de datos y los resultados puedan validarse a lo largo del tiempo», por lo que, en la mayoría de los supuestos, «se recomienda utilizar evaluaciones cualitativas y clasificar los riesgos en categorías de importancia», que documenten las opiniones del analista sobre el riesgo (Frontex 2013, p. 11; véanse al respecto la «terminología de evaluación de la probabilidad de una amenaza» y los ejemplos de «estimaciones cualitativas del nivel de vulnerabilidad» especificadas en sus pp. 7 y 9).

[328] Así, por ejemplo, las técnicas de evaluación de diverso tipo, cuantitativas y cualitativas, empleadas para distintos fines analíticos: *braimstorming* como técnica de «imaginación» e «interconexión de ideas», provocación de expertos entre analistas de «los principales ámbitos de preocupación de la seguridad fronteriza (la inmigración ilegal, la delincuencia y el terrorismo)», análisis de pautas (a partir de

Los resultados ese tipo de análisis ganan concreción en el ejercicio de los controles en el cruce de fronteras exteriores, en las tareas de «inspección fronteriza»[329]. Emerge ahí el problema policial de la vigilancia específica y la selección en los controles, y la dialéctica gerencial fluidez-seguridad: «implica evaluar qué personas, vehículos, embarcaciones o vuelos hay que controlar», evaluación que «se hace en una situación táctica real, por lo que los métodos pueden denominarse análisis táctico de los riesgos»[330]. En esta proyección el despliegue tecnológico de la frontera aspira a compensar el ritmo de los cuerpos en circulación con la velocidad de la transmisión de datos y su aplicación *just in time*, segmentada y perfilada según valoraciones sobre el terreno[331].

En ese espacio se ha producido el esfuerzo de cuantificación y estandarización de la valoración de riesgos en la evaluación operada por los agentes fronterizos, como revela el SEIAV.

El régimen del cruce de las fronteras exteriores se apoya, en primer lugar, en criterios «estáticos» relativos a la nacionalidad, que discriminan la aplicación general de una «inspección mínima» para los titulares de la libre circulación en la UE, de aquella «minuciosa» prevista para los nacionales de terceros Estados[332]. Se aplican, en

---

estadísticas de sucesos pasados) y tendencias (mediante estimaciones cualitativas) y encuestas («utilizando un planteamiento de ciencias naturales para extrapolar la población total sobre la base de técnicas de captura/recaptura, es decir, el número de delincuentes transfronterizos capturados frente al número total de delincuentes transfronterizos que pasaron en ese periodo concreto») (*ibidem*, p. 17). Ejemplo de la combinación de técnicas de valoración del riesgo es el Proyecto piloto sobre previsión que Frontex documenta en su último informe anual de actividades, relativo a 2019. Se trata de un ejercicio que trata de «pronosticar el número de detecciones de cruces ilegales de fronteras» a lo largo de las cuatro principales rutas migratorias hacia la UE en cuanto a intensidad de flujos ilícitos, todas ellas en el Mediterráneo. La previsión se basa en un análisis cuantitativo basado en los dastos históricos sobre cruces ilegales en cada ruta, «combinado con una evaluación especializada del resultado, lo que da lugar a la previsión y el análisis finales» (Frontex 2020, pp. 44-46).

[329] Previstas en los arts. 7 a 20 del Reglamento (UE) 2016/399, del Parlamento y del Consejo, de 9 de marzo de 2016, por el que se establece un Código de normas de la Unión para el cruce de personas por las fronteras (Código de fronteras Schengen) (CSch).

[330] Así se preveía ya en 2002, en el Catálogo de recomendaciones y prácticas más idóneas para la correcta aplicación del acervo de Schengen: Fronteras, Expulsión y Readmisión (Consejo de la UE 5018/1/02 REV 1, 8 de febrero de 2002), §3, p. 12.

[331] Bigo (2014, p. 218). Por ello, Frontex se propone en su Estrategia técnica y operativa la consecución de un «entorno de intercambio de información eficaz e integral» (Frontex 2019a, Objetivo específico 1.3, p. 36).

[332] Conforme al art. 8.2 CSch, la inspección mínima a aplicar a toda persona que cruce las fronteras exteriores se dirige a determinar su identidad mediante la comprobación «simple y rápida» de la validez de sus documentos de viaje. Según el apartado 3 del precepto, la inspección minuciosa incluirá, a la entrada: control documental, verificación de los puntos de partida, destino y objeto de la estancia,

segundo término, juicios «dinámicos» sobre el flujo circulatorio, dirigidos a proyectar controles más intensos: bien inspecciones «de segunda línea» a nacionales de terceros Estados[333], bien comprobaciones de peligrosidad sobre titulares de la libertad de circulación, que podrán realizarse «sin carácter sistemático»[334]. Se trata de juicios de discreción policial, si bien crecientemente asistidos tecnológicamente –como evidencia, por ejemplo, el marco operativo EUROSUR[335]–.

El SEIAV ha de entenderse en la intersección de esas «necesidades de gobierno» (segmentación estática y dinámica de la movilidad y estructuración de las evaluaciones policiales) y tendencias, preventiva (orientada al riesgo) y tecnológica (aspirando a un «filtrado inteligente» de la circulación fronteriza)[336].

Toma como clara referencia los sistemas ESTA estadounidense y eTA canadiense[337]. Los tres son mecanismos de *screening* digital de la circulación de frontera. Se ubican en un supuesto concreto de la clasificación estática de la movilidad fronteriza: exigen una autorización anticipada para nacionales de terceros Estados *exentos de la obligación de visad*o (viajeros en principio «confiables»)[338] para estancias inferiores a 90 días, a través de un sistema esencialmente electrónico. En ese segmento

---

comprobación de los medios de subsistencia requeridos para la estancia y de que no supone peligro para la seguridad interior, consultando para ello las bases de datos pertinente; a la salida: comprobación documental y de ausencia de amenaza para la seguridad. A todo ello se suman los controles protocolizados en función de los tipos de frontera y medios de transporte, que reclaman de nuevo juicios selectivos por parte de los agentes (Anexo VI CSch).

[333] Arts. 8.4 y 5 CSch. Según el art. 2.13) de la norma, «inspección de segunda línea» significa «una nueva inspección que puede efectuarse en un lugar especial aparte de aquel en que se inspecciona a todas las personas (primera línea)».

[334] Art. 8.2 CSch. Dicha comprobación se realizará mediante consulta de las bases de datos nacionales y europeas a fin de asegurarse de que los sujetos inspeccionados «no representan amenaza real, actual y suficientemente grave para la seguridad interior, el orden público, las relaciones interancionales de los Estados o la salud pública».

[335] Se trata de un «marco integrado para el intercambio de información y para la cooperación operativa de la Guardia Europea de Fronteras y Costas» (art. 18 RFrontex), que «se utilizará para realizar inspecciones fronterizas en los pasos fronterizos autorizados y para la vigilancia de las fronteras exteriores [...] con el fin de detectar, prevenir y combatir la inmigración ilegal y la delincuencia transfronteriza y de contribuir a garantizar la protección y el salvamento de las vidas de los migrantes» (art. 19 RFrontex).

[336] «El SEIAV debe contribuir a facilitar las inspecciones fronterizas realizadas por agentes de la guardia de fronteras en los pasos fronterizos externos» (Considerando 11 RSEIAV).

[337] Respectivamente, Electronic System for Travel Authorization, instaurado en 2009 (https://esta-usagov.com/) y Electronic Travel Authorization, operativo desde 2017 (https://canadatravelvisa.com/).

[338] En la UE, conforme a la Lista común de países exentos, regulada en Reglamento (UE) 2018/1806 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de noviembre de 2018.

circulatorio, el SEIAV instaura un mecanismo de evaluación y gestión de riesgos, de base actuarial, que habilita un gobierno «dinámico» del tránsito fronterizo.

Fue adoptado en 2018 y se prevé que su puesta en funcionamiento se produzca durante 2022[339]. En este periodo transitorio debe construirse el andamiaje técnico del sistema.

El Reglamento regulador ha generado una estructura, técnica y orgánica, en la que se distribuyen las funciones de la evaluación de riesgos (arts. 5 a 10 RSEIAV). El complejo cuenta con: un «sistema de información», compuesto a su vez por un «sistema central», una interfaz y diversos servicios y aplicaciones telemáticos de acceso[340]; una «unidad central» integrada en Frontex, con responsabilidades sobre la actualización de los datos del sistema, los «indicadores de riesgo específicos» en los que se basa la evaluación, y con funciones de auditoría periódica[341]; las «unidades nacionales» designadas en cada Estado miembro, a las que corresponde examinar las solicitudes de autorización de viaje y decidir sobre su concesión, denegación, anulación o revocación, todo ello en los casos de «tramitación manual»[342]; y dos órganos de carácter consultivo-evaluador[343].

El esquema de funcionamiento es el siguiente.

---

[339] Conforme al art. 88 RSEIAV, la Comisión ha de determinar la fecha en la que el sistema entrará en funcionamiento, una vez cumplidas ciertas condiciones (relativas a la entrada en vigor de diversas modificaciones normativas, se hayan adoptado diversas medidas previstas en el propio Reglamento, y validados sus procedimientos legales y técnicos). Además, el art. 83 establece dos periodos transitorios a aplicar a partir de la fecha de inicio de funcionamiento: un periodo de seis meses (prorrogable por otros seis) en el que el uso del sistema será facultativo, y un periodo de gracia de otros seis meses tras el anterior, en el que las exigencias del Reglamento no serán todavía exigibles. La vigente programación de Frontex prevé que el mecanismo esté operativo para los transportistas en el primer trimestre de 2022 y, con carácter general, para finales de dicho año (Frontex 2019b, Actividad clave 1.4.2, p. 35).

[340] Su desarrollo y gestión técnica es tarea de la Agencia Europea para la Gestión Operativa de Sistemas Informáticos de Gran Magnitud del Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia (eu-LISA), regulada por Reglamento (UE) 2018/1726 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de noviembre de 2018 (véase su art. 1.4). Sobre la creación y mantenimiento de esa infraestructura técnica bajo la responsabilidad de eu-LISA véanse los arts. 6, 73, 74, 91 y 92 RSEIAV.

[341] Considerandos 14 a 16 y art. 7 RSEIAV.

[342] Art. 8 RSEIAV. Frontex había alentado ya la creación de «unidades de análisis de riesgos» propias en los distintos Estados miembros (Frontex 2013, p. 16).

[343] Un «Consejo de Detección», integrado también en Frontex, con fuciones consultivas, entre otras cuestiones, sobre los indicadores de riesgo específicos del sistema (art. 9 RSEIAV); y un «Consejo de Orientación sobre Derechos Fundamentales», con competencias consultivas y de evaluación (art. 10 RSEIAV).

Primero, la persona solicitante, antes de realizar su viaje, debe cumplimentar un solicitud *online* con un conjunto de datos personales según formulario estandarizado (art. 17 RSEIAV)[344]. Ha de responder, además, una serie de preguntas sobre sus antecedentes penales, viajes previos a ciertas zonas del mundo y decisiones previas de expulsión. Si la respuesta a alguna de ellas es positiva, se deberán responder preguntas adicionales no especificadas en el Reglamento.

Segundo, la solicitud es objeto de *tramitación automatizada*, que implica someterla a una batería de comprobaciones previstas en el art. 20 RSEIAV:

- Contraste con diversas bases de datos (SIS, VIS, SES, Eurodac, Europol e Interpol: SLTD y TDAWN)[345] a través del Portal Europeo de Búsqueda (PEB)[346] (art. 20.2 RSEIAV).
- Comprobación de que se haya producido respuesta afirmativa a algunas de las preguntas del formulario de solicitud sobre antecedentes, viajes previos a zonas en conflicto o imposiciones previas de salida por algún Estado miembro (art. 20.3 RSEIAV).

[344] Identidad, documento de viaje, residencia, información de contacto, nivel de estudios, grupo profesional, y datos adicionales en caso de viajeros menores de edad.

[345] SIS: Sistema de Información Schengen establecido, en su segunda generación, por Reglamento (CE) 1987/2006, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de diciembre de 2006, es una base de datos interoperativa dirigida a «garantizar un alto nivel de seguridad dentro del espacio de libertad, seguridad y justicia de la Unión Europea, incluidos el mantenimiento de la seguridad y el orden públicos y la salvaguardia seguridad en el territorio de los Estados miembros» (art. 1.2). Incorpora, entre otros, datos relativos a: nombre y apellidos, rasgos físicos, lugar de nacimiento, fotografías, impresiones dactilares, nacionalidad, información sobre si las personas «están armadas, son violentas o se han escapado» y conducta a observar con dichas personas. El SEIAV contrasta las solicitudes con el SIS, pero a su vez aspira a «apoyar los objetivos de este», aportando información sobre nacionales de terceros países que sean objeto de denegación de entrada o registradas en el sistema (Considerando 12 RSEIAV). VIS: Sistema de Información de Visados, regulado por Reglamento (CE) 767/2008, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de julio de 2008. SES: Sistema de Entradas y Salidas, establecido por Reglamento (UE) 2017/2226 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 30 de noviembre de 2017. Eurodac: Sistema europeo de comparación de impresiones dactilares de los solicitantes de asilo, creado por Reglamento (UE) 603/2013 del Parlamento y del Consejo, de 26 de junio de 2013. SLTD y TDAWN: bases de datos de Interpol, respectivamente, sobre documentos de viaje robados y perdidos, y sobre documentos de viaje «asociados con notificaciones» de algún tipo.

[346] Regulado por Reglamento (UE) 2019/817 del Parlamento Europeo y del Consejo, relativo al establecimiento de un marco para la interoperabilidad de los sistemas de información de la UE en el ámbito de las fronteras y los visados, por el que se modifica, entre otras normas, el RSEIAV. La interoperatividad del SEIAV está prevista en el art. 11 de este último Reglamento.

- Contraste con la «lista de alerta rápida del SEIAV» (art. 20.4 RSEIAV), base de datos incluida en el sistema central del SEIAV, y que contiene información relativa a personas «*sospechosas* de haber cometido o haber participado en un delito de terrorismo u otro delito grave, o respecto de las cuales existan *indicios concretos o motivos razonables*, basados en una *evaluación global de la persona*, para creer» que vaya a cometerlos[347]. Como puede apreciarse, la inclusión en la lista de alerta rápida supone una suerte de evaluación de riesgo anidada en el sistema de gestión de riesgos del SEIAV.
- Comparación con los indicadores de riesgo específicos para determinar el nivel de riesgo del solicitante (art. 20.5 SEIAV), según las pautas de detección sistemática del SEIAV (art. 33). Ello define determinados indicadores de amenaza: *riesgo para la seguridad*, *riesgo de inmigración ilegal*, o *riesgo elevado de epidemia*. Se trata del cálculo algorítmico automatizado y cuantitativo del riesgo, núcleo actuarial del sistema.

Las respuestas positivas por cualquiera de las causas anteriores (es decir, coincidencia con bases de datos, contestación afirmativa, coincidencia con lista de alerta rápida o apreciacón de nivel de riesgo elevado) requieren comprobaciones adicionales, conforme a los pasos que se indican a continuación[348]. Si no se produce ninguna respuesta positiva, la autorización de viaje se expide de forma automática (arts. 21.1 y 36 RSEIAV).

Tercero, si hay respuesta positiva, el caso será objeto de verificación por la unidad central del SEIAV, que comprobará la coincidencia detectada en el tratamiento automatizado (art. 22 RSEIAV). Si aprecia que se trata de un falso positivo, se expedirá automáticamente la autorización de viaje; si se confirma el positivo o subsisten dudas sobre la identidad del solicitante, se procederá a la

[347] Art. 34.1 RSEIAV (énfasis añadidos).

[348] Según el Considerando 24 RSEIAV, «respuesta positiva» significa «coincidencia entre alguno de los datos personales o combinación de estos consignados en la solicitud y los indicadores de riesgo específicos o datos personales contenidos en una inscripción, expediente o descripción consignados en [los] sistemas de información, o en la lista de alerta rápida del SEIAV».

«tramitación manual» por parte de la unidad nacional del SEIAV correspondiente[349]. Este mecanismo trata de garantizar que ninguna denegación pueda basarse únicamente en el tratamiento automatizado (Considerando 25 RSEIAV).

Cuarto, en caso de remisión para la tramitación manual, la unidad nacional competente tendrá que decidir sobre la expedición o denegación de la autorización de viaje, según criterios que varían en función de la causa que motivó la respuesta positiva (art. 26 RSEIAV):

- La denegará directamente si: el motivo de la respuesta positiva es que el documento de viaje utilizado para la solicitud ha sido declarado perdido, robado o invalidado en el SIS; o el solicitante es objeto de denegación de entrada y estancia inscrita en el SIS.
- En el resto de los supuestos de respuesta positiva, se encomienda a la unidad nacional una valoración adicional de riesgo *para la seguridad*, *de inmigración ilegal* y/o *elevado de epidemia*, según los casos[350]. La metodología de esta nueva evaluación de riesgos no está precisada en la norma.
- La unidad nacional puede solicitar información o documentación adicionales al solicitante para efectuar su valoración (art. 27 RSEIAV). Se admite también que «en circunstancias excepcionales y como último recurso» convoque al solicitante a una entrevista en su país de residencia (a través de Consulado) o, incluso, por medios telemáticos[351].

[349] Estado responsable se determinará conforme a los criterios del art. 25 RSEIAV. En caso de que la respuesta positiva se haya debido únicamente que la conestación afirmativa a alguna de las preguntas específicas del formulario, en cuyo caso no se produce verificación por parte de la unidad central, sino que la solicitud se remite directamente a la unidad nacional para su tramitación manual.

[350] En concreto, según los apartados 4 a 6 del art. 26 RSEIAV: si el positivo se produjo por respuesta afirmativa a preguntas del formulario, la unidad nacional evaluará el riesgo que el solicitante presente para la seguridad o el riesgo inmigración ilegal; si el positivo se debió a coincidencia con la lista de alerta rápida, la evaluación se referirá al riesgo para la seguridad; si el motivo fue la valoración de riesgo, deberá evaluarse los riesgos para la seguridad, de inmigración ilegal y elevado de epidemia (advierte la norma que esta nueva valoración no puede adoptarse en ningún caso sobre la base de la previa respuesta positiva deducida de los indicadores de riesgo específicos).

[351] Las condiciones de la entrevista, en cuanto a su lugar de realización y contenidos, así como las exigencias para su celebración telemática, se prevén en los apartados 4 a 8 del art. 27 RSEIAV.

- Si, tras la valoración efectuada, incluso habiéndose practicado entrevista, subsisten dudas sobre el nivel de amenaza que represente el sujeto, o a instancia de otro Estado miembro, la unidad nacional puede expedir la autorización «con una indicación que recomiende a las autoridades fronterizas proceder a una inspección de segunda línea» (art. 36.2 RSEIAV).

Quinto, la expedición de la autorización de viaje no garantiza la entrada al espacio Schengen. Aun con autorización válida comprobada, e incluso sin indicación de inspección de segunda línea, los agentes de frontera «deben decidir si autorizar o denegar la entrada», para lo cual tendrán acceso a los datos del expediente sobre el sujeto (Considerando 37 RSEIAV). Es decir, la estandarización de la valoración de riesgo implementada por el Reglamento no excluye la posibilidad del juicio subjetivo o especulativo policial (pura probabilidad «epistemológica»).

Sexto, existe la posibilidad de anulación y revocación posteriores de la autorización concedida por parte de la unidad nacional competente.

- La anulación se producirá cuando se verifique que la autorización condcedida incurría, ya en el momento de expedirla, en alguno de los motivos de denegación contemplados por la norma (art. 40 RSEIAV).
- La revocación tendrá lugar cuando hayan «dejado de cumplirse las condiciones para su expedición», es decir, incurra en motivo de denegación de forma sobrevenida (art. 41 RSEIAV). Puede deberse a la introducción de nuevas descripciones en el SIS, SES o lista de alerta rápida que generen coincidencias con una autorización expedida –y, al menos en ese último caso referido a la lista de alerta, tras una nueva evaluación del riesgo para la seguridad por parte de la unidad nacional–. El precepto no alude a una posible revocación por coincidencia con los indicadores de riesgo específicos, es decir, por variación en el nivel de riesgo en un sujeto autorizado. Sin embargo, la exclusión de esta posibilidad tampoco es clara.

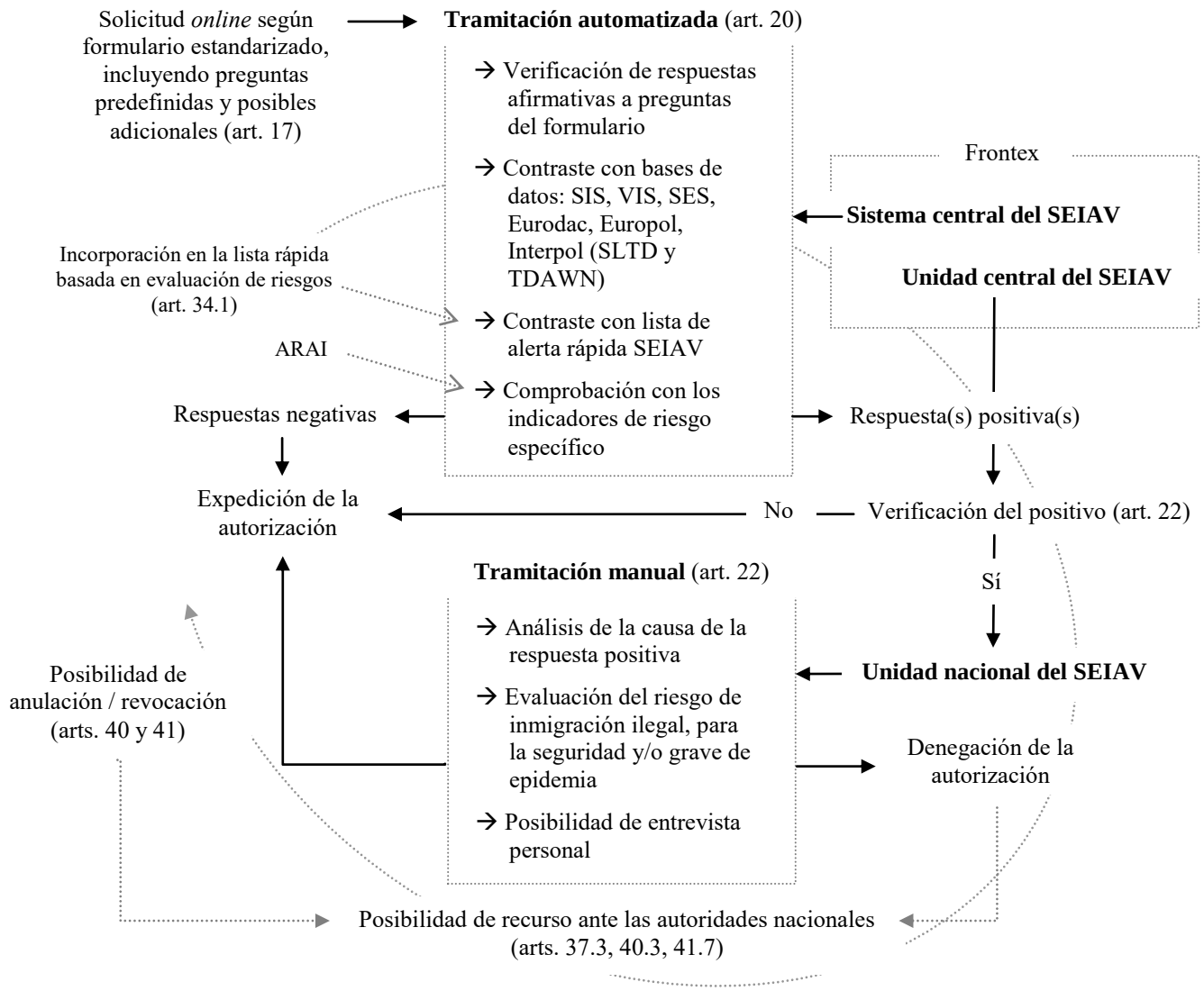
El Reglamento no estipula un procedimiento jurídico-administrativo para la anulación ni revocación. Una revisión «de plano», en los nudos términos

expuestos en el RSEIAV, no parece admisible a nivel de derecho interno desde la dogmática del acto administrativo. Habría de considerarse la aplicación de los cauces de revisión de oficio por nulidad o declaración de lesividad por anulabilidad (en casos de anulación), o revocación por vicio de legalidad sobrevenida, entendiendo por tal las nuevas coincidencias detectadas en bases de datos o, en su caso, la alteración del nivel de riesgo apreciado en un sujeto.

Séptimo, se otorga al interesado derecho a recurrir las decisiones de denegación, anulación y revocación (arts. 37.3, 40.3 y 41.7 RSEIAV, respectivamente). Los recursos se sustanciarán en todo caso ante las unidades nacionales que las hayan adoptado.

El conjunto del procedimiento puede sistematizarse gráficamente como sigue:

FIGURA 3. Procedimiento de detección sistemática de riesgos del SEIAV
[Reglamento (UE) 2018/1240, RSEIAV]



El SEIAV implementa formalmente un control de tipo actuarial sobre el tránsito fronterizo. De hecho, supone la primera regulación en Reglamento europeo de un mecanismo de gestión actuarial y sus bases procedimentales. Atendiendo a la

evaluación concreta que propone, el ARAI afirma capacidad para detectar la amenaza que una persona plantea para tres tipos de riesgo que aparecen pormenorizados[352]:

1. Riesgo para la «seguridad»: el riesgo de amenaza para el orden público, la seguridad interior o las relaciones internacionales de cualquiera de los Estados miembros.
2. Riesgo de «inmigración ilegal»: la amenaza de que un nacional de un tercer país no cumpla las condiciones de entrada y estancia.
3. Y riesgo «elevado de epidemia»: el riesgo que una persona suponga considerando cualquier enfermedad de potencial epidémico, enfermedades infecciosas o parasitarias contagiosas.

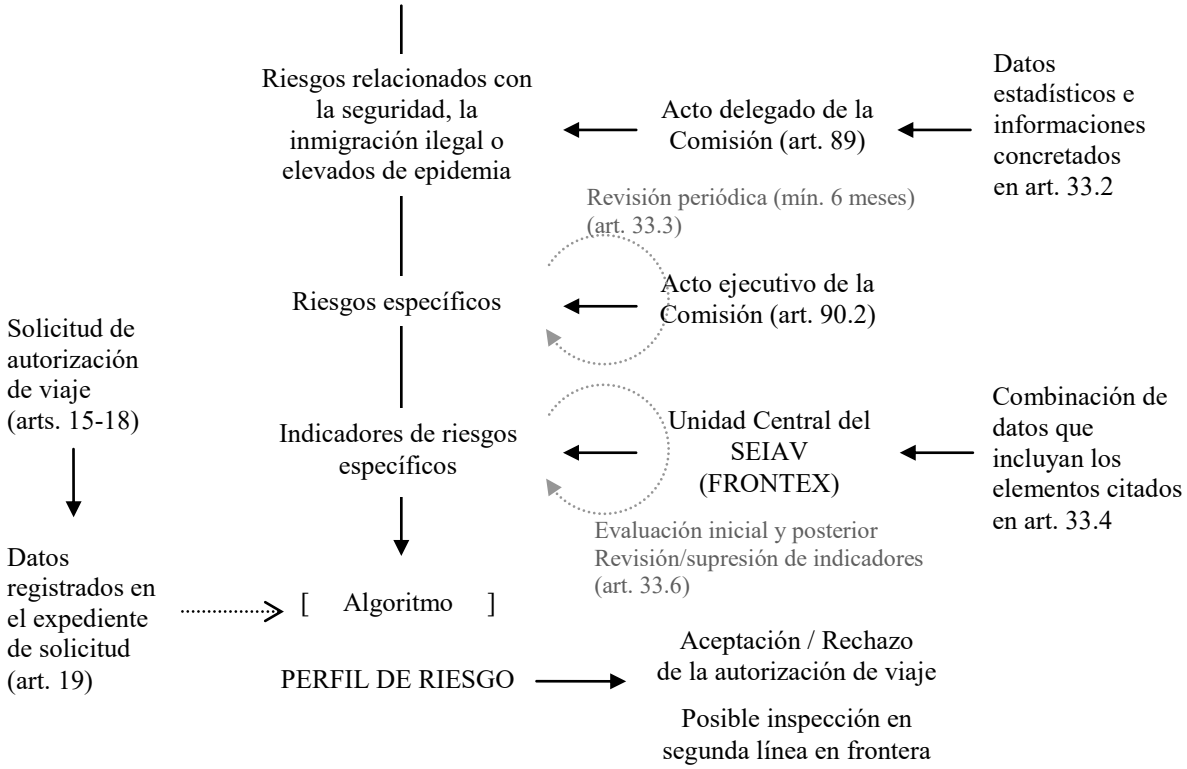
El Reglamento prevé el procedimiento de definición y especificación de estos riesgos generales a través de «indicadores de riesgo». Este proceso de concreción se realizará a través de actos delegados y ejecutivos de la Comisión y la propia unidad central del SEIAV. Finalmente, un algoritmo (no especificado en el Reglamento) proporcionará el perfil de riesgo atribuido, contrastando la información personal del viajero con los indicadores de riesgo específicos prefijados[353].

La norma pauta el proceso a través del cual se produce la valoración de riesgos, pero también cómo deben especificarse los parámetros que regulan dicha valoración, con atribuciones orgánicas concretas. Puede decirse que se normativizan los elementos jurídicos del proceso de construcción de un modelo actuarial. El esquema es el siguiente:

[352] Art. 3.6), 7) y 8) RSEIAV.

[353] «Las normas de detección sistemática del SEIAV consistirán en un algoritmo que permita la elaboración de perfiles [...], mediante la comparación [...] de los datos registrados en el expediente de solicitud del sistema central del SEIAV, con los indicadores de riesgo específicos establecidos por la unidad central del SEIAV [...] sobre seguridad, inmigración ilegal o riesgo elevado de epidemia» (art. 33.1 RSEIAV).

FIGURA 4. Concreción del modelo actuarial de detección sistemática del SEIAV
[Reglamento (UE) 2018/1240, RSEIAV]



Es decir, la Comisión, mediante acto delegado, determina «con mayor precisión» los riesgos sobre seguridad, inmigración ilegal o riesgo elevado de epidemia, sobre la base de los datos e informaciones estadísticas especificados en el art. 33.2 RSEIAV[354]. A partir de ello, ahora mediante acto ejecutivo, la Comisión especifica los riesgos concretos a considerar, en los que se basarán los indicadores de riesgo específico – concreción que habrá de revisarse, al menos, cada seis meses, mediante nuevos actos

[354] Se refiere a estadísticas: generadas por el SES sobre tasas anormales de personas que hayan sobrepasado el periodo de estancia autorizada y denegaciones de entrada para grupos determinados de viajeros; generadas por el SEIAV que revelen porcentajes anormales de denegaciones de autorizaciones de viaje debido a riesgos para la seguridad, de inmigración ilegal o elevado de epidemia para grupos determiandos de viajeros; y generadas por el SEIAV que indiquen correlaciones entre los datos recogidos mediante formulario de solicitud y los rebasamientos de periodo de estancia autorizada por viajeros o las denegaciones de entrada (es decir, «minado» de los datos generados en la operatividad del propio sistema). Se refiere, además, a informaciones facilitadas por los Estados miembros, sobre indicadores de riesgo para la seguridad o amenazas específicas, índices anormales de incumplimiento de los periodos de estancia o de denegaciones de entrada para grupos determinados, y sobre datos de vigilancia epidemiológica y evaluaciones de riesgo sanitario.

ejecutivos–. Finalmente, la unidad central del SEIAV habrá de establecer el listado de indicadores de riesgo específicos, «consistentes en una combinación de datos» relativos a: grupo de edad, sexo, nacionalidad; país y ciudad de residencia; nivel educativo; y profesión actual de los sujetos.

El art. 33.5 RSEIAV impone ciertas condiciones y límites a tales indicadores de riesgo. No pueden basarse exclusivamente en el sexo o en la edad de las personas, y «en ningún caso» pueden basare en información que revele «color, raza, etnia u origen racial, características genéticas, lengua, opinión política o de otro tipo, religión o creencia filosófica, afiliación sindical, pertenencia a una minoría nacional, patrimonio, nacimiento, discapacidad u orientación sexual» de los sujetos[355]. No obstante, parece evidente el riesgo de efecto *proxy* de algunas de las categorías de datos admitidas respecto a ciertas de las proscritas.

El listado de indicadores de riesgo específicos debe ser evaluado y revisado periódicamente por la unidad central, previa consulta al Consejo de Detección del SEIAV.

El sistema, como se ve, amalgama amenazas de tipo muy diverso y afirma la capacidad tecnológica de precisar la probabilidad de conductas y circunstancias potenciales genéricas y distintas. La confianza en la capacidad de predicción actuarial es máxima. Supone, además, un ARAI estrictamente administrativo. La idea de peligrosidad no se vincula solo con la probabilidad de comisión de hechos delictivos, sino que evoca la laxa noción de peligrosidad social.

Parte de la idea de que es posible reducir el margen de discrecionalidad en el control de policía fronteriza al incorporar estas rutinas técnicas. Como en el VPR/VPER, la aplicación actuarial desplaza, al menos en gran medida, el saber policial intuitivo o «artesanal», en favor de un análisis automatizado de carácter algorítmico.

Estandariza la toma de decisiones y, por esta vía, incorpora una motivación objetiva a una decisión con importante carga de discrecionalidad. La detección de riesgos del SEIAV trata de sincronizar la decisión fronteriza con el ritmo que imponen determinados objetos técnicos. En realidad, no modifica el grado de discrecionalidad de la decisión fronteriza, pero altera el significado mismo del término discrecionalidad en

[355] El art. 14 RSEIAV acoge formalmente el principio de no discriminación y respeto de los derechos fundamentales, en especial la dignidad y la integridad humanas, la intimidad y la protección de datos personales.

el plano de la racionalidad. Sale del ambiguo «saber hacer policial» y se anuda a la objetividad, puramente formal, de la aplicación tecnológica.

El mecanismo se incorpora al entramado preventivo, tecnológico y gerencial de las fronteras exteriores de la UE, cuyos recursos tejen una auténtica red de dispositivos. El SEIAV no solo se nutre de los datos proporcionados por otros sistemas y *gadgets* sino que, al tiempo, contribuye a la operatividad de estos. El acceso al Sistema se prevé principalmente con fines de verificación fronteriza (art. 47 RSEIAV), pero también se admite por parte de las autoridades de inmigración nacionales en su propio ámbito de gestión (art. 49 RSEIAV), y para fines de policía judicial: las autoridades nacionales y Europol pueden consultar los datos almacenados por el SEIAV «con fines de prevención, detección e investigación de los delitos de terrorismo o de otros delitos graves de su competencia» (arts. 12 y 53 RSEIAV).

La frontera ha devenido paradigma del giro preventivo, de un gobierno tecnológico y crecientemente actuarial. Se observa en él la emergencia de un «sujeto actuarial» asociado a la circulación fronteriza, que revela un sentido fuerte y recompuesto de la clásica peligrosidad social, con su inhernte ambivalencia entre lo penal y lo administrativo. Abarca, ahora, laxas amenazas migratorias, criminales y sanitarias.

7.2 Riesgo actuarial y tecnología normativa

La justicia actuarial se ha implementado en aplicaciones de *software* incorporadas a objetos técnicos para su computación total o parcialmente automatizada. Y ello nos ha llevado inexorablemente a tecnologías normativas: tecnología *junto* a normatividad jurídica. Hemos desembocado así en la operatividad del «código como ley»[356].

En esa perspectiva abordamos primero las implicaciones jurídico-públicas de la justicia actuarial en su carácter tecnológico-normativo. El tipo de normatividad que exige el riesgo actuarial plantea incertidumbres de exactitud predictiva, reconstituye ambiguamente el sentido de justicia punitiva, e induce potenciales discriminaciones ilegítimas en atención a los factores observados en la valoración del riesgo.

Y, a continuación, propondremos un nuevo enfoque de los problemas expuestos desde la perspectiva emergente de la «regulación algorítmica». El uso de algoritmos como instancia decisora, privada y pública, es objeto de atención creciente, normativa y doctrinal. Ello nos obliga a inaugurar un marco adicional para considerar la juridicidad de las tecnologías normativas del riesgo punitivo, algorítmicamente implementadas.

7.2.1 Afecciones jurídicas de la justicia punitiva actuarial

El auge de las aplicaciones actuariales ha impugnado las prácticas de la peligrosidad clínica por sus problemas de exactitud y fiabilidad, en el contexto de una relectura gerencial del sistema punitivo. Sin embargo, la estandarización que impone el riesgo actuarial no elimina la incertidumbre del pronóstico; tan solo la reformula al renovar la inclinación preventiva en las prácticas securitarias[357].

La falta de estructuración de la prognosis clínica e intuitiva está mutando en controversias sobre la articulación matemática de su lógica correlacional. Y el pronóstico de casos aboca al problema jurídico de la discrecionalidad y su delimitación.

---

[356] *Vid.*, *supra* §4.12, la propuesta conceptual a partir de las formulaciones de Koops (2007), Hildebrandt (2008b) y Lessig (2009).

[357] Starr cuestiona que las aplicaciones actuariales sean mera sustitución de los diagnósticos clínicos. Considerando las prácticas de EBS, sospecha que «proporcionar a los jueces estimaciones estadísticas del riesgo de reincidencia incrementa la prominencia de la prevención de dicha reincidencia en su toma de decisiones, frente a otros objetivos de la pena» (Starr 2014, p. 865).

La proyección actuarial redefine formalmente, por vías técnico-objetuales, el marco de atribución de responsabilidades punitivas. Matematiza, *ergo* reformaliza, la noción de justicia.

Observa Harcourt que toda evidencia fáctica es, en último término, una apreciación estadística (una valoración de la regularidad de sucesos), y toda prueba legal es, en definitiva, probabilística (un juicio de verosimilitud aceptable)[358]. Sin embargo, las repercusiones jurídicas varían si esas apreciaciones reposan en criterios de probabilidad epistemológica del operador, o en parámetros cuantitativos predeterminados.

Las afecciones jurídicas de la justicia actuarial refieren dos aspectos coimplicados: las incertidumbres que envuelven la exactitud predictiva de los ARAIs, y las controversias sobre su legitimidad[359]. Las dudas sobre la precisión de pronóstico afectan a la aceptabilidad de las aplicaciones actuariales como recurso jurídico punitivo. Pero, más allá de las dudas sobre su capacidad predictiva, los ARAIs recomponen la noción misma de justicia punitiva son sus propuestas nomotéticas.

a) Cuestiones de exactitud predictiva

La capacidad predictiva de los ARAIs es polémica. Pese a sus rasgos comunes, la variedad de modelos, ítems y formatos ha dificultado meta-análisis que ofrezcan perspectivas comparadas sobre su eficacia pronóstica comparada[360]. Las evaluaciones se suelen basar en estudios de replicación que plantean problemas de verosimilitud respecto a las condiciones «naturales» –es decir *ideales*– de uso de las aplicaciones[361].

[358] Harcourt (2007a, p. 18).

[359] Esta doble faceta de las técnicas actuariales fue observada por Underwood ya a finales de la década de 1970. Planteaba dos interrogantes: dichas técnicas, ¿son lo suficientemente exactas para estar justificadas?; y, con independencia de la pregunta anterior, ¿su uso es legítimo, desde la perspectiva del respeto a la autonomía individual de los sujetos? (Underwood 1979, p. 1409).

[360] Skeem y Monahan (2011, p. 40). Los autores ofrecen un meta-estudio del que no concluyen diferencias significativas en la precisión de los ARAIs considerados; la selección del modelo a utilizar habrá de depender tan solo, a su juicio, de la finalidad que se le pretenda atribuir. En sentido similar, *vid.* Singh, Grann y Fazel (2011). En cambio, otros análisis similares han apreciado disparidades predictivas relevantes (Campbell, French y Gendreau 2009).

[361] Rossegger *et al.* (2013, pp. 161-162).

La doctrina técnica ha criticado los niveles de precisión de los ARAIs en uso[362], y ha advertido la escasa calidad de muchos de los estudios que airean capacidades predictivas elevadas[363].

No aspiramos a extraer conclusiones sobre la posibilidad técnico-matemática de medir la precisión de las aplicaciones actuariales, ni su mayor o menor capacidad de pronóstico respecto a los juicios clínicos –o al puro azar–. Pretendemos constatar que, pese a la retórica de exactitud predictiva que envuelve a los modelos actuariales, no han logrado superar la «enorme incertidumbre de los pronósticos de peligrosidad»[364]. Más bien reordenan esa incertidumbre, lo que a su vez amontona nuevas dudas sobre su aceptabilidad jurídica.

Esa reordenación resulta de dos factores: abstracción de los métodos aplicados y principio de perfectibilidad técnica. Por un lado, la sofisticación discursiva actuarial redefine el objeto de análisis (se esfuma la «corporeidad» de los sujetos evaluados) que se presenta con un manto de objetividad propio de la mirada *α-operatoria*. Dice Young que la justicia actuarial se asienta sobre un «nuevo empirismo abstracto sofisticado»[365]. Por otro, se asume que cualquier problema con los datos será resuelto con mejores técnicas estadísticas y reprocesamientos. El impulso actuarial, considera Young, responde a un fetichismo numérico, a una autonomía de lo cuantitativo con barra libre para la validación autorreferente[366]. Para terminar seduciendo con una «ilusión de precisión» a salvo de cualquier duda propedéutica.

---

[362] Starr (2014, pp. 811-812), refiriéndose a los usos actuariales en la praxis de la EBS, cuestiona la calidad de los análisis de regresión en la que se sostienen habitualmente los ARAIs, que permiten, en hipótesis, identificar factores de riesgo relevantes a partir de la masa de datos estadísticos de base.

[363] Son especialmente contundentes las críticas de Douglas *et al.* (2017, pp. 135 y ss.). Achacan esa falta de rigor a dos factores: los ARAIs raramente son validados fuera de la población de la muestra inicial tomada para el análisis estadístico, y, sin embargo, el uso efectivo de la aplicación excede ese ámbito poblacional; y los estudios suelen presentar problemas de conflicto de intereses, al ser realizados por los propios desarrolladores (en muchos casos, con vocación comercial). En conclusión, «no solo la precisión predictiva de los ARAIs es imperfecta, sino que está imperfectamente presentada en la literatura».

[364] Martínez Garay (2014, p. 6).

[365] «[C]uanto más cuasi científica es la retórica, más sofisticadas son las estadísticas y más distanciados están los autores de lo que están estudiando, más seguros se sienten». Aprecia el autor cierta falta de autoconciencia sobre las limitaciones de los desarrollos. «Saben que el hielo es fino, pero continúan patinando» (Young 2015, pp. 34-35 y 65).

[366] *Ibidem*, pp. 69-71.

La apología de la justicia actuarial equipara las aplicaciones del método probabilístico en otros ámbitos, marcadamente *α-operatorios*, y su proyección sobre la conducta desviada [367]. Hay, sin embargo, diferencias significativas que permiten cuestionar el modo en que los métodos actuariales recomponen la exactitud de los pronósticos. Las peculiaridades de la praxis punitiva obstan esa equiparación por, al menos, cuatro motivos.

Primero. La infracción y sus modalidades comisivas no solo son hechos empíricos, sino *conceptos normativos* definidos jurídicamente, esto es, lingüísticamente. Son hechos social y legalmente etiquetados que penden de un significante, cuyo significado es variable. Su volubilidad semántica le distancia de lo *α-operatorio.* El clima, o las determinaciones analíticas de un paciente, son un hecho físico muy lejano de la desviación conductual, que es un hecho jurídicamente individuado. Nada que ver en demasiados sentidos[368].

Segundo, la traslación del método actuarial al juicio punitivo es cuestionable por los *modos de manifestación* de la infracción jurídica como evento estadístico a pronosticar. Se trata de un objeto complejo y variopinto en su carácter y manifestación, muy dependiente de las circunstancias contextuales. La laxitud del juicio subjetivo sobre la peligrosidad tiene vocación de integridad en la consideración del sujeto, en sus circunstancias psicológicas y sociales. Su discrecionalidad y falta de estructura son condición de su textura clínica, apegada a la especificidad individual.

La modelización actuarial impone la simplificación metódica, la depuración de complejidad como principio formal. Debe por tanto absolutizar ciertos factores e ignorar los de imposible o difícil computación en el modelo. La destilación factorial violenta la complejidad inherente a la conducta humana; más aún que la

[367] El método correlativo, observa Sadin (2015, p. 103), tuvo su origen en la biología y encontró primera aplicación «social» en la ciencia económica. Esa madurez gnoseológica en otros terrenos permite a Imrey y Dawid (2015, p. 25) sostener que, de aceptarse las críticas a la capacidad predictiva de los ARAIs, se estaría impugnando los métodos aplicados en aquellas otras áreas de investigación (biomédica, de salud pública, etc.) y, en general, toda práctica de estadística aplicada. Marco Francia equipara explícitamente los riesgos delictivos a otros procesos naturales objeto de la indagación médica. El problema epistémico sería siempre el mismo: el tamaño de la muestra y la precisión de las inferencias (Marco Francia 2016, p. 307).

[368] Hart y Cooke (2013, p. 95).

mirada clínica o intuitiva. Pero, sobre todo, normativiza esa violencia epistémica. La formalización del modelo exige estandarizar la comprensión del sujeto y, con ello, sesga el análisis de sus condiciones[369]. Y lo mismo sucede con la especificidad de las poblaciones y los factores locales, que, al abstraerlos cuestiona los resultados y su proyección sobre realidades poblacionales distintas.[370]

El problema temporal que atraviesa todo cálculo de riesgos denuncia nuevas debilidades[371]. el ARAI, una aplicación diacrónica, no asocia bien con materiales estadísticos de base necesariamente sincrónica. De no asegurar una revisión constantes de los factores el cálculo sólo asegura la proyección *ad futurum* de una foto poblacional local y fija, tendencialmente caduca.

A su vez, la capacidad predictiva de los modelos probabilísticos es muy sensible a la frecuencia de los eventos. En baja o muy baja frecuencia incrementa las tasas de falsos positivos. Las conductas desviadas de tipo violento son, por ejemplo, de menor incidencia estadística[372]. La imputación errónea de peligrosidad está sujeta a varianzas de relevancia según tipos de infracción.

Tercero. La justicia actuarial fuerza el modelo matemático simplificándolo para inducir significado jurídico.[373]. El *scoring* de probabilidad requiere una traducción normativa para asignar consecuencias jurídicas: peligroso/no peligroso, bajo riesgo/riesgo medio/alto riesgo, o similares. El juicio jurídico impone taxatividad categorizada frente a una modulación de la «realidad matemática» de los datos.

---

[369] Robinson (2001, pp. 1450-1451) considera que el uso de los antecedentes punitivos como *proxy* de la peligrosidad del sujeto es un tratamiento tosco al problema. Señala, por ejemplo, la influencia que las «fuerzas naturales de la edad» suele tener sobre las conductas agresivas. Un antecedente delictivo pudo estar influido por factores que el transcurso del tiempo haya mitigado, lo que suele obviarse en un modelo que tome como dato objetivo absoluto el historial delictivo.

[370] Kraemer *et al.* (1997, p. 340), considerando la relevancia de la especificidad poblacional en cualquier análisis de riesgo, y Singh *et al.* (2014, p. 184), que observan la alta dependencia de las tasas de violencia en grupos de alto riesgo hacia factores locales, refiriéndose a los juicios clínicos estructurados.

[371] Kraemer *et al.* (1997, p. 338).

[372] Yang, Wong y Coid (2010). Su meta-análisis de ARAIs para la predicción de conductas violentas les lleva a desaconsejar su uso como único o principal criterio para la decisión sobre la peligrosidad a efectos penales (p. 761).

[373] Starr (2014, p. 813, nota 29).

La reducción de complejidad no es ajena a la valoración clínica, que ha de sintetizar cualitativamente una diversidad no tasada de condiciones. Pero los ARAIs no solventan el problema, sino que, de nuevo, lo formalizan. No depuran la decisión de categorizaciones discrecionales, más o menos arbitrarias, sobre el «riesgo jurídicamente relevante»[374].

Cuarto. Lo exacto no es lo que supera un juicio de precisión, como el que proporciona un ARAI «justo», solo porque asegura juicios formales de precisión. Caben múltiples significados de exactitud predictiva (nivel de error general y condicional de procedimiento, error condicional de uso, relación de coste) que miden los rendimientos según los distintos elementos conceptuales del modelo (tamaño muestral, tasa básica, distribución de predicción)[375]. Las aplicaciones actuariales exigen un juicio sobre el nivel de error «tolerable»: por ejemplo, qué niveles de falsos positivos y falsos negativos se está dispuesto a asumir bajo cualquiera de las mediciones de rendimiento indicadas[376]; cómo debe fijarse ese umbral y quién debe decidirlo[377]. No se trata ya de aplicar técnicas de control sobre la discrecionalidad del juzgador o el experto, sino de decidir criterios que adquieren un tenor normativo.

---

[374] No es posible defender la exactitud predictiva del modelo matemático subyacente, prescindiendo del sentido punitivo que el ARAI adquiere en la práctica. Así lo pretenden, por ejemplo, Skeem y Monahan (2011, p. 40), al sostener que la amplitud del margen de error en la evaluación del riesgo individual es función de la reducción de resultados posibles (violento/no violento, etc.); lo cual no permitiría extraer conclusiones sobre la utilidad predictiva de una aplicación de evaluación del riesgo. Sin embargo, según venimos argumentando, el problema no es la validez matemática del modelo en sí, sino la pretensión de su aplicación jurídica sobre la gestión de la conducta desviada. La categorización de los resultados, imprescindible para la taxatividad de sus consecuencias normativas, no es un dato añadido al problema de la exactitud; *es* precisamente el problema.

[375] Con Berk *et al.* (2018) cabe distinguir entre distintas mediciones del fenómeno considerado: tamaño muestral (número total de observaciones realizadas para diseñar el modelo estadístico), tasa básica (proporción de positivos reales –casos de peligrosidad confirmada– o de negativos reales –casos de inocuidad confirmada–) y distribución de predicción (proporción predicha de positivos o de negativos, en relación al tamaño de la muestra); y diferentes maneras de medir la precisión de pronóstico del modelo: error general de procedimiento (proporción de casos mal predichos en relación a la muestra), error condicional de procedimiento o tasa de error (proporción de casos mal predichos, en relación al número de positivos o de negativos confirmados), error condicional de uso (proporción de falsos positivos en relación al total de positivos predichos, o proporción de falsos negativos en relación al total de negativos predichos) y relación de coste (ratio de falsos negativos respecto a los falsos positivos, o de falsos positivos respecto a los falsos positivos).

[376] Martínez Garay (2014, p. 31).

[377] Szmukler (2003, p. 206).

Existen, pues, condicionantes jurídicos y empíricos que cuestionan la equiparación metódica de la gestión punitiva y otros contextos de aplicación «exitosa» de los modelos de probabilidad cuantitativa. No pretendemos afirmar la falta de exactitud predictiva de los ARAIs –ni lo contrario–, sino las incertidumbres que acompañan siempre a las apologías sobre su precisión.

Y aquellas son tales y tamañas al objetivar la conducta desviada que, en las coordenadas clásicas del derecho punitivo propio de un Estado de derecho, resultan entre insólitas e inquietantes.

b) Costes de una justicia nomotética

Las mayores afecciones jurídicas de la justicia actuarial nacen en la inversión operativa que provoca. Sostuvimos que la imputación de responsabilidad culpable y la praxis de la peligrosidad clínica y epistemológica, comparten un operar idiográfico: valoran el caso individual en su propia singularidad. El riesgo actuarial es, muy al contrario, nomotético. Parte de la agregación de casos para, después, individualizar los resultados, proyectando las tendencias sobre nuevos eventos singulares.

Esta lógica es fuente de nuevas incógnitas sobre la eficacia predictiva de los modelos.

Harcourt ha cuestionado la eficiencia preventiva de la predicción actuarial, al menos en las prácticas de *profiling* policial[378]. El argumento de eficiencia reposa en una presunción sin sustento empírico: que los distintos grupos de población, de alto y bajo riesgo, responden de forma unívoca y homogénea, cada cual, a la acción policial. Se asume que su *elasticidad* frente al control social es constante y conocida. Tal prejuicio metódico acepta que los sujetos son actores racionales que ajustan su conducta de manera previsible a las prácticas securitarias, si bien de manera diferenciada según el conjunto de pertenencia. Los grupos de «alto riesgo» disminuirán sus niveles de infracción, pues sus miembros mostrarán conductas adaptativas al incremento de la vigilancia sobre ellos. En cambio, se asume implícitamente que los de «bajo riesgo» no modificarán sus conductas ante la disminución de la presión policial, enfocada en otros espacios sociales. Es decir, el *profiling* actuarial parte de un diagnóstico de riesgo que

[378] Harcourt (2007a, pp. 22 y ss.).

afirma la capacidad de predecir el volumen de infracción según grupos sociales; pero, en la gestión de dicho riesgo, acoge un modelo de agente (racional) puramente ideológico. Para Harcourt, esta metodología inconsistente induce dudas de eficacia preventiva y de eficiencia en la asignación de recursos. Pero también costes sociales e impacto en el sentido de justicia punitiva, que acoge formalmente un operar disparejo.

La incisiva crítica de Harcourt entrelaza problemas de eficacia y equidad punitiva. No obstante, a nuestro juicio, las mayores afrentas jurídicas de los ARAIs proceden del hiato epistémico que existe entre el análisis agregado y su proyección al caso singular. La *individualización* del riesgo es la mayor turbación para el riesgo actuarial. Y la fuente última de su constante tendencia a la recomposición del sentido de justicia punitiva.

En cualquier ámbito de modelización estadística, la predicción individual es problemática aun con márgenes reducidos de error en las estimaciones grupales[379]. El motivo es que los modelos están basados en tasas promedio de los eventos para poblaciones que guardan cierta homogeneidad, al menos en aquellas características plasmadas como variables. Sin embargo, los casos individuales (en justicia actuarial, sujetos concretos) presentan una variabilidad muy superior a la de los grupos[380].

Esa disparidad complica la noción de exactitud. Obliga a deslindar, en todo ARAI, el margen de error a nivel grupal del que muestran sus predicciones individuales[381]. La primera magnitud constituye el «intervalo de confianza» (grupal) entendido como grado de precisión predictiva que el modelo desarrolla a nivel agregado. La segunda es el «intervalo de predicción» (o incertidumbre de pronóstico), o margen de error que el modelo expresa en el juicio individual. El intervalo de predicción es siempre mayor que el de confianza[382]. No es un problema que pueda solventarse simplemente con mejor exactitud de muestreo, como en el nivel agregado. Es una falla inherente a la modelización actuarial. La valoración singular que permite no es riesgo individual, sino individualizado; resultado que se logra obviando la

[379] Para un análisis más detallado *vid.* Hart y Cooke (2013, pp. 83 y ss.).

[380] Starr (2014, p. 842).

[381] Martínez Garay (2014, p. 40).

[382] Starr (2014, p. 845).

especificidad del caso concreto, previamente desagregado factorialmente y categorizado.

La rentabilidad del negocio del seguro se basa, precisamente, en ese desajuste entre el caso individual y la adscripción grupal, que constituye la base de cuantificación de las primas a satisfacer[383]. En epidemiología los resultados preventivos se buscan a nivel poblacional, lo que resta relevancia al error en la individualización. La medicina clínica es cautelosa en la formulación de pronósticos de caso, tomando los análisis de riesgo grupal como pautas orientativas en el diagnóstico[384]. Es cuestionable que el desfase entre intervalo de confianza y de predicción sea tolerable en la decisión jurídica punitiva[385].

Los juicios clínicos e intuitivos se sostienen también sobre inferencias a partir de observaciones anteriores; descansan en categorizaciones previas, que permiten enfocar el caso individual[386]. Pero el riesgo actuarial se aparta de ese tono clínico, al asumir un sentido de justicia punitiva validado a nivel agregado, con imperfecta concreción en cierta proporción de casos debido a su «sistémica». Se funda en la denominada «falacia ecológica» –o falacia de inferencia, o poblacional–: la atribución a *cualquier* miembro de un grupo, individualmente, rasgos deducidos estadísticamente a nivel grupal[387]. Pero correlación ecológica e individual son entidades gnoseológicas no parangonables[388].

---

[383] Imrey y Dawid (2015, p. 30).

[384] Hart y Cooke (2013, p. 98).

[385] Hart y Cooke se sorprenden de que los márgenes de error en las estimaciones individuales de los ARAIs, que entienden «amplias, desconocidas o incalculables», no hayan impedido su admisibilidad legal desde la perspectiva de los estándares exigidos para las pruebas periciales en Estados Unidos (*ibidem*, pp. 96-97). Por ejemplo, un estudio sobre el escaso índice de exactitud en el pronóstico individual del modelo COMPAS, utilizado ampliamente en Estados Unidos, puede encontrarse en el informe elaborado por ProPublica (Angwin *et al.* 2016).

[386] Slobogin (2006, pp. 296 y ss.).

[387] La formalización más influyente de la falacia se debe a Robinson (1950), que advirtió sobre los problemas de ese tipo de atribución correlativa, desde el agregado a sus casos individuales. Su estudio observó una relación inversa entre las tasas de analfabetismo y la proporción de población de raza negra en distintos territorios de EE. UU.: a más población negra, menor índice de analfabetismo en dicho territorio. Robinson explica el fenómeno por la influencia de las tasas de alfabetización de la población blanca en las distintas zonas; las mayores concentraciones de población de raza negra coincidían con menores proporciones de población blanca iletrada. Advirtió, con ello, los problemas ínsitos en las operaciones de individualización estadística. No obstante, la expresión «falacia ecológica» fue acuñada más tarde por Selvin (1958), en su estudio sobre la metodología de *El suicidio* de Durkheim.

[388] Robinson parte su análisis de esa constatación. «Una correlación individual es una correlación en la que el objeto estadístico o la cosa descrita es indivisible. [...] [L]as variables son propiedades descriptivas de los individuos, como altura, ingresos, color de ojos o raza, y no constantes estadísticas descriptivas como tasas o medias. En una correlación ecológica, el objeto estadístico es un grupo de

Aunque posible teóricamente, la realidad empírica rompe ese paralelismo en la mayoría de los casos[389].

Entonces, la justicia procedimental se voltea. Su sentido ortodoxo reclama salvaguardar la justicia del caso individual incluso al coste de pérdida de eficacia punitiva de conjunto. Sin embargo, la justicia actuarial salvaguarda la eficacia agregada, incluso al coste de la incertidumbre en los pronósticos individuales, mostrando su peor pragmatismo: mayor dosis de «seguridad» destruyendo la individualidad de la punición[390], y el valor ético-expresivo del castigo en el plano penal [391]. Se radicaliza el tono administrativo-gerencial de la praxis punitiva.

La admisibilidad de este tipo de lógica solo ha sido abordada de manera incidental por la jurisprudencia constitucional en España[392]. El problema de una justica penal de base grupal fue esgrimido en las impugnaciones constitucionales a las reformas que la LOIVG introdujo en el CP en los delitos maltrato ocasional, amenazas leves y coacciones contra *esposa* o *mujer* que sea pareja o expareja (respectivamente, arts. 153.1, 171.4 y 172.2 CP)[393]. Tal configuración del sujeto pasivo determina que, estadísticamente, el sujeto activo considerado implícitamente por el tipo sea de sexo masculino. Así se deduce también de la propia LOIVG, que opera la reforma bajo la perspectiva de la desigualdad de género.

El TC no valoró de forma expresa la admisibilidad de una lógica grupal o estadística en sede penal –si bien su argumentación permite deducir que tal racionalidad chocaría con el art. 14 CE y el principio de responsabilidad *apud* art. 25 CE–. El Tribunal negó que el precepto respondiera a tales planteamientos. No habría en él «una responsabilidad colectiva [del varón], como representante o heredero del grupo opresor»; lo que el legislador aprecia es:

---

personas. [...] Las variables son porcentajes, propiedades descriptivas de los grupos y no propiedades descriptivas de los individuos» (Robinson 1950, p. 351).

[389] «Desde un punto de vista práctico [...] la única suposición razonable es que una correlación ecológica es, casi con toda certeza, dispar a su correspondiente correlación individual» (*ibidem*, p. 357).

[390] Wandall (2006).

[391] Robles Planas (2007, p. 16).

[392] Sobre el debate, más maduro, en sede constitucional en Alemania en las dos décadas pasadas, *vid.* Martínez Garay (2014, pp. 49-50) y Requejo Rodríguez (2008, p. 3).

[393] Los preceptos introducen una suerte de «dimorfismo sexual» o de género en el tratamiento penal, que implica consecuencias punitivas dispares, comparadas con aquellas que se deducen de los mismos hechos en otras variantes de sujeto activo y pasivo.

> «un desvalor añadido, porque el autor inserta su conducta en una pauta cultural generadora de gravísimos daños a sus víctimas y porque dota así a su acción de una violencia mucho mayor que la que su acto objetivamente expresa»; lo cual «no comporta que se esté sancionando al sujeto activo de la conducta por las agresiones cometidas por otros cónyuges varones, sino por el especial desvalor de su propia y personal conducta: por la consciente inserción de aquélla en una concreta estructura social a la que, además, él mismo, y solo él, coadyuva con su violenta acción»[394].

Sin pretender cuestionar la legitimidad de las medidas, puede observarse cierta ambivalencia en la argumentación del Tribunal. Anuda la lógica del precepto al desvalor de la conducta, aparejada a su vez al contexto en que sucede. Ese contexto se lee en términos de «pauta cultural», de una normatividad que no es individual sino colectiva. Pauta que justifica una punición agravada según la adscripción grupal (sexuada) de los sujetos. No hay racionalidad propiamente actuarial, pero sí subsunción del aparato penal en un marco regulativo-preventivo, y modulación de los conceptos dogmáticos (desvalor de la conducta) en virtud de cierta racionalidad de gobierno contextual, supraindividual[395]. Quedaría abierta así la duda de admisibilidad de otras «pautas» de desviación que puedan visibilizarse desde modelos epistémicos diversos.

---

[394] STC 45/2009, de 19 de febrero, FJ 5. Se ha pronunciado repetidamente en tales términos resolviendo cuestiones de inconstitucionalidad sobre el art. 153.1 CP (SSTC 59/2008, de 14 de mayo, FJ 9 y 11; 166/2009, de 2 de julio, por remisión a la anterior), sobre el art. 171.4 CP (SSTC 45/2009, de 19 de febrero, FJ 5; 151/2009, de 25 de junio, FJ 4; 152/2009, de 25 de junio, FJ 4; 153/2009, de 25 de junio, FJ 6; 165/2009, de 2 de julio, FJ 4 y 5; 177/2009, de 21 de julio, FJ3; 179/2009, de 21 de julio, FJ 4; 180/2009, de 21 de julio, FJ 3), sobre el art. 172.2 CP (STC 127/2009, de 26 de mayo, FJ 6), sobre los arts. 153.1 y 171.4 CP (SSTC 178/2009, de 23 de julio, FJ 4; 201/2009, de 27 de octubre, FJ 4; 202/2009, de 27 de octubre, FJ 7 y 8; 203/2009, FJ 7; 213/2009, de 26 de noviembre, FJ 4) y sobre los arts. 153.1 y 172.2 (SSTC 164/2009, de 2 de julio, FJ 4; 167/2009, de 2 de julio, FJ 3). Los mismos argumentos ha utilizado el Tribunal en vía de amparo, en SSTC 107/2009, de 4 de mayo. El cuestionamiento de los preceptos se basó en presuntas vulneraciones al principio de igualdad, la presunción de inocencia, el principio de culpabilidad y el de proporcionalidad, según los casos. La racionalidad estadística del tipo fue uno de los argumentos esgrimidos por los órganos judiciales cuestionadores: «si la agravación de la conducta sancionada obedece a la constatación estadística de que es la mujer el sujeto pasivo de comportamientos de esta clase y que normalmente los mismos proceden del hombre, entonces se justificaría la mayor responsabilidad en el caso concreto en hechos ajenos, lo que vulneraría el principio de culpabilidad dado que el concreto hombre enjuiciado vería agravada su responsabilidad por los hechos de otros, conforme a la doctrina de la acumulación de comportamientos». Se cuestionó, así mismo, la presunta atribución de peligrosidad al sujeto por su condición innata de varón: «si la agravación se fundamentara en la peligrosidad innata del autor, con la respuesta penal se estaría presumiendo y tratando de combatir una mera cualidad del hombre, lo que vulneraría el principio de responsabilidad por el hecho cometido» (STC 151/2009, Antecedente 3.a).

[395] En cambio, Subijana Zunzunegui (2010, pp. 9-10) apreció un tratamiento «claramente actuarial» en los tipos y en el razonamiento del TC, al «edificar el desvalor del hecho o la reprochabilidad del autor sobre datos ajenos a su específico actuar». A nuestro parecer, se trata de una lógica nomotética

Advertimos *supra* que el TC ha rechazado el criterio de adscripción grupal para la adopción de medidas preventivas por la Administración penitenciaria. Exige valoración individual (idiográfica)[396]. Sin embargo, como también abordamos, el Tribunal ha aceptado la racionalidad probabilística en la praxis policial de seguridad. No apreció inconstitucionalidad, a los efectos del art. 14 CE, en el ejercicio de *profiling* policial basado en factores raciales, con fines selectivos para la práctica de la diligencia de identificación[397]. Recordemos que, en vía de amparo, entendió que en el caso enjuiciado los agentes policiales usaron el criterio racial «solo» como indicador de mayor probabilidad de la condición de extranjería e irregularidad administrativa de la persona identificada (de raza negra). Más allá de la coyuntura del supuesto, el argumento implica la aceptación de la raza como *proxy* de otras variables: en el caso, la nacionalidad y la situación irregular. El juicio del TC gira en torno a la «idoneidad» de la medida, primer escalón del juicio de proporcionalidad de tipo instrumental. Verifica que es medio apto para el fin público determinado. La identificación con perfil racial es, para el Tribunal, un instrumento idóneo (útil) para los fines del control migratorio policial.

Los comentarios críticos a la Sentencia han denunciado, sobre todo, que el Tribunal se detenga en el juicio de idoneidad, sin matizar su conclusión en los dos escalones sucesivos del parámetro de proporcionalidad: que, además de idónea, la medida sea necesaria (ausencia de medidas menos gravosas de igual eficacia) y proporcionada en sentido estricto (que salve la ponderación con otros intereses constitucionales en conflicto)[398]. Pero, a nuestro juicio, el juicio de idoneidad que ofrece el Tribunal es ya significativo, al validar una racionalidad nomotética. El factor racial se considera relevante como pura correlación estadística, aun a pesar de la porción de error que le es inherente: falsos positivos por identificación de personas de

cualitativa cristalizada en el tipo, pero no propiamente actuarial, pues esta implica cuantificación de la probabilidad y procesos de individualización del riesgo como prognosis, ausentes en este caso.

[396] STC 175/1997, de 27 de octubre, FJ 6.

[397] STC 13/2001, de 29 de enero. *Vid. supra,* §6.4.1.

[398] Pomed Sánchez y Velasco Caballero (2003); Martínez Escamilla y Sánchez Tomás (2013); Melero Alonso (2018a).

raza negra extranjeras con permiso de residencia, o con nacionalidad española[399]. El Tribunal acepta suficiente, a efectos jurídico-constitucionales, la relativa robustez estadística de la correlación raza-nacionalidad.

La idoneidad de la inferencia no habría de despejarse con tanta sencillez[400]. Que la correlación sea estadísticamente plausible (lógica en términos matemáticos) no significa, de suyo, que lo sea jurídicamente. Habría de justificarse, primero, que una correlación sea fundamento suficiente para sostener una práctica punitiva; y, segundo, determinar la intensidad correlativa que se considera bastante para salvar su validez jurídica –el razonamiento habría de posarse de algún modo sobre los intervalos de confianza y predicción–. La primera validación se refiere a la legitimidad de una justicia punitiva nomotética. La segunda a los márgenes de precisión exigibles. Ambas se anudan al art. 14 CE como parámetro de enjuiciamiento: la falta de idoneidad de la identificación por motivo racial supondría ya, en sí misma, una discriminación injustificada.

Dos aspectos adicionales merecen destacarse. Nótese que, resultando el fallo de un recurso de amparo, el TC no enjuicia la validez de una disposición, sino de un criterio de aplicación normativa; criterio que, sin embargo, trasciende el caso concreto para deducirse como pauta aplicativa generalizada: la correlación racial se deduce como criterio válido de individualización en el uso de las normas de policía. Las tecnologías normativas actuariales se sitúan de forma ambivalente entre esos dos planos de juridicidad, típico y aplicativo. Despliegan normatividad desde su propia objetualidad técnica, a menudo sin tipificación jurídica o en virtud de instrumentos infranormativos que definen parcialmente su tecnicidad. Ello cuestiona su calificación jurídica y el tipo de control al que puedan someterse.

Por otro lado, el caso atiende a un uso epistemológico de la probabilidad –intuitiva, no experta ni cuantificada–. Se basa en rasgos especialmente transparentes e

[399] Lo discriminatorio hubiera sido, para el Tribunal, «la utilización de un criterio (en este caso el racial) que careciese de toda relevancia en orden a la individualización de las personas para las que el Ordenamiento jurídico ha previsto la medida de intervención administrativa» (STC 13/2001, FJ 9).

[400] Por ejemplo, Pomed Sánchez y Velasco Caballero (2003, p. 148) estimaron que «no puede atacarse como ilógica la inferencia de que una persona de raza negra es extranjera». Las dudas de validez se circunscriben, entonces, a que el art. 14 CE tolere una inferencia basada en la raza.

innatos de los individuos[401]. No puede concluirse que el TC sostuviera el mismo criterio ante correlaciones más complejas, basadas en reglas nomotéticas menos transparentes, o incluso opacas, codificadas en objetos técnicos reguladores.

Apuntaremos un último coste de la asunción de una justicia punitiva nomotética, referida a la ambivalencia que proyecta sobre la relación entre exactitud predictiva y justicia. Por un lado, la precisión general de un ARAI puede variar de forma significativa si se atienden subgrupos distintos dentro de la población general considerada[402]. En otros términos: los datos generales sobre las tasas de error de un modelo no revelan todos los problemas relevantes a nivel jurídico en torno a la exactitud de la aplicación. En justicia actuarial sucede, de forma muy significativa, con los grupos minoritarios por razón racial o étnica.

Las tasas de falsos positivos tienden a ser proporcionalmente más elevadas, y las de falsos negativos menores, con independencia de la exactitud general del mecanismo[403]. Los motivos de este desequilibrio estadístico suelen radicar en los datos que sirven de base al modelo. Puede deberse a sesgos debidos a los patrones diferenciados del subgrupo: por ejemplo, por estar sometido a mayores controles securitarios, lo que les sobrerrepresenta en el modelo; o derivar de la menor cantidad de datos disponibles sobre un subgrupo, que hace la decisión menos confiable.

Existen soluciones técnicas para minimizar los problemas de representación muestral: considerar solo el análisis agregado global (sin descender a los subgrupos), donde la evaluación del modelo resulta positiva; o bien tratar de hacer las decisiones más robustas al nivel de las subpoblaciones, introduciendo «ruido» u otros reajustes en la muestra[404]. Ambas soluciones son problemáticas en clave jurídica. Implica obviar el problema discriminatorio, en el primer caso; o alterar los datos considerando ciertas minorías (por ejemplo, «ajustes» para la población negra), en el segundo.

El problema es que la exactitud considerada para el conjunto del modelo puede mantenerse en niveles «aceptables», pese a ser escasa si se contemplan subgrupos

---

[401] Martínez Escamilla y Sánchez Tomás (2013), que leen el criterio desde la teoría de las «clasificaciones sospechosas» de Rey Martínez (1995, pp. 61 y ss.).

[402] Hardt (2014).

[403] Douglas *et al.* (2017, p. 135).

[404] Sobre las posibilidades de «manipulación» de los datos para corregir sesgos en los modelos de ML *vid.* Berendt y Preibusch (2014, pp. 180 y ss.); Lehr y Ohm (2017, pp. 704-705); De Laat (2018, p. 832).

poblacionales. La modelización de los ARAIs se ve afectada por la «paradoja de Simpson», manifestación concreta de la falacia ecológica: la posibilidad de que las asociaciones entre variables expresen alteraciones cuando varían las agrupaciones de casos dentro de un mismo conjunto; una tendencia observada para una determinada distribución puede incrementarse, mantenerse o invertirse con nuevas clasificaciones grupales[405].

Pero, además, la «justicia algorítmica» (léase actuarial) tiene significados matemáticos diversos que pueden ser incompatibles entre sí. Un ARAI puede estar mejor o peor calibrado[406] y presentar distintos niveles de paridad predictiva[407] y de equilibrio en las distintas clases de pronósticos[408]. Sin embargo, esas medidas no expresan la exactitud efectiva del modelo[409], ni el modo en que esta se manifiesta en los distintos subgrupos: si el ARAI es preciso en sus predicciones individuales, y lo es de igual modo para las distintas distribuciones de sujetos[410].

Desde esa perspectiva de «equidad en el nivel de precisión», la idea de justicia es también múltiple. Puede hablarse de paridad estadística, igualdad de exactitud

---

[405] Carlson (2019). La formulación matemática se debe a E.H. Simpson (1951). El ejemplo más célebre de la paradoja es el documentado por Bickel, Hammel y O'Connel (1975): su estudio sobre el sesgo de género en las admisiones a la Universidad de Berkeley mostró un porcentaje de rechazos mucho menor de hombres que de mujeres (los aspirantes hombres eran admitidos en proporción mucho mayor que las aspirantes mujeres). Para indagar las fuentes del sesgo, agruparon el conjunto de solicitudes en dos categorías: las dirigidas a ciencias humanas y sociales, y a ciencias físicas y naturales. En ese nivel de análisis se observó, sin embargo, que en ambas categorías las mujeres eran rechazadas en proporción menor que los hombres (las aspirantes mujeres eran admitidas en proporciones mayores que los aspirantes hombres). La paradoja describe la compatibilidad estadística de ambas observaciones: una tendencia a nivel general puede ser estadísticamente opuesta en agregaciones alternativas dentro del mismo conjunto.

[406] Un modelo está calibrado cuando las probabilidades predichas son similares a la proporción de casos reales observados. Es decir, cuando el intervalo de confianza se aproxima a la clasificación real de los casos. *Vid.* Dyakonov, A. (2021), «Confidence Calibration Problem in Machine Learning» disponible en: https://dasha.ai/en-us/blog/confidence-calibration-problem-in-machine-learning.

[407] Un modelo satisface la paridad predictiva si la probabilidad estimada para un cierto umbral de resultados (por ejemplo, reincidencia para agresores de alto riesgo) es la misma con independencia del subgrupo al que pertenezca un caso (por ejemplo, que el sujeto sea de raza blanca o negra) (Chouldechova 2017, p. 155).

[408] Las medidas de «equilibrio para la clase de positivos» y «para la clase de negativos» son adecuadas cuando la puntuación media recibida por las personas que constituyen casos positivos, y negativos, es similar en cada subgrupo (Kleinberg, Mullainathan y Raghavan 2016, p. 2).

[409] Amat Rodrigo, J. (2020), «Calibrar modelos de *machine learning*», disponible en: https://www.cienciadedatos.net/documentos/py11-calibrar-modelos-machine-learning.html

[410] La «igualdad en la exactitud general» se da cuando la precisión global del modelo es la misma para cada clase considerada: el *nivel de aciertos* general (incluyendo positivos y negativos) es el mismo en todas las clases de la distribución (Berk *et al.* 2018, p. 13).

condicional de procedimiento o de uso, y de igualdad de tratamiento[411]. Si todas esas condiciones se satisfacen simultáneamente podría predicarse la «justicia total» del modelo; coyuntura que, sin embargo, no puede alcanzarse salvo en simulaciones artificiales. En condiciones reales, no es posible predicar la equidad, simultáneamente, en todos los niveles de análisis, general y en subconjuntos. Es decir, la neutralidad completa de un modelo actuarial, considerando los distintos subgrupos jurídicamente relevantes (según raza, sexo, etc.), es, en la práctica, irrealizable[412]. Solo puede optarse por un sentido u otro de justicia comparativa[413].

Una verdad estadística puede ser contraintuitiva y generar efectos de difícil asimilación jurídica. El problema no es ya la finura matemática del modelo sino su propio fundamento epistémico. Toda práctica de *profiling*, toda clasificación de personas por factores de riesgo es, por definición, una práctica «racional» de discriminación[414]. Los procesamientos ulteriores que se operen reproducirán ese carácter. Generarán inequidades a distintos niveles, que reclaman un juicio de admisibilidad jurídica distinto más allá de su consistencia matemática.

---

[411] La «paridad estadística» (o «justicia grupal») se logra cuando la proporción *predicha* de positivos y negativos es igual para cada subgrupo. La «igualdad de exactitud condicional de procedimiento» implica que las tasas de error, tanto en positivos como en negativos, son iguales en cada clase. La «igualdad de exactitud condicional de uso» significa que la proporción de falsos positivos, en relación al total de positivos predichos, y de falsos negativos, en proporción al total de negativos predichos, es similar para cada distribución. La «igualdad de tratamiento» significa que la ratio de falsos positivos por falsos negativos, o viceversa, es equivalente para cada subgrupo (*ibidem*, pp. 13-15).

[412] Chouldechova (2017, p. 154), que advierte cómo un ARAI que satisfaga la paridad predictiva no puede presentar iguales tasas de falsos positivos y falsos negativos entre subgrupos en los que la prevalencia de reincidencia difiera. Kleinberg, Mullainathan y Raghavan (2016, p. 5) señalan que la calibración general de un algoritmo, el equilibrio en positivos y negativos, y la paridad estadística solo pueden darse simultáneamente en dos situaciones improbables: en condiciones de predicción perfecta o cuando los distintos subgrupos tienen tasas de base idénticas (es decir, cuentan con la misma fracción entre los casos «reales» de positivos y negativos).

[413] La baja exactitud predictiva de un ARAI también puede ser peor para algunos subgrupos. Así lo demuestra el estudio de ProPublica sobre la aplicación COMPAS. La validación efectuada sobre una muestra de 7000 personas mostró una débil capacidad predictiva: solo el 20% de las personas a las que se predijo comisión de nuevos delitos violentos llegaron a cometerlos; de los calificados «en riesgo de reincidencia», el 61% fue arrestado por nuevos delitos en los dos años siguientes (es decir, el modelo solo se mostró *algo* más preciso que el puro azar). Los problemas de precisión predictiva fueron mucho más acusados considerando el subgrupo de personas de raza negra: su tasa de falsos positivos en la predicción de reincidencia duplicó la del subgrupo de raza blanca; en cambio, la calificación errónea como «bajo riesgo» (es decir, falsos negativos) fue mucho más elevada en este último subgrupo (Angwin *et al.* 2016).

[414] Barocas y Selbst (2016, p. 677).

La lógica nomotética fricciona, como poco, con el tratamiento individual en la aplicación normativa, que ha asumido históricamente el sistema punitivo[415]. Y debilita las garantías del sujeto, al proyectar sobre él pautas estadísticas grupales como fundamento suficiente para activar medidas punitivas[416].

c) Sesgo y correlación estadísticos

El carácter nomotético del riesgo actuarial se sustenta en una correlación estadística entre factores de riesgo y resultados. De este modo topamos con otra afección jurídica elemental de la justicia actuarial: relega la argumentación causal del razonamiento humano, y por tanto jurídico.

Pero la motivación es un género discursivo causal.

En este aspecto, el riesgo actuarial es mucho más problemático que el diagnóstico idiográfico cualitativo. El carácter expositivo de este último sea clínico o especulativo, soporta el relato causal, es decir, la concreción de *por qué* determinadas circunstancias del sujeto permiten objetivarlo como «peligroso». Los modelos actuariales, todavía más en sus versiones algorítmicas sofisticadas, impiden habitualmente esta clase de explicación. Infieren resultados de la mera constatación de correlaciones entre variables[417]. Admiten, a lo sumo, explicaciones causales en sentido estrictamente estadístico que están lejos de los parámetros del razonamiento jurídico[418].

Para que una variable (A) se entienda que es *factor de riesgo* para un resultado (B) se exige correlación (si A varía, B también lo hace) y precedencia (A es anterior en

---

[415] Starr (2014, p. 807); Kehl, Guo y Kessler (2017, pp. 27 y ss.).

[416] En la doctrina estadounidense, considerando las prácticas policiales de *profiling*, Ferguson (2015 y 2017, pp. 65-66) y Rich (2016) han cuestionado su conformidad con la cuarta enmienda a la Constitución, que protege a los individuos frente a pesquisas y arrestos arbitrarios. La lógica actuarial relajaría el estándar de «sospecha razonable» exigida para las indagaciones policiales sobre los sujetos.

[417] Bajo las técnicas de ML la modelización estadística no presupone ninguna inferencia causal: «las relaciones causales entre entradas y salidas, simplemente, pueden no existir, pese a lo intuitivas que puedan parecer tales relaciones en una mirada superficial». Por ejemplo, si un algoritmo de este tipo infiere que los individuos de mayor edad cometen menos infracciones que los jóvenes, esta modelización no permite concluir que la mayor edad *cause* reducción en la tendencia a la conducta desviada (Coglianese y Lehr 2017, p. 1157).

[418] Hildebrandt aprecia una suerte de «fetichización» de las correlaciones bajo las nuevas formas de procesamiento algorítmico, que tiende a obviar sus limitaciones gnoseológicas. «La idea de que las correlaciones han sido supuestamente derivadas de la población en lugar de una muestra ha inducido a una creencia sin precedentes en su valor como el mejor tipo de conocimiento posible» (Hildebrandt 2015, p. 37).

el tiempo a B). Dicho factor, cabe añadir, debe contar con la especificación de su «potencia», es decir, «la discrepancia máxima que puede alcanzarse usando ese factor de riesgo para dividir la población entre grupos de alto y bajo riesgo»[419]. Nótese que el concepto prescinde de toda relación de causalidad. Que A sea factor de riesgo para B no implica que *A cause B*; aunque una variación en B venga precedida frecuentemente por una variación en A, aquella puede deberse a la incidencia de otros factores, conocidos o no.

El concepto de *factor de riesgo causal* introduce cierto nivel de explicación, siquiera estadística. Significa que hay constatación empírica de que dicho factor está implicado efectivamente en la producción del resultado: la alteración del factor *altera a su vez* el resultado. Pero dicho concepto no debe confundirse con la *idea* de causa, mucho más exigente en términos explicativos: una causa «implica condición necesaria y suficiente para el resultado»[420]. El factor de riesgo causal solo expresa capacidad de incidir en el resultado, pero no auténtica explicación causal en sentido estricto. De nuevo, el resultado puede producirse en confluencia con otras variables que coadyuven en mayor o menor grado. Detectar un factor de riesgo causal no permite argumentar el «por qué» se ha producido la variación en el resultado.

Si acudimos a la «escalera causal» propuesta por Pearl y Mackenzie, factores de riesgo y factores de riesgo causales, así comprendidos, se sitúan en los dos primeros peldaños de la observación de causalidad; los menos complejos gnoseológicamente[421]. El primer nivel de observación causal se refiere a la detección de meras correlaciones, a la capacidad de detectar regularidades en el entorno (habilidad no exclusiva del ser humano). La mayoría de los modelos probabilísticos, incluidas las versiones sofisticadas de ML, se sitúan en este peldaño básico desde el punto de vista causal. Contemplan simples factores de riesgo.

El segundo nivel se refiere a la capacidad de determinar en qué grado la modificación de una variable altera el resultado, es decir, supone un conocimiento más preciso sobre la correlación y capacidad de acción intencional. El concepto de factor de

---

[419] Kraemer *et al.* (1997, p. 338).

[420] *Ibidem*. Sobre el concepto de factor de riesgo causal, aplicado en concreto a los ARAIs, *vid.*, así mismo, Monahan (2011, p. 413).

[421] Pearl y Mackenzie (2018, pp. 18 y ss.).

riesgo causal remite a este segundo peldaño, que alumbra una cierta «causalidad estadística», si bien no verdadera explicación causal.

Solo el tercer nivel de causalidad ofrece tal clase de justificación sobre el «por qué» del resultado. Implica un modelo explicativo sobre la realidad observada. Presupone, enfatizan Pearl y Mackenzie, capacidad de razonamiento contrafáctico. Implica imaginación: no basta conocer qué ha sucedido en una determinada situación, sino qué sucedería ante una intervención sobre cierto factor. En nuestro campo de observación: este nivel causal no se satisface con la constatación de que ciertos factores *correlacionan* con la reincidencia infractora y aplicar, como respuesta, cierta medida preventiva; exige una explicación sobre *la razón* por la que determinadas circunstancias elevan el riesgo de reincidencia e integrar el argumento contrafáctico (atendidas las causas del resultado, cuál es el coste de no aplicar las medidas consideradas). Este tipo de razonamiento a partir de los datos solo puede concluirse si es aplicable un modelo de inferencia causal.

Nos situamos así ante una forma de observación causal compleja: «mientras las probabilidades codifican nuestras creencias sobre un mundo estático, la causalidad nos habla de si y cómo las probabilidades cambian cuando el mundo cambia, sea por intervención o por acción de la imaginación»[422]. Es un tipo de pensamiento asequible al pensamiento cualitativo humano, pero inaprensible para el tipo de modelización que ha caracterizado la computación estadística, al menos en su tendencia dominante. Su incorporación exige asumir los límites de la razón estadística, limitar sus usos en tanto no sea capaz de integrar modelos causales en un determinado ámbito de aplicación[423]. Lejos de afrontar este problema, los ARAIs que pueblan el espacio de la justicia actuarial circunvalan la causalidad pronosticando, la más de las veces, sobre correlaciones en el «primer peldaño» causal. La justicia actuarial no confunde correlación y causalidad, sino que suplanta la segunda con la primera.

---

[422] *Ibidem*, p. 33.

[423] Con estos fundamentos, los autores aspiran a fundamentar una verdadera «ciencia de la inferencia causal». No pretenden negar la utilidad de los métodos estadísticos «débilmente causales» –no en vano, Pearl es considerado el padre de la probabilidad bayesiana–, sino instrumentalizarla para los fines de una verdadera inferencia causal. Las correlaciones detectadas por los sofisticados métodos de *data mining* habrán de ser «depuradas» mediante su modelo causal, con el fin de detectar relaciones irrelevantes y describir auténticas relaciones de causalidad (*ibidem*, pp. 189-193).

Esta relegación del razonamiento causal afecta a la posibilidad de motivación y defensa jurídicas –apenas es posible discutir la correlación que se haya observado entre un factor y un resultado–. Pero también determina muchos de los problemas de inequidad algorítmica.

Simon abordó cómo, considerada en cualquier ámbito de aplicación, la justicia actuarial altera el sentido de la equidad y la discriminación. Como hemos señalado, redefine el sentido de justicia[424]. Su operar sobre la agregación de datos fricciona con la objetivación de las personas como agentes morales y sujetos de derecho. Produce, dice Simon, una forma específica de ordenación social, dinámicas propias de objetivación y subjetivación, de comprender y procesar la conducta. Al tratarla estadísticamente, la lógica actuarial «de-moraliza» la praxis humana, y también las clasificaciones de los individuos que emergen de aquel operar agregado. Propone formas racionalizadas de diferenciación; discriminaciones que se pretenden justas y políticamente neutras[425].

Los ARAIs evidencian este problema de «naturalización» científico-técnica de formas de diferenciación que, en otros casos, se estiman jurídicamente inadmisibles[426]. No se trata siempre de formas de discriminación directa, ni apoyadas explícitamente en criterios proscritos por el derecho antidiscriminatorio (como la raza o el sexo). El riesgo actuarial puede generar formas de inequidad más sutiles, inherentes a su modo de operar, difíciles de depurar.

Han de distinguirse las nociones de discriminación y sesgo. La escalera causal de Pearl y Mackenzie sirve para alumbrar sus diferencias[427]. La discriminación deriva de una decisión *influida* por una característica de los sujetos cuando esta es *irrelevante* para clasificar las entradas de manera útil según el resultado. Tales condiciones (influencia e irrelevancia) vinculan la discriminación con las relaciones propias del segundo o tercer nivel de la escala causal. Exigen una causación *directa* del factor en el resultado.

---

[424] Simon (1988, pp. 773 y ss.).

[425] *Ibidem*, p. 780.

[426] Starr (2014, p. 167).

[427] Pearl y Mackenzie (2018, p. 171). Los autores adaptan la conceptualización de Bickel, Hammel y O'Connel (1975) a su modelo de escala causal. El estudio original de estos últimos, que ya citamos *supra*, expresa la paradoja de Simpson en un estudio de caso sobre las admisiones universitarias de solicitantes en Berkeley.

Los sesgos, en cambio, conectan con las correlaciones del primer peldaño causal. Son formas de discriminación indirecta: rutinas que parecen neutrales si se contemplan aisladas de su operar social; son discriminatorias en su praxis[428]. El resultado desigualitario no es producto de un factor causal claramente identificado, sino fruto de las relaciones entre variables que el modelo deduce de los datos. Atender a los sesgos implica un desplazamiento en el derecho antidiscriminatorio, desde el paradigma de la causalidad hacia el de la correlación[429].

Tildar el funcionamiento de un modelo actuarial de ilegítimo por discriminatorio o sesgado no es una conclusión obvia. El sentido de los ARAIs, y de cualquier forma de minería de datos aplicada sobre personas, es aportar fundamentos racionales para discriminar entre individuos, con el fin de proyectar conclusiones sobre nuevos sujetos estadísticamente similares a las categorías discriminadas. La justicia actuarial es discriminatoria por nomotética. La discriminación ilícita se produce cuando esas diferenciaciones refuercen patrones de discriminación previamente existentes atendidos por el derecho[430]. Es decir, cuando el resultado del modelo impacte negativamente sobre miembros de grupos identificados por atributos «protegidos», atendidos por la interdicción jurídica de trato discriminatorio[431]. Es lo que Noble ha descrito como

[428] La UE define la discriminación indirecta en las Directivas sobre igualdad racial y sobre igualdad de género. Se produce cuando «una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros sitúa a personas [de origen racial o étnico o de un sexo determinado] en desventaja particular con respecto a otras personas [de otro origen racial o étnico o del otro sexo], salvo que dicha disposición, criterio o práctica pueda justificarse objetivamente con una finalidad legítima y salvo que los medios para la consecución de esta finalidad sean adecuados y necesarios» (art. 2.2.b) Directiva 2000/43/CE del Consejo, de 29 de junio de 2000, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico; y art. 2.b) Directiva del Consejo 2004/113/CE, de 13 de diciembre de 2004, por la que se aplica el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres al acceso a bienes y servicios y su suministro).

[429] Tischbirek (2020, pp. 111-112).

[430] Así lo reconoció el Consejo de Europa al abordar las prácticas de *profiling*: «el principio de no discriminación no se contempla como una prohibición de cualquier tratamiento diferenciado, ya que las diferencias en el trato hacia los individuos como resultado del *profiling* son aceptables, si están justificadas. [...] Lo que está proscrito es el uso de técnicas de *profiling* que produzcan efectos negativos de forma arbitraria, que vulneren la ley, [...] sin que el criterio empleado por el *profiling* esté justificado o sea relevante» dada la decisión a adoptar (Recommendation CM/Rec[2010]13 and Explanatory Memorandum. *The protection of individuals with regard to automatic processing of personal data in the context of profiling*, adoptada por el Consejo de Ministros el 23 de noviembre de 2010, aps. 106 y 108).

[431] Barocas y Selbst (2016, p. 677).

technological redlining: el resultado desigualitario de un modelo reproduce desigualdades conocidas cristalizadas[432].

Remite a la idea de «grupo social reconocible» o «prominente», sujetos a injusticia estructural. Identificar tales grupos es sencillo en algunos casos (raza, etnia, género), pero polémico en otros (edad, estatus económico, rasgos culturales o físicos…)[433]. Más aún, si consideramos las nuevas agrupaciones que emergen del propio operar algorítmico: grupos no evidentes, que pueden derivar de una combinación de factores personales, susceptibles de generar vínculos identitarios a raíz, precisamente, de la subordinación provocada por ciertos modelos probabilísticos[434].

Identificados los factores de agrupación que se estimen ilícitos, las formas de discriminación directa, basadas en causalidades evidentes, pueden evitarse eliminando tales factores como criterios explícitos de clasificación estadística. De hecho, los modelos estructurados resultan más taxativos a estos fines que las valoraciones cualitativas. Su condición formalizada permite corroborar esa exclusión[435].

Esta eliminación de categorías protegidas, que en ocasiones se esgrime suficiente para lograr la «neutralidad algorítmica», no basta para controlar los sesgos[436]. Los criterios proscritos pueden emerger en el modelo, no como factores causales, sino por efecto de correlaciones. En especial, ciertas variables pueden actuar como *proxy* (representante, sustitutivo) de categorías protegidas, de modo que, a través de ellas, se esté identificando en la práctica a miembros de un grupo sometido a discriminación. El

[432] Noble (2018, p. 10). El concepto *redlining* (trazado de líneas rojas) es vocablo de larga tradición en la discriminación racial estadounidense. Se ha empleado para describir las prácticas de segregación de zonas urbanas con alta concentración de población negra, relegadas en la prestación de servicios públicos y privados. La «línea roja» explica la delimitación gráfica de dichas zonas en el territorio urbano. *Vid.* Rothstein (2017).

[433] Para un análisis jurisprudencial de los factores prohibidos, aceptables, y sujetos a distinto nivel de «escrutinio», en la valoración de riesgos punitivos en Estados Unidos, *vid.* Monahan (2011, pp. 392-393); Starr (2014, pp. 821 y ss.); Kehl, Guo y Kessler (2017, pp. 21 y ss.). Mientras la raza es claramente un factor inadmitido para la evaluación del riesgo (está sujeto a «escrutinio directo»), el sexo se acepta como criterio sujeto a un «nivel intermedio de escrutinio» (admite justificación en su uso, siempre que sea lo bastante convincente). Los factores relativos al estatus socioeconómico (ingresos, empleo, educación…) han recibido un tratamiento más ambiguo, variable según supuestos.

[434] Zarsky (2017, pp. 15-17).

[435] Así lo ha advertido el Consejo de Europa en su estudio sobre las afecciones algorítmicas a los derechos humanos (Consejo de Europa 2018a, p. 26).

[436] Hardt (2014); Douglas et *al.* (2017, p. 136).

motivo es que un determinado rasgo (no protegido) se dé con más frecuencia en aquellos grupos de población que es ilegítimo discriminar[437].

La STC 13/2001 es un ejemplo transparente, no algorítmico, de cómo las categorías protegidas pueden incorporarse a la decisión de *profiling*, legitimadas como correlación. Es un ejemplo palmario, ya que en el caso la raza no fue siquiera mediatizada por una variable *proxy*, sino admitida abiertamente como aproximación legítima a la variable «nacionalidad». Sirva, no obstante, para ilustrar cómo la exclusión de la discriminación directa (el Tribunal se esfuerza en aclarar que la raza no fue *causa* de la identificación practicada, lo que hubiese vulnerado el art. 14 CE) no impide los sesgos en la toma de decisión: la raza se estimó variable correlativa con la nacionalidad, sin afección constitucional. Sin embargo, el resultado del «modelo» es una mayor intensidad de control policial sobre las personas de raza negra.

Lo modelos algorítmicos complejos, que acumulan y entrecruzan correlaciones, incrementan los problemas de sesgo, al naturalizar formas de discriminación más o menos encubierta. Podría argüirse que las evaluaciones cualitativas, clínicas e intuitivas, también están afectadas por el problema de la discriminación directa e indirecta; y que, además, en tal caso su identificación en el proceso de toma de decisión es más incierta. Sin embargo, los modelos actuariales, tecnológicamente implementados, escalan el problema: las aplicaciones «son diseñadas para ser aplicadas en serie. [...] [U]n mal diseño (por ejemplo, que incorpore sesgos) afecta inevitablemente a muchas personas en la misma o similares circunstancias, mientras que un error humano solo afecta a un caso individual»[438]. Los modelos probabilísticos formalizados normativizan los sesgos; no son ya patologías de la toma de decisión, sino condición sistémica. «[L]a dificultad de erradicar sutiles discriminaciones inconstitucionales no justifica codificarlas o avalarlas formalmente»[439].

---

[437] Consejo de Europa (2018a, p. 27). El ejemplo más habitual en la literatura académica es el funcionamiento del barrio en que se reside (codificado, por ejemplo, mediante el código postal) como *proxy* de la raza: si determinados barrios cuentan con una composición racial muy marcada, el uso del lugar de residencia como criterio de clasificación estará identificando, en el resultado, a personas racializadas.

[438] Consejo de Europa (2019a, p. 10), reflexionando en este caso sobre los retos de la IA para la protección de datos.

[439] Starr (2014, p. 865).

Los sesgos del modelo pueden proceder de fuentes diversas. Primero, de los datos del análisis estadístico que le sirve de base (donde se detectan las correlaciones). Pueden existir sesgos en la muestra origen del modelo. «Un algoritmo es tan bueno como los datos con los que trabaja»[440]. El problema es consecuencia de la lógica frecuentista subyacente: los sesgos en los datos serán replicados en los resultados; si los datos históricos contienen prejuicios, es previsible que los modelos desarrollados a partir de ellos provoquen decisiones prejuiciosas; más aún, que exacerben los patrones de discriminación existentes[441]. Se generan con ello imágenes estadísticamente distorsionadas de ciertos subgrupos poblacionales[442]. Este problema afecta especialmente a la justicia actuarial, dada la selectividad histórica del sistema punitivo al proyectar sus controles y sanciones sobre ciertas capas de población de modo más intenso. Dar significado probabilístico predictivo a esa información acumulada en el sistema generará circularidad en la valoración de los riesgos de desviación[443].

Más aún, la calidad de los datos puede variar según los subgrupos. Es habitual que contengan más «ruido» para los grupos minoritarios[444].

Los sesgos pueden originarse en el diseño mismo del modelo: modo de abordaje del problema, selección de características, tratamiento de grupos sociales protegidos o bien posicionados y posibles factores *proxy*. El diseño puede ser sesgado de forma involuntaria, pero puede usarse como «enmascaramiento» de un *aim* discriminatorio[445].

La discriminación indirecta por sesgos tiene difícil corrección técnica. Demanda atención a la construcción del modelo, bien intentando «modelar el problema» (introduciendo correcciones en los datos), modificar el algoritmo (el modo en que los datos son procesados para generar el modelo), o incluso su *output*[446]. Se trata de un equilibrio complejo entre precisión predictiva –la discriminación que el modelo «necesita» generar para funcionar– y objetivos de equidad, que se le imponen

[440] Barocas y Selbst (2016, p. 672).

[441] Se trata del efecto de «profecía autocumplida» (Chiao 2019, pp. 127-129).

[442] Caplan *et al.* (2018, p. 7); Edwards y Veale (2017, p. 28); Calders y Žliobaité (2013, p. 47); Kroll et *al.* (2017, p. 680).

[443] O'Malley (2010a, p. 28).

[444] Lehr y Ohm (2017, p. 704).

[445] Kroll et *al.* (2017, p. 682); Barocas y Selbst (2016, pp. 678-679).

[446] Criado y Such (2019).

externamente a su concretización técnica. Es ejemplo de la doble normatividad que Simondon apreció en los objetos técnicos: la que responde a su modo de existencia propiamente técnico, independiente de sus usos, interna al propio objeto; y la propia de su existencia social, derivada de su inmersión cultural (también jurídica), que puede condicionar la primera[447].

Esta zona de intersección entre axiomas jurídicos y principios técnicos del algoritmo ha dado lugar a un campo específico de análisis, denominado *discrimination-aware data mining* (DADM)[448]. Perspectiva que exige atender a los ARAIs en su carácter de tecnologías algorítmicas.

7.2.2 El riesgo actuarial como decisión algorítmica

El riego actuarial es algorítmico: se basa en «una secuencia finita de reglas formales (operaciones lógicas e instrucciones) que hacen posible un resultado a partir de una entrada de información inicial»[449]. Este concepto básico de algoritmo abarca desde formas rudimentarias de cálculo actuarial hasta modelos de cómputo automatizado con capacidad de aprendizaje.

Sin embargo, el concepto de algoritmo suele reservarse hoy para identificar formas de procesamiento tecnológico de carácter automatizado. Casos en que aquellas

---

[447] Simondon (2013a, pp. 48, 197 y ss., 231 y ss.).

[448] Berendt y Preibusch (2014); Kashid, Kulkarniy Patankar (2017). Algunas de las técnicas tratan de que los factores *proxy* no alimenten el sistema, construir modelos separados para los grupos sensibles, imponer limitaciones al aprendizaje del modelo (Calders y Žliobaité 2013, pp. 54-56), u operar simplificaciones en el sistema (Calders y Verwer 2010). Una propuesta de algoritmo dirigido a eliminar la influencia de la raza en la predicción de reincidencia puede consultarse en Johndrow y Lum (2017). En todo caso, la búsqueda de algoritmos no discriminatorios implica ciertas elecciones, como decantarse por un sentido grupal de la justica (a través de nociones como la paridad estadística) o individual (de modo que cualquier sujeto que presenten cierta similitud con otros sea clasificado de manera equiparable) (Lepri *et al.* 2018, p. 615).

[449] Consejo de Europa (2018c, p. 69). Es una definición de algoritmo muy difundida, basada en tres elementos básicos: entradas, secuencia de instrucciones y salidas (Gillespie 2014, p. 167). No obstante, una idea más precisa del carácter de los algoritmos requiere observar ciertos atributos: debe ser posible expresarlo en un cierto lenguaje (matemático o no); ha de organizarse de forma procedimental, donde cada paso es requisito para el siguiente, y el tránsito de una operación a otra está estrictamente determinado por las reglas del propio algoritmo; la salida a obtener debe estar claramente especificada; y, una vez ejecutada la secuencia, el algoritmo se interrumpe (Chabert et *al.* 1999, p. 455). Hill define sus atributos de manera distinta: todo algoritmo es una estructura (un todo organizado compuesto de partes más pequeñas articuladas en una secuencia), finita (en tiempo y espacio), abstracta (es general, no circunscrita a un tiempo y espacio concretos), efectiva (no requiere juicio, solo evaluación objetiva de las condiciones, no está sujeta a interpretación y es cierta para la producción del resultado), integra una lógica de control (criterios para el tránsito desde un estado al siguiente) e imperativa (determina un modo de proceder a través de órdenes) (Hill 2016, pp. 44-45).

«secuencias finitas de reglas formales» son codificadas y ejecutadas a través de un objeto técnico que procesa las entradas, aplica las reglas formales y proporciona resultados[450]. En todo caso, algoritmo no es sinónimo de *programa* informático; no designa un cierto *software*, sino la lógica operativa subyacente (el esquema de instrucciones) que puede encontrar acomodo en lenguajes maquínicos diversos[451].

Aun en este sentido reducido de algoritmo como materialización tecnológica con automatismos, el riesgo actuarial puede encontrar expresiones de variada sofisticación. Un ARAI puede consistir en mera codificación de tablas de predicción elaboradas mediante métodos de regresión lineal clásicos, para permitir su *ejecución automatizada.* Puede basarse en técnicas de aprendizaje automático, de forma que el modelo de correlaciones emerja, `por sí, de la aplicación de técnicas algorítmicas no lineales (ML) sobre un conjunto limitado de datos. Puede finalmente componerse de técnicas de aprendizaje automático sobre grandes masas de datos de origen diverso (*big data*, explotado mediante técnicas de *data mining*).

La primera variante responde a los llamados «sistemas expertos», versión inicial de la automatización algorítmica: procesos que siguen ciertas reglas pre-programadas por sujetos humanos, según criterios claros, fijos y finitos[452]. En el caso de los ARAIs apenas implica diferencias sustantivas con las expresiones primigenias del cálculo cuantitativo de riesgos, si bien ese automatismo ejecutivo es rasgo característico de la justicia actuarial.

Reservamos la calificación «riesgo algorítmico» a las otras dos manifestaciones, que implican algún grado de aprendizaje automático; de retroalimentación del diseño y función del modelo original. Riesgo actuarial implica ML. Las «formas derivativas del

---

[450] Así, «los algoritmos pueden concebirse bien como constructos matemáticos, o como la implementación de tales constructos en tecnología, o como una configuración de la tecnología diseñada para una finalidad concreta» (Pagallo 2018, p. 510). Lo aclara también el Consejo de Europa en su definición: la secuencia de operaciones «puede ser parte de la ejecución automatizada de un proceso y utilizar modelos diseñados a través de *machine learning*» (Consejo de Europa 2018c, p. 69). Muchas definiciones restringen el concepto a tales supuestos tecnologizados: «[u]n algoritmo es un conjunto autónomo de operaciones paso a paso que los ordenadores y otros dispositivos 'inteligentes' llevan a cabo para realizar cálculos, procesar datos, y completar tareas de razonamiento automatizado» (Association for Computing Machinery 2017, p. 1)

[451] Dourish (2016, p. 2). Observa que los programas *implementan* algoritmos. Por lo que un programa es «más» que el algoritmo (incluye material no algorítmico) y a la vez «menos» (el algoritmo no está sujeto a las constricciones que suponen su implementación particular, los condicionantes de la corporeidad tecnológica).

[452] Zalnieriute, Moses y Williams (2019, p. 432); Consejo de Europa (2018b, p. 7).

riesgo», en el sentido propuesto por Amoore[453], corresponden a la última de esas variantes, de mayor abstracción matemática y sofisticación en la detección de correlaciones.

Los desarrollos del riesgo algorítmico han supuesto el verdadero despegue de la justicia actuarial. Las tendencias sintetizadas por Feeley y Simon a principios de los años 1990, concretadas en aplicaciones, no se han generalizado hasta la segunda década del siglo XXI, apoyadas en las nuevas capacidades de procesamiento de datos e inferencia[454]. No ha supuesto solo una expansión cuantitativa sino, sobre todo, una transformación en las técnicas. Ha implicado la superación de la perspectiva frecuentista estricta que inspirara el método de Burgess y coetáneos[455], y una plena matematización de los modelos, liberados definitivamente de la influencia de las ciencias conductuales[456].

Estos desarrollos suponen la relectura de la justicia actuarial desde el punto de vista de su condición algorítmica. En el plano académico, revela un esfuerzo por «levantar el velo» de los objetos técnicos actuariales y ofrecer una crítica, no solo política, criminológica o sociojurídica, sino también de su propia tecnicidad. En el plano normativo subsume la justica actuarial en la emergente regulación de los algoritmos y las decisiones jurídicas automatizadas. Ambos planos de tratamiento asumen el carácter normativo de las tecnologías algorítmicas. Regulaciones y análisis doctrinales se erigen sobre las normatividades entrelazadas de lo tecnológico y lo jurídico, palpando sus fricciones y reacomodos. La perspectiva jurídica «ortodoxa», ha señalado Yeung, ha de corregirse mediante la exploración del «diseño» o la «arquitectura» tecnológica como fuente regulativa[457]. El riesgo como dispositivo de gobierno es comprensible solo desde la multiplicidad de las vías de racionalización.

En este epígrafe final ofreceremos algunas coordenadas en las que inscribir el riesgo actuarial comprendido como decisión algorítmica. Se trata de un terreno jurídico movedizo en vías de conformación, con una producción normativa acelerada.

---

[453] Amoore (2013, pp. 59-62).

[454] Así lo han observado los propios autores (Feeley, Simon, Zysman y Sicardi 2019, p. 138; Rothschild-Elyassi, Koehler y Simon 2019, pp. 194-195).

[455] Lo apreciaba ya a finales de la primera década del siglo Kemshall (2009, p. 51).

[456] Hannah-Moffat (2019, p. 456).

[457] Yeung (2018b, p. 129).

Aspiramos a esbozar tendencias que apuntan a una aceleración de las transformaciones descritas. Un campo abierto a investigaciones jurídicas insoslayables.

a) Calificación jurídica

Las tecnologías algorítmicas se han incorporado crecientemente a las rutinas de gobierno, hasta llegar a hablarse de regímenes *algocráticos* en entornos organizativos privados y públicos[458]. Gillespie ha propuesto el término «algoritmos de relevancia pública» para aludir a sus implicaciones sociales, cuando actúan como criterio de valoración de conductas, escudriñan trazas de actividad, preferencias y expresión de los sujetos[459]. Los algoritmos son lógicas de saber con capacidad de ordenación social: producción de verdad con efectos saber-poder[460].

El riesgo punitivo algorítmico alude a una parcela de los regímenes *algocráticos*: su incorporación a la praxis jurídico-pública como pauta normativa[461]. La discusión está desde luego abierta. No se trata de considerar los algoritmos como objeto de regulación jurídica, sino como fuente misma de normación pública que hemos tipificado *supra* como «tecnologías normativas interiores al derecho»[462].

Atiende al hecho de que «la autoridad se expresa crecientemente de forma algorítmica»[463]. El fenómeno responde a la vocación de tratamiento automatizado que está en el propio origen de la racionalización administrativa[464]. Inercia de automatismo que, en el avance de las posibilidades tecnológicas, ha mutado cualitativamente. De las

[458] Aneesh (2002), que lo analiza en la gestión del entorno de trabajo y las relaciones laborales.

[459] Gillespie (2014, p. 168).

[460] Beer (2018).

[461] Sobre los usos generales de los métodos algorítmicos de IA en el sector público *vid.*, en clave doctrinal, Martín Delgado (2009), Valero Torrijos (2019), Masucci (2020), VVAA (2019), Ponce Solé (2019a y 2019b), Cerrillo i Martínez (2019 y 2020), Auby (2020), Palma Ortigosa (2019b), Citron (2008), Trielli, Satark y Diakopoulos (2017), Coglianese y Lehr (2017), Bovens y Zouridis (2002), Maciejwski (2017), Zalnieriute, Moses y Williams (2019), Veale y Brass (2019). En una perspectiva institucional europea, *vid.*: los documentos del Consejo de Europa (2018b y 2019a); y STOA (2019). En el contexto público británico, *vid.* el trabajo parlamentario de la House of Commons (2018) y ejecutivo de la Government Office for Science (2015). Para el contexto estadounidense *vid.* National Science and Technology Council (2016). Para un punto de vista de los desarrollos algorítmicos públicos desde el sector empresarial, *vid.* Desouza (2018).

[462] *Vid.* §4.1.2.

[463] Pasquale (2015, p. 8).

[464] Sadin (2015, p. 31).

tecnologías protésicas, que colman específicas limitaciones humanas, se ha transitado hacia la independencia decisional de los objetos técnicos, a una «facultad de juicio computacional»[465]. Esta evolución expresa la distancia entre tecnologías normativas «de aplicación jurídica» y de auténtica «decisión jurídica». Estas últimas suponen una doble automatización[466]. Primero, del procesamiento de los datos objeto de análisis, a un nivel que excede las posibilidades de tratamiento analógico. Segundo, de la toma de decisiones resultantes de ese análisis de datos, que puede verse total o parcialmente automatizada.

Estas aclaraciones son pertinentes para abordar una primera inquietud jurídica sobre los algoritmos de uso en decisiones de derecho público: su calificación jurídica. La duda es si su capacidad de normación tecnológica conlleva también naturaleza de norma jurídica. *De lege lata* el asunto no está claro. Los algoritmos emergen como tecnologías «adheridas» a la norma de facto, o con escuetas previsiones normativas. Como vimos, el protocolo VPR/VPER se ha descrito en Instrucciones administrativas (con teórica normatividad doméstica), y solo en sus rutinas de aplicación, no en su sentido jurídico ni lógica operativa interna. El SEIAV, regulado en norma jurídica ortodoxa (Reglamento europeo), detalla criterios para la construcción del ARAI y su aplicación, pero externaliza la concreción algorítmica a un desarrollo técnico ulterior; no es evidente el modo en que deba interpretarse dicha elaboración técnica desde un punto de vista jurídico-formal. En ambos casos queda indeterminado lo que el *scoring* de riesgo y su proceso de cálculo sean jurídicamente.

El problema de calificación del algoritmo es acuciante, en especial en sus aplicaciones punitivas. Las exigencias del principio de legalidad en derecho punitivo reclaman esclarecer cómo la normatividad tecnológica de los ARAIs se integra en el sistema de fuentes, y en qué grado satisface requisitos de publicidad, tipicidad y control judicial.

---

[465] *Ibidem*, pp. 22-27. Advierte el Comité MSI-NET del Consejo de Europa cómo los algoritmos «replican funciones previamente desarrolladas por seres humanos, pero incluyen lógicas de toma de decisiones que son distintas cuantitativa y cualitativamente, mucho más allá del mero aumento de los datos de entrada» (Consejo de Europa 2018a, p. 6).

[466] Barocas, Hood y Ziewitz (2013, p. 5).

En una perspectiva general, considerando cualquier uso jurídico-público, el problema ha sido abordado por la doctrina administrativista. Su tratamiento reciente evidencia dos aspectos de discusión[467].

Primero, de qué algoritmos cabría predicar su naturaleza normativa. Parece claro que no puede proyectarse, sin más, sobre cualquier aplicación algorítmica relacionada con la actuación pública; ni tampoco excluirla de plano, dada su aptitud como tecnología regulativa [468] . La calificación del algoritmo ha de supeditarse a la funcionalidad que cumpla en la praxis jurídica dentro del respeto al sistema de fuentes ordinamental. Huergo Lora propone discriminar el algoritmo «aplicativo» de una norma jurídica, de aquellos en que adquiere carácter «predictivo». En el primer caso, el algoritmo se limita a traducir a código el texto de una norma jurídica para permitir su aplicación automatizada; en el segundo, sustituye el supuesto de hecho de una norma por ciertos *proxies* para determinar, por sus vías probabilísticas, las condiciones para la aplicación de la consecuencia jurídica. Para él solo en este último caso tiene sentido predicar su naturaleza normativa; es entonces cuando el algoritmo innova el ordenamiento jurídico[469].

Para Boix Palop, el valor normativo habría de extenderse a todos los usos algorítmicos que no sean puramente «instrumentales», es decir, siempre que preordenen la decisión final del poder público y limiten el ámbito de discreción o juicio del decisor[470].

Este criterio es más amplio y parece, a nuestro juicio, más atinado. Por un lado, la «mera» traducción algorítmica de una norma jurídica no está exenta de problemas. Las condiciones sintácticas del código pueden matizar los criterios normativos –fenómeno nada infrecuente en la implementación electrónica de procedimientos administrativos–. Es decir, lo que nosotros hemos denominado «tecnologías de aplicación jurídica»

---

[467] Atendemos a los trabajos de Boix Palop (2019 y 2020) y Huergo Lora (2020), que han afrontado con detenimiento el problema en fechas recientes.

[468] Este rechazo tajante ha sido formulado, por ejemplo, por Valero Torrijos, para quien «los algoritmos no se pueden considerar en modo alguno auténticas normas jurídicas». No obstante, observa la utilidad de exportar al uso jurídico-público de los algoritmos algunos aspectos el procedimiento de elaboración de los reglamentos (publicidad, información pública, transparencia por defecto) (Valero Torrijos 2019, p. 88).

[469] Huergo Lora (2020, p. 66).

[470] Boix Palop (2020, p. 237).

siguen siendo *normativas* e *interiores* al derecho, lo que impide negarles tajantemente carácter jurídico normativo.

Por otro, lo que hemos denominado «tecnologías de decisión jurídica» no siempre implican definición «dinámica» del supuesto de hecho por el propio modelo probabilístico. Existen usos predictivos (no meramente aplicativos) que codifican criterios sentados mediante cómputos convencionales, incluso analógicos. Por ejemplo, las versiones más rudimentarias de ARAIs son sistemas expertos que han traducido a código tablas de predicción calculadas con técnicas clásicas de regresión lineal. Aun así, dicho código es netamente normativo en sentido jurídico: predetermina las decisiones jurídicas sobre una pluralidad indeterminada de casos. Uso predictivo no es sinónimo de ML. El modo en que el código emerge –adaptación de un cálculo previo, o aprendizaje automático– repercute en su inteligibilidad y hace más o menos complicado su tratamiento jurídico. Pero no ha de condicionar su calificación jurídica como norma[471].

El segundo parámetro de discusión alude a las implicaciones de considerar los algoritmos normas jurídicas, en los casos en que merezcan tal consideración. Cabe entenderlos como una suerte de baremos, recurso habitual para cuantificar conceptos jurídicos indeterminados. Con la peculiaridad de que, al menos en las aplicaciones de ML, sus magnitudes proceden de la inmanencia del modelo, no de una concreción humana previa y estática. Los algoritmos de aprendizaje automático serían baremos sofisticados[472].

Puede sostenerse, en cambio, que los algoritmos equivalen al texto de la norma jurídica, al menos en las aplicaciones en que su operatividad domina la decisión a adoptar. En aquellos casos en que una medida jurídica gira ostensiblemente sobre una

[471] Además, ninguna técnica algorítmica es puramente matemática ni automatizada. El diseño, incluso de los modelos de ML, es combinación de criterios variopintos que finalmente son codificados en *software*. Las técnica algorítmicas «parten de ideas que poco tienen que ver con la computación, y que finalmente son implementadas en *software*; [...] gira[n] en torno a una idea central, un núcleo conceptual que normalmente es expresado en una combinación de lenguaje natural y notación matemática» (Rieder 2018). Es decir, el algoritmo es resultado de un encuentro de saberes. Su concreción implica decisiones que, en nuestra perspectiva, tienen significado normativo. Ninguna automatización elimina por completo a los seres humanos del proceso. Habrán de decidir qué procesos automatizar y qué técnicas emplear, y, según los casos, identificar los datos o reglas que servirán de base a las inferencias (Zalnieriute, Moses y Williams 2019, p. 434). Todas estas decisiones son «procedimiento» de elaboración de una regulación tecnológica.

[472] Este es el planteamiento que sugiere Huergo Lora (2020, p. 46).

aplicación algorítmica (así es en el VPR/VPER y SEIAV), su codificación sería texto normativo en sentido propio, no ya un baremo que auxilie en la concreción del supuesto de hecho. Texto plasmado, claro, en sintaxis no convencional para el derecho[473]. Esto parece sugerir Boix Palop al afirmar, con rotundidad, que «los algoritmos son reglamentos», y exigir las consiguientes exigencias formales: procedimiento de elaboración, publicidad, control judicial[474].

La afirmación no está exenta de problemas prácticos, aparejados a la falta de inteligibilidad, posible carácter restringido del algoritmo, variabilidad en su configuración, etc. No los abordaremos aquí. Con todo, la opción de equiparar en sentido estricto la codificación del algoritmo a un enunciado normativo, nos parece el enfoque más adecuado para incidir en el fenómeno.

Los problemas mencionados serán más patentes en los casos de riesgo algorítmico que implican algún modo de ML. Ahí la capacidad predictiva se basa en técnicas que se alejan de la regresión estadística convencional. Multiplican las variables, escalan los tamaños muestrales y no requieren especificación a priori de las relaciones funcionales entre los factores[475]. Se basan en lógicas altamente no-lineales[476]. Se trata de la tendencia más pujante en los desarrollos algorítmicos, que ha permitido un despegue de las capacidades de procesamiento en la última década[477].

---

[473] Resulta importante determinar en qué grado el algoritmo automatiza la decisión. Con Zalnieriute, Moses y Williams (2019, p. 432) cabe distinguir entre: aplicaciones de *soporte* de una decisión que sigue siendo esencialmente humana; que determinan automáticamente *algún hecho* relevante para la decisión, que continúa siendo de concreción humana; que proporcionan información relevante para aplicar un *criterio evaluativo*, no puramente fáctico; que *recomiendan* la decisión a adoptar en un caso concreto por el operador humano, que tiene libertad para considerarla en mayor o menor grado; y que identifican la información relevante y *toman una decisión* congruente, sin intervención humana. La plena equiparación entre algoritmo y texto normativo se produciría, al menos, en las dos últimas variantes.

[474] Boix Palop (2020, pp. 234 y ss).

[475] Yeung (2018a, pp. 557-558). Los problemas de inteligibilidad serán extremos en los casos en que el diseño del modelo se base en técnicas de *deep learning* (aprendizaje profundo). En este método la detección de patrones se basa en capas sucesivas de procesos algorítmicos no lineales. Es un diseño por etapas, donde los resultados de cada capa son *inputs* para la siguiente (Government Office for Science 2015, p. 7). Escala la complejidad del proceso de modelización.

[476] Edwards y Veale (2017, p. 25).

[477] La WIPO (Organización Mundial de la Propiedad Intelectual) apreciaba a mediados de la década de 2010 un crecimiento anual del 28% en las patentes de IA que implicaban técnicas de ML, y un incremento del 30% en sus aplicaciones patentadas en áreas de gestión pública (WIPO 2019, pp. 14-15). La Royal Society ha constatado la aceleración en la acumulación de datos a nivel global desde el año 2012 que ha sustentado el desarrollo acelerado de las aplicaciones de ML (Royal Society 2017, p. 21) –identifica, valga el símil marxiano, una especie de «acumulación originaria» de datos–.

Supuso la «segunda ola» tecnológica de la IA[478]. Un desarrollo que ha encontrado rápido acomodo en la justicia actuarial mediante la sofisticación de los ARAIs[479].

El riesgo algorítmico redefine con intensidad el supuesto de hecho de la norma (punitiva). Comprenderlo requiere atender, siquiera superficialmente, a su lógica operativa.

Su rasgo diferencial, respecto a otras lógicas algorítmicas, es la construcción de un modelo matemático partir de datos, concretando variables no conocidas de antemano[480]. Las instrucciones que componen el modelo (que permiten la predicción sobre nuevos casos) no son fijadas por los programadores, sino generadas en el propio proceso. El descubrimiento de correlaciones es, en sí, un proceso automatizado e indeterminado de antemano[481].

En eso consiste la capacidad de aprendizaje del mecanismo, que se consigue a través de un proceso de «entrenamiento»[482]. Una formulación algorítmica inicial, compuesta de expresiones matemáticas diversas, que responden a las distintas técnicas de ML disponibles, queda expuesta a un cierto volumen de datos[483]. Las técnicas

---

[478] Después de la primera ola protagonizada por los «sistemas expertos» (codificación estática de reglas o saberes especializados en un ámbito), y anterior a la emergente tercera ola (aplicaciones con capacidad de interpretación contextual) (Persons 2018, p. 3). Tinholt *et al.*(2017) caracterizan las tecnologías de esos tres estadios como «automatizadores reactivos», «asistentes adaptativos» e «imaginadores autónomos», respectivamente. El ML se ha descrito también como una «tercera era» de la automatización, que implica la informatización de tareas que antes exigían juicio humano (tras la primera era en la que las máquinas pudieron reemplazar el músculo humano en tareas manuales, y la segunda en que lo hicieron con tareas intelectuales rutinarias, como la entrada de datos) (Eggers *et al.* 2017, pp. 5-6). Un esquema sobre los hitos evolutivos del ML puede consultarse en Royal Society (2017, p. 28).

[479] Observa Rich (2016) que, a nivel conceptual, hay un fácil encaje entre ML y prácticas securitarias. La laxitud paramétrica que admite el ML daría respuesta al carácter multifactorial de la conducta desviada, mucho mejor que los modelos estadísticos basados en relaciones lineales entre variables.

[480] Consejo de Europa (2018c, p. 72).

[481] Cerrillo i Martínez (2019); Lehr y Ohm (2017, p. 671).

[482] Los algoritmos de ML no se programan para la resolución de problemas concretos, sino para *aprender* la resolución de problemas. El programador no se pregunta por el modo más adecuado de que el mecanismo realice una tarea, sino por la forma en que puede lograrse que el algoritmo aprenda adecuadamente a realizar dicha tarea (Tutt 2017, p. 85).

[483] La estrategia difiere según casos. Puede tratarse de «aprendizaje supervisado»: los datos que se muestran al algoritmo están «etiquetados», contienen entradas y resultados de salida (se toma una «verdad de base», por ejemplo, individuos catalogados como reincidentes/no reincidentes). O puede ser un «aprendizaje no supervisado»: el algoritmo trata de detectar características que determinan similitudes entre los «puntos de datos», normalmente creando agrupamientos (*clusters*), a los que se asignarán después nuevas entradas (Edwards y Veale 2017, p. 25; Government Office for Science 2015, p. 6; Royal Society 2017, pp. 20-21). Las aplicaciones de justicia actuarial se basan típicamente en formas de

aplicadas son capaces de detectar correlaciones no evidentes en ese conjunto («minado» de los datos), que le permiten formular ciertas *reglas* de relación. Son tales reglas las que constituyen el modelo y condensan su capacidad predictiva[484]. Al aplicarse sobre nuevas entradas deducirán una salida[485]. El algoritmo resultante es, entonces, fruto de los patrones de correlación condensados en reglas matemáticas.

Nótese que el planteamiento incorpora tanto aspectos descriptivos –es un análisis exploratorio sobre los datos de casos ya acaecidos– como prescriptivos –se obtienen reglas para la toma de decisiones sobre nuevos casos–, ambos automatizado s[486].

No obstante, la diferencia entre el dinamismo del ML y las reglas estáticas de los sistemas expertos no es siempre nítida. Hay situaciones intermedias. Técnicas de aprendizaje automático pueden emplearse para minar datos y, las reglas resultantes, codificarse de manera permanente en una aplicación que responderá siempre a esa pauta fija[487]. El funcionamiento de un ARAI será entonces similar al de un sistema experto, aunque su motor predictivo haya resultado de una elaboración por medios de aprendizaje automático. Un algoritmo implicará aprendizaje en sentido estricto cuando sus reglas de inferencia puedan actualizarse de forma dinámica mediante redundancia frente a nuevos resultados[488].

---

aprendizaje supervisado. Una exposición de algunos de los métodos empleados, con aplicación concreta en el ámbito de la predicción delictiva, puede encontrarse en Berk (2013).

[484] El modelo no es más que el conjunto acumulado de relaciones descubiertas entre los datos (Barocas y Selbst 2016, pp. 677-678).

[485] Lehr y Ohm ofrecen una descripción detallada del proceso de ML en ocho pasos. Los siete primeros implican procesamiento de datos para la elaboración del modelo: definición del problema (*problem definition*), recopilación de datos (*data collection*), preparación de los datos (*data cleaning*), caracterización estadística de las distintas variables (*summary statistics review*), partición de los datos para fines de entrenamiento y de testeo (*data partitioning*), selección del modelo de aprendizaje –paso muy experimental del proceso– (*model selection*), entrenamiento del modelo con los datos seleccionados para ello según la partición previa (*model training*), que suele implicar cierta selección de características por el analista para reducir la complejidad del proceso de entrenamiento, tratando de no perder demasiada exactitud en esa simplificación (*feature selection*) –es, de nuevo, una tarea altamente experimental–. El octavo paso implica ya el funcionamiento del modelo en el «mundo real»: es el despliegue del modelo (*model deployment*) (Lehr y Ohm 2017, pp. 672-701). La AEPD esquematiza el proceso en cinco pasos: entrenamiento, validación, despliegue, explotación (que incluye inferencia, decisión y posible evolución) y retirada del sistema (AEPD 2020, pp. 12-13).

[486] Berendt Preibusch (2014); Barocas, Hood y Ziewitz (2013, p. 5).

[487] Zalnieiute, Moses y Williams (2019, p. 434).

[488] Suele hablarse de sistemas de aprendizaje *offline*, en el primer caso (el entrenamiento se produce de forma previa y sobre un conjunto predeterminado de datos), y *online*, en el segundo (existe entrenamiento previo sobre un conjunto de datos *offline*, pero el algoritmo de aprendizaje sigue aplicándose al modelo tras su despliegue, de modo que pueda mejorar en tiempo real con datos del mundo real). *Vid.* Royal Society (2017, p. 21).

La aplicación del ML puede responder a estrategias distintas. Puede partir de una cierta modelización previa de los datos, es decir, identificar cierta estructura antes de comenzar el proceso de aprendizaje (por ejemplo, discriminando qué variables se consideran dependientes e independientes); o puede asumir que se desconoce cualquier estructura, que habrá de detectarse rebuscando entre los datos durante el propio proceso[489]. El ML basado en el minado de *big data* responde a esta segunda opción metódica.

Proyectando esta distinción a los ARAIs punitivos podemos hablar, respectivamente, de un enfoque arriba-abajo y otro de abajo-arriba[490]. En el primero el analista parte de una teorización de los factores con influencia en el potencial infractor de los sujetos; factores que son incorporados al proceso de modelización algorítmica. Es plausible que este sea el caso del protocolo VPR/VPER, cuyo diseño parece basarse en un previo acotamiento de variables con incidencia significativa en la violencia de género. En el segundo, no existe una teoría previa sobre los factores que influyen en la conducta infractora. El algoritmo se proyecta sobre grandes cantidades de datos con el fin de identificar los patrones de correlación, aceptando la emergencia de relaciones inesperadas. A este método responde el diseño del ARAI previsto en el régimen del SEIAV. El Reglamento regulador identifica las fuentes que nutrirán de datos al modelo (bases de datos de diverso tipo) y pauta el procedimiento para la determinación de índices y factores relevantes. Concreción que, en lo sustantivo, remite a la aplicación de las pertinentes técnicas de aprendizaje automático.

Estas variantes (aprendizaje estático o dinámico, modelización previa o no del proceso) tienen relevancia jurídico-normativa, ya que afectan al modo en que se define el supuesto de hecho de la norma devenida tecnología normativa. Aun dentro de la complejidad, la alteración será más inteligible y asequible en términos jurídicos cuando un ARAI sea estático y se fundamente en cierta teorización que revele su racionalidad sustantiva. La cognición y operatividad jurídica se verá aún más comprometida tratándose de modelos variables (aprendizaje *online* o dinámico) y sin estructuración predeterminada. En estos casos el proceso de regulación normativa, tal y como es

[489] En el primer caso se habla de *structure examining methods* y en el segundo de *structure testing methods* (Anrig, Browne y Gasson 2008, pp. 67 y ss., que referencian además las técnicas aplicables a uno y otro caso).

[490] Nos basamos parcialmente en la distinción propuesta por Bachner (2013, p. 15).

comprendido jurídicamente, se ve totalmente sacudido. Se imbuye de un «bucle de retroalimentación recursiva» refractario a la fijeza relativa de la regla jurídica[491]. Cuanto más liviana sea la racionalización *ex ante* y menos predeterminado esté el modelo resultante más allá de la inmanencia de los datos, mayor será la «autonomía» regulativa del modelo, pero también la dificultad de su asimilación formal a una norma jurídica ortodoxa. Más radicalmente redefinido quedará el supuesto de hecho.

Un dato adicional ha de considerarse para la calificación jurídica de los algoritmos en tanto tecnologías normativas públicas: su incidencia en la esfera jurídica de los sujetos, función de la finalidad que se les atribuya.

Con Palma Ortigosa, cabe establecer una gradación según la intensidad de su afección jurídica[492]. Se observan, primero, ciertas «técnicas menos incisivas y que no se dirigen directamente a un individuo específico». Por ejemplo, los usos algorítmicos de policía predictiva que buscan un despliegue eficiente de los recursos en el territorio urbano. Distintas son las herramientas que inciden directamente sobre sujetos concretos, pues el algoritmo pretende, precisamente, individualizar la decisión. Así, los ARAIs que valoran la probabilidad infractora de un sujeto. El autor identifica un tercer tipo de aplicación que, en realidad, es subtipo de la anterior: las técnicas que implican individualización para la adopción de medidas que «inciden directamente en las garantías procesales y judiciales» de los sujetos (adopción de medidas cautelares, decisiones relativas a beneficios y tratamiento penitenciarios), incluso concreción del contenido de sentencias judiciales, en la lógica EBS.

La detección de riesgos del SEIAV se incluye en el segundo tipo. El VPR/VPER, en cambio, es ambivalente. Comparte elementos de las tres categorías. Individualiza el riesgo de agresión referida a determinados sujetos en relación a víctimas concretas (segundo tipo de uso); lo hace como método de gestión de una medida procesal-penal e implica valoración del riesgo de comisión de hechos delictivos, que activa intervenciones de policía de auxilio judicial (tercer tipo); sin embargo, la valoración del riesgo no opera para adoptar medidas restrictivas sobre el virtual agresor «riesgoso», sino para determinar la intensidad en la aplicación de recursos policiales para la

[491] Yeung (2018b, p. 122) que lo analiza, no tanto desde la tipicidad normativa, sino en la perspectiva de la teoría de la regulación (Black 2001 y 2010).

[492] Palma Ortigosa (2019b, p. 4).

protección de la mujer víctima potencial (lo que aproxima el ARAI, más bien, al primer tipo de uso).

La aceptabilidad de los usos punitivos de los ARAIs habría de depender, a nuestro juicio, de esa distinta capacidad de afección. Las incertidumbres en cuanto a su exactitud predictiva, las paradojas debidas a su lógica nomotética, los problemas que oponen al principio de legalidad y al sistema ortodoxo de fuentes del derecho, justificarían cuestionar el segundo tipo de uso, o al menos someterlo a límites precisos y garantías estrictas. Las incertidumbres señaladas suponen motivos suficientes, a nuestro parecer, para considerar la proscripción del tercer tipo de aplicaciones, de mayor contenido aflictivo.

b) Marco normativo de las decisiones algorítmicas punitivas y problemas regulativos

Las aplicaciones del riesgo algorítmico son actuaciones jurídicas automatizadas que deciden sobre personas físicas, impactando en su esfera de derechos. Al margen de las condiciones normativas de sus contextos punitivos específicos (penal, procesal-penal, penitenciario, administrativo-policial), se subsumen en el espacio regulativo de la decisión jurídica por medios electrónicos ajenos, total o parcialmente, a un operador humano. Son de aplicación las normas que inciden en los usos jurídico-públicos de la IA[493].

[493] La IA ha sido definida por la UE como «los sistemas que manifiestan un comportamiento inteligente, pues son capaces de analizar su entorno y pasar a la acción –con cierto grado de autonomía– con el fin de alcanzar objetivos específicos». Los sistemas que se basan en IA pueden ser simplemente programas informáticos, o estar incorporados en objetos de *hardware* complejos (Comunicación de la Comisión al Parlamento al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, «Inteligencia artificial para Europa», SWD(2018) 137 final, de 25 de abril de 2018 –en adelante, COM(UE)2018–, p. 1). El Libro Blanco sobre IA aclara que se trata de «una combinación de tecnologías que agrupa datos, algoritmos y capacidad informática» (Libro Blanco sobre inteligencia artificial – un enfoque europeo orientado a la excelencia y a la confianza, COM(2020) 65 final, de 19 de febrero de 2020 –en adelante, Libro Blanco–, p. 2). La propuesta de Reglamento europeo sobre IA entiende por «sistema de IA»: el *software* desarrollado mediante las técnicas que figuran en el anexo I de la propia norma (entre las que se encuentran las estrategias de aprendizaje automático de diverso tipo) «y que puede, para un conjunto determinado de objetivos definidos por seres humanos, generar información de salida como contenidos, predicciones, recomendaciones o decisiones que influyan en los entornos con los que interactúa» (Propuesta de Reglamento del Parlamento y del Consejo por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial (Ley de inteligencia artificial) y se modifican determinados actos legislativos de la Unión, COM(2021) 206 final, de 21 de abril de 2021 –en adelante, PRIA-, art. 3.1). En definitiva, los algoritmos de ML son un modo específico de IA; concepto este que acoge otras formas de automatización sin aprendizaje automático, como los sistemas expertos.

Ese marco jurídico nos interesa solo en su proyección sobre los ARAIs de carácter punitivo. Reconstruirlo no es tarea evidente por dos motivos. Por un lado, los aspectos jurídicos de la IA no son objeto, por el momento, de una regulación integral desde la que enfocar la decisión jurídica automatizada. Su régimen se deduce de distintos ámbitos normativos que la afrontan en algunas de sus aristas: su afección a la protección de datos de carácter personal[494] y su producción a través de medios de administración electrónica, ejecutiva[495] o judicial[496]. Por otro, la aplicación de los

[494] Se trata de normas de derecho europeo comunitario: Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, «relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos)» (en adelante, RGPD); Directiva (UE) 2016/680 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, «relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales por parte de las autoridades competentes para fines de prevención, investigación, detección o enjuiciamiento de infracciones penales o de ejecución de sanciones penales, y a la libre circulación de dichos datos y por la que se deroga la Decisión Marco 2008/977/JAI del Consejo» (en adelante, DPD-ISP); Directiva (UE) 2016/681 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016, relativa a la utilización de datos del registro de nombres de los pasajeros (PNR) para la prevención, detección, investigación y enjuiciamiento de los delitos de terrorismo y de la delincuencia grave (DPNR); Reglamento (UE) 2018/1725, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2018, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales por las instituciones, órganos y organismos de la Unión, y a la libre circulación de estos (en adelante, RPDIUE). Cabe destacar el trabajo hermenéutico previo del EDPS, en documentos como: *Meeting the challenges of big data. A call for transparency, user control, data protection by design and accountability* (Opinion 7/2015, de 19 de noviembre de 2016), y *EDPS Opinion on coherent enforcement of fundamental rights in the age of big data* (Opinion 8/2016, de 23 de septiembre de 2016); y muy especialmente del Grupo de trabajo sobre protección de datos del art. 29 (2018).

Las normas de derecho interno correlativas al RGPD y la DPD-ISP son: Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales (en adelante, LOPDGDD); y la reciente Ley Orgánica 7/2021, de 26 de mayo, de protección de datos personales tratados para fines de prevención, detección, investigación y enjuiciamiento de infracciones penales y de ejecución de sanciones penales (en adelante, LOPD-ISP). A ellas se suma la norma de transposición de la DPNR: Ley Orgánica 1/2000, de 16 de septiembre, sobre la utilización de los datos del Registro de Nombres de Pasajeros para la prevención, detección, investigación y enjuiciamiento de los delitos de terrorismo y delitos graves (LOPNR).

Ha de tenerse en cuenta, así mismo, la normativa internacional procedente del Consejo de Europa en la materia, principalmente, la *Convention for the protection of individuals with regard to the processing of personal data*, según su versión modernizada adoptada por el Comité de Ministros en sesión del 18 de mayo de 2018 (en adelante según su abreviación habitual, Convention 108+); y la labor de estudio e interpretación realizada al respecto por el organismo internacional: *Guidelines on the protection of individuals with regard to the processing of personal data in a world of big data*, T-PD(2017)01, 2017, Directorate General of Human Rights and Rule of Law (2017); *Artificial Intelligence and Data Protection: Challenges and Possible Remedies*, T-PD(2018)09Rev, informe por A. Mantelero (2019); *Guidelines on Artificial Intelligence and Data Protection*, TPD(2019)01, Directorate General of Human Rights and Rule of Law (2019).

[495] Conforme a los requisitos de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP).

[496] Según la Ley 18/2011, de 5 de julio, reguladora del uso de las tecnología de la información y la comunicación en la Administración de Justicia (en adelante, LTICAJ). En este ámbito el Consejo de

ARAIS en distintos ámbitos del ordenamiento provoca tanto variaciones en su régimen jurídico como decisiones algorítmicas[497].

El abordaje integral de las afecciones jurídicas de la IA se ha producido, de momento, a través de normas de *soft law* de tipo estratégico y propedéutico[498], y estudios, informes y guías de instituciones públicas[499] y privadas[500]. El tratamiento

---

Europa ha aprobado una Carta ética europea sobre el uso de inteligencia artificial en los sistemas judiciales y su entorno, adoptada el 4 de diciembre de 2018 (en adelante, CEIAJ).

[497] Así sucede en las normas sobre protección de datos, que exigen atender a los ámbitos de aplicación general de RGPD y LOPDGDD, por un lado, y de DPD-ISP y LOPD-ISP para asuntos penales y de seguridad pública, por otro.

[498] En el ámbito de la Unión Europea, la citada COM(UE)2018 y el Libro Blanco sobre IA –junto con la estrechamente vinculada Comunicación de la Comisión «Una Estrategia Europea de Datos», COM(2020) 66 final, de 19 de febrero de 2020–. Además: la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, «Plan coordinado sobre la inteligencia artificial», COM(2018) 795 final, de 7 de diciembre de 2018; Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, «Generar confianza en la inteligencia artificial centrada en el ser humano», COM(2019) 168 final, de 8 de abril de 2019 (en adelante, COM(UE)2019); Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, *Fostering a European Approach to Artificial Intelligence*, COM(2021) 205 final, de 21 de abril de 2021 (en adelante, COM(UE)2021). Desde el Consejo de Europa, la Recommendation CM/Rec(2010)13 and Explanatory Memorándum, *The protection of individuals with regard to automatic processing of personal data in the context of profiling*, adoptada por el Comité de Ministros el 23 de noviembre de 2010 –en adelante REC(CE)2010–; y la *European ethical Charter on the use of Artificial Intelligence in judicial systems and their environment*, adoptada en el 31st plenary meeting of the CEPEJ (European Commission for the Efficiency of Justice), 2018. En España, la Estrategia nacional de Inteligencia Artificial, adoptada pr el Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital en noviembre de 2020, y la reciente Carta de los Derechos Digitales, adoptada por el Gobierno de España el 14 de julio de 2021 (en adelante, CDD).

[499] Desde instituciones europeas comunitarias, por ejemplo, la labor desarrollada por la propia Comisión Europea (2018), el Panel STOA (2019 y 2020), la European Union Agency for Fundamental Rights (FRA 2108) y el Comité Económico y Social Europeo (2017). También desde el Consejo de Europa (2018a y 2018b). Diversos Estados han desarrollado estudios influyentes. En Gran Bretaña, tanto el Gobierno a través de la Office for Science (Government Office for Science 2015), como la House of Commons del Parlamento mediante el Science and Technology Committee (House of Commons 2016a, 2016b y 2018). En Estados Unidos cabe destacar el trabajo del National Science and Technology Council del Gobierno federal (National Science and Technology Council 2016) y la US Government Accountability Office (2018). En Francia ha sido muy relevante el informe elaborado por el Consejo de Estado ya en 2014 (Conseil d'État 2014).

[500] Algunos trabajos relevantes de Organizaciones No Gubernamentales y entidades asociativas son: el estudio de Upturn (Rieke, Robinson y Yu 2014); la labor del Future of Life Institute mediante los *Asilomar AI principles*, de 2017; los informes de las británican Royal Society (2017) y Royal United Services Institute for Defence and Security Studies (Babuta 2017); el trabajo de la Association for Computing Machinery (2017), en EE.UU.; el informe de Amnistía Internacional y Access Now (2018); el trabajo del Center for Data Innovation (New y Castro 2018); el proyecto FAT/ML (*Fairness, Accountability, and Transparency in Machine Learning*), www.fatml.org; el document de la federación sindical UNI Global Union (*Top 10 principles for ethical artificial intelligence* y *Principles for Accountable Algorithms and a Social Impact Statement for Algorithms*, 2018); de la WIPO (2019); el desarrollo del Institute of Electrical and Electronics Engineers (IEEE) mediante la *Global Initiative on Ehtics of Autonomous and Intelligent Systems* (IEEE 2019). Consultoras privadas globales han ofrecido análisis sobre la implantación de la IA en el sector público, como Deloitte (Eggers *et al.* 2017) y

público, tanto en Europa como en Estados Unidos, revela un enfoque riesgos-oportunidades: la IA se entiende como un campo esencial desde el punto de vista económico y la mejora de los servicios públicos y privados, al tiempo que se aprecian afecciones potenciales a los derechos fundamentales y principios democráticos[501]. Bajo enfoques regulativos distintos, se aspira a una suerte de *good AI society* propugnando medidas de transparencia, responsabilidad y rendición de cuentas por los usos tecnológicos, no discriminación e «impacto positivo»[502]. La implantación de la IA se considera estratégica en todos los sectores de actividad pública y privada, en principio, sin exclusión alguna (tampoco jurídico-punitiva)[503]. Sobre esa premisa se aspira a una «IA ética» y «fiable» de tenor «antropocéntrico», advertencias que revelan sus impactos sobre las nociones de agente y sujeto[504].

Capgemini (*Unleashing the potential of Artificial Intelligence in the Public Sector*, 2017). Un proyecto mixto, público-privado, es la *Ongoing initiative Partnership on AI (PAI)*, compuesto por empresas multinacionales del sector y ONGs (www.partnershiponai.org; destaca su documento *Publication Norms for Responsible AI*).

[501] El balance entre riesgos y oportunidades es patente en la COM(UE)2018: «Si bien la IA proporciona claramente nuevas oportunidades, también plantea retos y genera riesgos, por ejemplo, en lo concerniente a cuestiones tales como la seguridad y la responsabilidad, la protección (frente a usos delictivos o ataques), el sesgo y la discriminación» (p. 17) y la COM(UE)2019, que reconoce las implicaciones «jurídicas y éticas» de sus desarrollos tecnológicos (p. 1). La COM(UE)2021 subraya la utilidad demostrada por la IA en la «lucha contra la COVID-19», sin ignorar los riesgos aparejados a «la exposición potencial de las personas incluyendo los niños, a errores relevantes que pueden mermar derechos fundamentales y seguridad, así como nuestros procesos democráticos» (p. 1). Observa, así mismo, la insuficiencia de la legislación vigente para afrontar tales riesgos (p. 5). El PRIA asume expresamente el enfoque riesgos-oportunidades en sus Considerandos 3 y 4. Para el Libro Blanco los principales problemas de la IA derivan de sus riesgos para los derechos fundamentales, especialmente la protección de los datos personales y de la privacidad y no discriminación (p. 10).

[502] Cath *et al.* (2018, p. 523). En una perspectiva comparada, aprecian diferencias en el enfoque regulativo europeo y estadounidense. En el primer caso observan mayor vocación de intervención pública directa sobre los desarrollos tecnológicos.

[503] En Europa, por ejemplo, la COM(UE)2018 reconoce como una de sus finalidades «potenciar la capacidad tecnológica e industrial de la UE e impulsar la adopción de la IA en todos los ámbitos de la economía, tanto en el sector privado como en el público». El Libro Blanco es explícito en la promoción de la IA en el sector público: «Resulta fundamental que las Administraciones Públicas [...] empiecen a adoptar rápidamente productos y servicios que se basen en la inteligencia artificial en sus actividades» (p. 10).

[504] El «enfoque antropocéntrico» significa la utilización de la IA al servicio de la persona para el aumento de su bienestar, y no como fin en sí mismo (Libro Blanco, p. 3; COM(UE)2019, p. 2; CDD § XXV.1). Reclama que las nuevas tecnologías «estén basadas en valores», «un planteamiento con respecto a la IA que beneficie a las personas y a la sociedad en su conjunto» (COM(UE)2018, p. 2). La COM (UE) 2019 identifica tres directrices para una «IA fiable»: conformidad con la Ley, respeto a los principios éticos y solidez técnica. Se desglosan en siete «requisitos esenciales» más específicos: intervención y supervisión humanas, solidez y seguridad técnicas, privacidad y gestión de datos, transparencia, diversidad, no discriminación y equidad, bienestar social y medioambiental, y rendición de cuentas (pp. 3-4).

En Europa, el primer intento de regulación omnicomprensiva de la IA a través de *hard law* se ha producido con la Propuesta de Reglamento sobre IA (PRIA)[505]. Pese a tratarse de un proyecto normativo, está abocado a alterar en breve todo el marco jurídico de usos del ML*;* también en el ámbito público. Dada su relevancia, incluimos sus previsiones en nuestro esquema de análisis.

Los objetivos asumidos por la propuesta de norma responden a las inquietudes jurídicas observadas en la IA y el ML: «la opacidad, la complejidad, el sesgo, cierto grado de imprevisibilidad y un comportamiento parcialmente autónomo»[506]. La futura norma incidirá en el régimen de los ARAIs, dado su ámbito de aplicación subjetivo y objetivo [507] . Estos caerán, además, en el núcleo central de su regulación: los denominados «sistemas de IA de alto riesgo». Esa calificación depende tanto del propósito atribuido a una aplicación de IA como a la gravedad de los daños que pueda infligir a la esfera de derechos de las personas y su probabilidad[508]. Para los sistemas de *software* –no integrados en otros productos– el art. 6.2 PRIA los define por remisión al anexo III de la norma, cuyos apartados 6, 7 y 8 aluden como sistemas de alto riesgo, respectivamente, a los empleados para gestionar «asuntos relacionados con la aplicación de la ley» (penal)[509], «la migración, el asilo y el control fronterizo»[510] y la

[505] COM(2021) 206 final, de 21 de abril de 2021, ya citada.

[506] «Contexto de la propuesta», §1.1 PRIA.

[507] Su ámbito subjetivo incluye a las «autoridades públicas, agencias u organismos» tanto en su concepto de «proveedores» como «usuarios» de sistemas de IA (art. 2.1 en conexión con el art. 3.2 y 3.4 PRIA). De su ámbito subjetivo solo se excluyen los sistemas de IA que tengan exclusivos fines militares (art. 2.3 PRIA).

[508] COM(UE)2021, p. 6.

[509] Entre las distintas aplicaciones incluidas bajo ese epígrafe del apartado 6 del anexo III se cuentan aquellas empleados para: «llevar a cabo evaluaciones de riesgos individuales de personas físicas con el objetivo de determinar el riesgo de que cometan infracciones penales o reincidan en su comisión, así como el riesgo para las potenciales víctimas de delitos» (apartado a); «predecir la frecuencia o reiteración de una infracción penal real o potencial con base en la elaboración de perfiles de personas físicas [de conformidad con la DPD-ISP], o en la evaluación de rasgos y características de la personalidad o conductas delictivas pasadas de personas físicas o grupos» (apartado e); y «llevar a cabo análisis sobre infracciones penales en relación con personas físicas que permitan a las autoridades encargadas de la aplicación de la ley examinar grandes conjuntos de datos complejos vinculados y no vinculados, disponibles en diferentes fuentes o formatos, para detectar modelos desconocidos o descubrir relaciones ocultas en los datos» (apartado g). El Considerando 38 PRIA justifica el alto riesgo de estos usos en el «importante desequilibrio de poder» que caracteriza estas actuaciones, y en el hecho de que «pueden dar lugar a vigilancia, la detención o la privación de libertad de una persona física, así como a otros efectos negativos sobre los derechos fundamentales».

[510] El apartado 7 incluye, entre otros, los sistemas de IA destinados a: «utilizarse por parte de las autoridades públicas para evaluar un riesgo, como un riesgo para la seguridad, la salud o relativo a la inmigración ilegal, que plantee una persona física que pretenda entrar o haya entrado en el territorio de un

«administración de justicia y procesos democráticos»[511], donde se subsumen prácticas de *profiling* punitivo, judicial y administrativo. No es una lista cerrada; el anexo III puede modificarse para incluir nuevos sistemas de alto riesgo, con los criterios del art. 7 PRIA[512]. Tal calificación de los sistemas implica la aplicación del grueso de garantías de la norma en cuanto a la legitimidad del tratamiento automatizado, evaluación de condiciones técnicas, transparencia, rendición de cuentas, etc.

El Gobierno de España ha aprobado recientemente la CDD, instrumento que pretende abordar también de forma integral las implicaciones jurídicas de la IA, desde la óptica de los derechos fundamentales. Se trata de un texto sin valor normativo, que sin embargo podría tener valor orientativo para futuras regulaciones de *hard law*[513]. La Carta atiende en su articulado a los «derechos digitales» de la ciudadanía en sus relaciones con las Administraciones Públicas (§XVIII) y la Administración de Justicia, en especial cuando para su uso como soporte para las decisiones o en herramientas de justicia predictiva (§XXVII.2).

Al margen de estos textos de *soft law* en tramitación, de vocación transversal, las normas de derecho imperativo vigentes con incidencia en los ARAIs son sectoriales.

Estado miembro» (apartado b), en alusión implícita a la lógica de detección de riesgos del SEIAV; y «ayudar a las autoridades públicas competentes a examinar las solicitudes de asilo, visado y permisos de residencia, y las reclamaciones asociadas con respecto a la admisibilidad de las personas físicas solicitantes» (apartado d). El Considerando 39 de la norma razona el alto riesgo de tales aplicaciones por la «situación especialmente vulnerable» en que se encuentran con frecuencia las personas a ellas sometidas, y en la suma importancia de que estos sistemas «sean precisos, no discriminatorios y transparentes», a fin de garantizar los derechos fundamentales.

[511] Dentro del apartado 8 se alude a los «sistemas de IA destinados a ayudar a una autoridad judicial en la investigación e interpretación de hechos y de la ley, así como en la aplicación de la ley a un conjunto concreto de hechos». El tenor del párrafo parece admitir usos que respondan a la lógica EBS. El Considerando 40 aprecia los «efectos potencialmente importantes» que esas aplicaciones pueden tener sobre «las libertades individuales y el derecho a la tutela judicial efectiva y a un juez imparcial», y la relevancia de «evitar el riesgo de posibles sesgos, errores y opacidades en este ámbito». Según el Considerando, lo relevante para calificar un sistema de IA de alto riesgo en este ámbito es su afección «a la administración de justicia en casos concretos».

[512] Aluden a la finalidad del sistema, su uso probable, los perjuicios potenciales y su alcance, las personas que podrían sufrirlo, en especial atendiendo a su vulnerabilidad, etc.

[513] Advierte la Carta que «no trata de crear nuevos derechos fundamentales sino de perfilar los más relevantes en el entorno y los espacios digitales o describir derechos instrumentales o auxiliares de los primeros». Se arroga un triple objetivo descriptivo –de los contextos y escenarios digitales determinantes de conflictos que reclaman nuevas ponderaciones de derechos, valores y bienes–, prospectivo –anticipar futuros escenarios que puedan ya predecirse– y asertivo –aspira a revalidar y legitimar los principios, técnicas y políticas propios de la «cultura de los derechos fundamentales», en su proyección sobre entornos digitales–.

Hallamos, por un lado, la regulación de la «actuación administrativa automatizada» en el contexto de la Administración pública electrónica. La normativa es parca y con importantes lagunas[514]. El motivo es que, como sucedía con las derogadas LRJ-PAC y LAE, tanto LPAC como LRJSP, se centran en la dimensión formal de la actuación administrativa electrónica: en la tramitación digital del procedimiento, el documento y expediente electrónicos, la sede electrónica, la notificación por medios electrónicos, etc.[515]. Es decir, se centran en tecnologías normativas «de aplicación jurídica», para la tramitación administrativa *vía telemática*.

La actuación automatizada –el dictado de actos administrativos sin intervención de operador humano– apenas merece atención en dichas normas: solo escuetamente en el art. 41 LRJSP, y sin apenas consideración a sus aspectos sustantivos. Se omite toda consideración a la especificidad del ML, técnicas ya maduras en el momento de su adopción (2015). Este tipo de procesamientos afecta a las posibilidades de automatización de la actividad administrativa. Se ha entendido que dicha operación era aplicable a actos administrativos resolutorios y de trámite, siempre que se tratara de potestades regladas o de «baja discrecionalidad en las que es posible la parametrización»[516]; se han considerado excluidas de adopción automatizada las decisiones en las que existan elementos subjetivos de valoración, o cuya «motivación no sea viable 'predeterminar' mediante una programación concreta»[517]. Tales criterios resultan nítidos en el caso de sistemas expertos, pero mucho menos evidentes en la aplicación de técnicas de aprendizaje automático que, tendencialmente, afirman la capacidad de parametrizar cualquier toma de decisión. Además, a nuestro juicio, la irrupción del ML desborda las discusiones iniciales de la doctrina administrativista sobre el impacto real de la decisión automatizada en la dogmática administrativa: si la máquina es ahí medio material, como otros tantos, al servicio del titular del órgano administrativo, o si supone una alteración de los esquemas de competencia y funcionamiento de los órganos[518]. Parece evidente que las aplicaciones con capacidad

[514] Ponce Solé (2019, p. 26).

[515] Valero Torrijos (2019, p. 85).

[516] Martín Delgado (2009, p. 366).

[517] Alamillo Domingo y Urios Aparisi (2011, p. 26).

[518] Muestra de esta discusión son las opiniones vertidas en su momento por Martín Delgado (2009, pp. 355-366) y Valero Torrijos (2007), en uno y otro sentido, respectivamente.

de aprendizaje, que no condensan ya un conjunto estático de reglas predefinidas, suponen «cambios cualitativos profundos» en la racionalidad de funcionamiento administrativo[519].

Desde el punto de vista de los ARAIs, esta regulación será aplicable a aquellos de naturaleza administrativa. Cabría considerar su proyección sobre las actuaciones de la Administración penitenciaria, aunque no resulta claro en decisiones de tratamiento o beneficios penitenciarios. No parece pertinente su aplicación sobre actuaciones policiales de auxilio judicial vinculadas a procesos penales, como el protocolo VPR/VPER.

En el ámbito judicial, la LTICAJ presenta una similar vocación regulativa hacia los aspectos formales de tramitación; de nuevo hacia las tecnologías normativas de aplicación jurídica para la administración de justicia (sede judicial electrónica, expediente judicial electrónico, documentos electrónicos de significado procesal, proceso judicial electrónico, etc.). La atención a la «actuación judicial automatizada» es puntual (art. 42 LTICAJ) y centrada en sus aspectos formales.

la CEIAJ adoptada por el Consejo de Europa incide, en cambio, en los aspectos sustantivos de la IA en el ámbito judicial. Si bien no es norma imperativa, resulta de interés en la aplicación de los ARAIs de uso penal y procesal-penal.

La Carta deslinda los usos aplicativos de los decisorios[520], y presta atención específica a las «características operativas de la IA (aprendizaje automático) aplicada a las decisiones judiciales» o «justicia predictiva»[521]. Concreta, dentro de ellas, los usos específicos en la justicia penal para la «prevención de delitos, riesgo de reincidencia y evaluación del nivel de peligro»[522], diferenciando dos tipos de aplicación: de «policía

[519] Así lo considera Boix Palop (2020, p. 225). Lo cual conlleva nuevas afecciones a los administrados, por ejemplo por las formas de discriminación que pueden derivar de las decisiones automatizadas y sus dificultades de control (Soriano Arnanz 2021).

[520] Apéndice I, §15 CEIAJ. Los usos predictivos son catalogados como «herramientas de análisis».

[521] Como señalamos *supra*, en este mismo Capítulo, advierte el Consejo de Europa la emergencia de una nueva forma de normatividad que puede condicionar la discrecionalidad judicial, con el riesgo de estandarización de las decisiones judiciales a causa de la adopción de una razón nomotética (Apéndice I, §7 CEIAJ).

[522] Apéndice I, §117 CEIAJ.

predictiva» (usos antes del juicio penal, donde se ubicaría el VPR/VPER)[523], y las empleadas «durante el juicio penal» (a lo que responderían los enfoques de EBS), estas últimas apreciadas infrecuentes en Europa[524].

El corpus normativo más amplio sobre las decisiones automatizadas se encuentra en el contexto de la protección de datos de carácter personal. Los usos algorítmicos son considerados en cuanto implican tratamientos específicos de datos por medios total o parcialmente automatizados. Desde esta perspectiva se ha normativizado el concepto de *profiling*, elaboración de perfiles por medios total o parcialmente automatizados. Se entiende por tal:

> «*toda forma de tratamiento automatizado* de datos personales, consistente en utilizar datos personales para *evaluar determinados aspectos personales* de una persona física, en particular para analizar o predecir aspectos relativos al rendimiento profesional, situación económica, salud, preferencias personales, intereses, *fiabilidad*, *comportamiento*, ubicación o movimientos de dicha persona»[525].

Deben cumplirse tres condiciones en un tratamiento para ser calificado jurídicamente como *profiling*: automatización, manejo de datos personales y evaluación de aspectos personales del sujeto mediante deducciones estadísticas[526]. Ahora bien, el tratamiento puede ser total o parcialmente automatizado; la intervención humana sobre algún aspecto del proceso no excluye la calificación[527]. No es, por lo tanto, sinónimo de

---

[523] Apéndice I, §119-121 CEIAJ. El Consejo aprecia en estos usos el problema de generar efectos de «círculo vicioso» y «profecía autocumplida», por ejemplo, al incrementarse la vigilancia en las zonas urbanas que históricamente han atraído mayor atención policial.

[524] Salvo ciertos usos del ARAI HART en Gran Bretaña (Apéndice I, §124 CEIAJ).

[525] Arts. 4.4) RGPD, 3.4) DPD-ISP, 5.d) LOPD-ISP y 3.5) RPDIUE (énfasis añadidos). El Consejo de Europa entiende por «perfil» un «conjunto de datos que caracterizan una categoría de individuos que se pretende aplicar a un individuo», y por «elaboración de perfiles» aquella «técnica de procesamiento automático de datos consistente en aplicar un 'perfil' a un individuo, concretamente para adoptar decisiones sobre ella o él o para analizar o predecir sus preferencias personales, comportamientos y actitudes» (Apéndice a la REC(CE)2010, §1.d) y e).

[526] El Consejo de Europa señala tres etapas técnicas en el *profiling*: recopilación de datos (sean nominativos, codificados o anónimos) y almacenamiento; análisis de los datos, determinando correlaciones (*data mining*); inferencia, es decir, sobre la base de las variables de comportamiento o características de un individuo identificado de forma genérica, se deducen nuevas variables de comportamiento o características pasadas, presentes o futuras (Explanatory Memorandum a la REC(CE)2010, §38). Tales pasos podrían reconducirse a dos fases: creación del perfil (que incluye la recopilación de la información y la detección de correlaciones) y la aplicación de dicho perfil (proyectar los resultados sobre un sujeto concreto) (Mendoza y Bygrave 2017, p. 77).

[527] Considerando 71 RGPD.

decisión automatizada, aunque ambos conceptos pueden solaparse[528]. Tampoco equivale a ML, ya que el *profiling* puede basarse en técnicas diversas, incluso parcialmente manuales[529].

La elaboración de perfiles es una técnica que pretende gestionar la «sobreabundancia» de información, para extraer *sentido* de ella y orientar las decisiones[530]. Operativamente, supone crear «personas virtuales», a partir del análisis de datos, que después se re-encarnan sobre los individuos perfilados[531]. Las dinámicas de virtualización-concreción se aceleran con el avance del ML y el *big data*, capaces de generar agrupaciones momentáneas constantemente reformuladas[532].

La centralidad de la elaboración de perfiles en las normas sobre protección de datos se debe a los riesgos percibidos en esta forma de tratamiento, que implica tanto automatización como individualización de una decisión sobre un sujeto a partir de aquella[533]. Es decir, supone un juicio automatizado sobre un sujeto a partir de datos personales de su titularidad; el propio resultado del tratamiento (el perfil asignado) es concebido como dato de carácter personal.

---

[528] Grupo de trabajo sobre protección de datos del art. 29 (2018, pp. 7-8)

[529] Edwards y Veale (2017, p. 32).

[530] Hildebrandt (2008a, p. 30). La autora ofrece una sugerente caracterización iusfilosófica del *profiling*, como estrategia general de reducción de complejidad del entorno por parte de los individuos orgánicos, ahora matematizada y automatizada. Aporta así mismo una clasificación de sus variantes. *Vid.* también Hildebrandt (2012 y 2015).

[531] Así lo sugiere Jaquet-Chiffelle en respuesta al planteamiento de Hildebrandt (2008a, pp. 34-41).

[532] Leese (2014, pp. 503-506), que se plantea incluso si, en tales condiciones, se puede seguir hablando de *profiling* en el sentido habitual del concepto.

[533] El Consejo de Europa considera que «perfilar a un individuo puede resultar en privaciones injustificables en el acceso a ciertos bienes o servicios y entonces violar el principio de no discriminación»; aprecia el riesgo de correlaciones con datos sensibles en el tratamiento; entiende que, el uso de perfiles, aun de forma legítima, «podría dañar severamente la dignidad humana» y otros derechos y libertades fundamentales, si no se adoptan precauciones y garantías específicas (Considerandos a la REC(CE)2010). Identifica ciertos riesgos concretos en el uso del *profiling*: invisibilidad del procesamiento concreto operado (ignorancia sobre las correlaciones efectuadas); proyección a un individuo de atributos observados en otros; problemas de exactitud en los datos recopilados o en el propio perfil elaborado; problema de descontextualización de los datos (utilización de datos de un ámbito para fines en otro, no relacionado directamente con el anterior); problemas de inequidad en el acceso a servicios o en la proyección de las actuaciones administrativas, al ser usado en el sector público; y riesgos de discriminación ilegítima en su uso en el sector privado (Explanatory Memorandum a la REC(CE)2010, §50-58; 61-64; 72-74; 106-108).

Los ARAIs son, específicamente, «motores» de perfilado con fines punitivos. Su diversidad aplicativa hace que su régimen varíe en la normativa europea sobre protección de datos, según el reparto material del RGPD y la DPD-ISP.

El RGPD acoge un régimen general para los tratamientos automatizados de datos personales y la elaboración de perfiles. Sin embargo, excluye de su ámbito objetivo de aplicación los tratamientos

> «por parte de las autoridades competentes con fines de prevención, investigación, detección o enjuiciamiento de infracciones penales, o de ejecución de sanciones penales, incluida la protección frente a amenazas a la seguridad pública y su prevención» (art. 2.2.d) RGPD)[534].

Tales tratamientos son objeto de regulación por la DPD-ISP, cuya transposición se ha producido de forma extemporánea en España mediante la LOPD-ISP. Estas normas se aplican a los tratamientos operados por los órganos judiciales penales y fiscalías, y a la policía en labores de auxilio judicial penal: prevención, investigación, detección y contribución al enjuiciamiento de infracciones penales. No obstante, aclara la Directiva, el ámbito de la norma también abarca otros casos de actuación policial: aquellas «en las que no hay constancia de si un incidente es o no constitutivo de infracción penal» (es decir, todavía en ausencia de proceso judicial), las que suponen «ejercicio de la autoridad mediante medidas coercitivas, como es el caso de las actuaciones policiales en manifestaciones, grandes acontecimientos deportivos y disturbios» y, en general, las dirigidas al «mantenimiento del orden público [...] con fines de protección y prevención frente a las amenazas para la seguridad pública y para los intereses públicos fundamentales jurídicamente protegidos que puedan ser constitutivas de infracciones penales»[535].

Es decir, la norma, y por extensión la LOPD-ISP, parece acoger los tratamientos por la Administración Pública en labores de policía de seguridad (pre-procesal), si bien orientada a hechos o circunstancias potencialmente constitutivos de infracción penal[536].

---

[534] *Vid.*, así mismo, el Considerando 19 de la norma.

[535] Considerando 12 DPD-ISP, aportando criterios hermenéuticos sobre los arts. 1.1 y 2 de la norma.

[536] En consecuencia, las «categorías de interesados» contempladas por las normas (es decir, los titulares de los datos procesados) son: personas respecto de las cuales existan motivos fundados para *presumir* que han cometido o van a cometer una infracción penal; «personas *condenadas* por una

La norma española amplía su ámbito de aplicación, además, a las actuaciones de las Administraciones Penitenciarias, y a ciertas estructuras administrativas con fines de supervisión y prevención de ilícitos (art. 4 LOPD-ISP)[537].

A la dicotomía anterior hay que sumar la especificidad del régimen de los tratamientos realizados por parte de las instituciones y organismos de la UE. Curiosamente, a tales actuaciones no les son de aplicación las normas anteriores, sino el régimen previsto en el RPDIUE[538] –que, en lo que nos interesa, es sustancialmente el mismo que el del RGPD–.

Así, el protocolo VPR/VPER y la aplicación RiscCanvi implicarán tratamientos regulados por la DPD-ISP y la LOPD-ISP. La detección de riesgos del SEIAV se verá sometida al RGPD y la LOPDGDD si los responsables de tratamiento son autoridades fronterizas españolas, y por el RPDIUE si lo es Frontex; aunque si el tratamiento de los datos del sistema se realiza con fines penales por parte de las autoridades nacionales, el régimen será el de la DPD-ISP y LOPD-ISP; y variará si, en cambio, el tratamiento de los datos se efectúa por Europol[539]. Cuentan con su régimen específico las evaluaciones automatizadas de pasajeros «con arreglo a criterios predeterminados», tratamientos contemplados en la DPNR y LOPNR[540].

Dibujado este marco normativo complejo, se trata de concretar las exigencias que se deducen para los ARAIs en cuanto aplicaciones algorítmicas generadoras de perfiles, mediante actuaciones total o parcialmente automatizadas. La regulación se puede dividir en siete aspectos, resueltos en mayor o menor medida por las normas aplicables

---

infracción penal; víctimas de una infracción penal o de las que se piense que puedan serlo; y terceras partes involucradas en una infracción penal (arts. 6 DPD-ISP y 9 LOPD-ISP).

[537] La Dirección Adjunta del Servicio de Vigilancia Aduanera (inscrita en la Agencia Estatal de Administración Tributaria), el Servicio Ejecutivo de la Comisión de Prevención del Blanqueo de Capitales e Infracciones Monetarias (Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital); y la Comisión de Vigilancia de Actividades de Financiación del Terrorismo (Ministerio del Interior).

[538] Su ámbito de aplicación está definido en el art. 2 de la norma.

[539] Ya que cuenta con su propio régimen de garantías en materia de protección de datos, en los arts. 28 a 46 del Reglamento (UE) 2016/794 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2016, relativo a la Agencia de la Unión Europea para la Cooperación Policial (Europol). Esta diversidad de regímenes aplicables al tratamiento de los datos obrantes en el SEIAV está especificada en el art. 56 RSEIAV.

[540] Las actuaciones del Centro de Inteligencia contra el Terrorismo y el Crimen Organizado (UIP española a efectos de la DPNR) no se incluyen en el ámbito de aplicación de la LOPD-ISP. Sin embargo, el art. 8.4 LOPNR declara la aplicación supletoria del régimen de los delegados de protección de la LOPD-ISP a dicho Centro, en lo no previsto por la propia LOPNR.

en cada caso: base jurídica que legitima la decisión (total o parcialmente) automatizada; la posibilidad de exigir la intervención de un operador humano; los requisitos para la adopción formal del sistema algorítmico; las exigencias sustantivas sobre el modelo (requisitos de robustez, exactitud y no discriminación); condiciones de transparencia e inteligibilidad del sistema y las decisiones automatizadas; posibilidad de oposición al tratamiento automatizado y de impugnación de la decisión; y normas sobre evaluación, rendición de cuentas y auditoría de los sistemas.

Desarrollarlos en profundidad todo ello excede el objeto de este trabajo. Baste aquí con apuntar los problemas que dibujan líneas de desarrollo futuro.

Base jurídica que legitima la decisión. Además de los supuestos generales que legitiman el tratamiento de datos personales[541], las normas sobre protección de datos configuran el derecho a no ser objeto de una decisión basada *únicamente* en el tratamiento automatizado (incluida la elaboración de perfiles), que proyecte efectos jurídicos sobre el sujeto[542]. El reconocimiento encuentra sendas excepciones, entre otras, en lo que nos interesa, cuando la decisión automatizada esté autorizada por el derecho de la UE o de los Estados miembros –con las debidas salvaguardas de derechos, libertades e intereses legítimos–. En su conjunto, las excepciones son tan intensas que parte de la doctrina ha interpretado que la citada regulación no constituye el reconocimiento de un derecho sino, al contrario, un título para el legítimo tratamiento automatizado, que encontrará puntuales excepciones en forma de oposición por el sujeto afectado[543]. Excepciones que, además, solo operarán cuando el sistema de tratamiento sea totalmente automatizado. Las actuaciones que solo lo sean parcialmente quedan sujetas a las posibilidades generales de tratamiento de datos amparadas por las normas.

[541] El tipo de tratamiento que nos interesa encuentra su legitimidad en su necesidad «para el cumplimiento de una misión realizada en interés público o en el ejercicio de poderes públicos conferidos al responsable del tratamiento» (art. 6.1.e) RGPD). En sentido similar, arts. 5.1.a) RPDIUE, 8 LOPDGDD, 1 y 2 DPD-ISP y 1 y 2 LOPD-ISP (en las dos últimas normas, el título para el tratamiento lícito se entiende implícito dado su ámbito de aplicación). El título citado supone, además un límite al ejercicio del «derecho al olvido» (art. 17.3 RGPD). La LOPDGDD contempla títulos específicos relativos al tratamiento de datos de naturaleza penal (art. 10) e infracciones y sanciones administrativas (art. 27).

[542] Arts. 22 RGPD, 11 DPD-ISP, 24 RPDIUE, 9 Convention 108+, 18 LOPDGDD, 14 LOPD-ISP, §V CDD.

[543] Wachter, Mittelstadt y Floridi (2017, pp. 94-95); Palma Ortigosa (2019a).

El tratamiento dispensado por los ARAIs, aun cuando sea netamente automatizado, no podrá ser objeto de oposición por los sujetos afectados, siempre que su uso esté «autorizado» por norma europea o nacional. Para los sistemas sujetos a la DPD-ISP, el art. 14.1 LOPD-ISP exige ahora que esa autorización se produzca por norma con rango de ley o norma comunitaria. Esta nueva expresión del principio de legalidad haría necesaria la autorización legal expresa de VPR/VPER y RisCanvi, actualmente regulados directamente en Instrucciones sin previsión legal explícita. Sin embargo, las exigencias de autorización en las normas de protección de datos se refieren a los sistemas plenamente automatizados. Los dos ARAIs mencionados admiten la intervención del operador sobre la calificación de riesgo (son semi-automatizados), por lo que parecen escapar al régimen mencionado. La rigidez de las normas europeas y estatales al requerir plena automatización limita enormemente el alcance de la regulación. Por otro lado, queda indeterminado que significa la exigencia de autorización: mera previsión de un mecanismo automatizado, o concreción de ciertas especificaciones del sistema a adoptar.

El PRIA contempla ciertas prohibiciones de uso de la IA (art. 5). Entre otros, proscribe el uso por parte de las autoridades de sistemas de IA con el fin de evaluar o clasificar la fiabilidad de las personas atendiendo a su conducta social, características o personalidad, siempre que la clasificación induzca un trato perjudicial o desfavorable a personas o colectivos. Bien «en contextos sociales que no guarden relación con los contextos donde se generaron o recabaron los datos originalmente» o bien donde dicho trato sea «injustificado o desproporcionado con respecto a su comportamiento social o la gravedad de este» (art. 5.c) PRIA). En caso de que la propuesta de norma prospere, cabe plantearse que dicha regulación suponga limitaciones en la selección de factores por los ARAIs, por causar perjuicios en cualquiera de las dos situaciones citadas: por trasvase de datos entre ámbitos distintos de la esfera vital del sujeto, o por generar sobre el sujeto efectos injustificados o desproporcionados.

Posibilidad de exigir la intervención de un operador humano («reserva de humanidad»). Los análisis de la IA consideran fundamental garantizar la posibilidad de supervisión humana de los sistemas automatizados. Dicha intervención puede ser de distinta intensidad, desde la participación humana en la decisión (*human-in-the-loop)*, la supervisión de esta (*human-on-the-loop*) o el pleno control de la actuación (*human-*

in-command)[544]. Las normas sobre protección de datos exigen que se reconozca al sujeto el derecho a obtener intervención humana[545]. En el RGPD (y en la LOPDGDD, por remisión) y el RPDIUE esta garantía no aplica a los casos en que el tratamiento automatizado esté autorizado por el derecho de la UE o de los Estados miembros. En tales casos, dicho tratamiento habrá de someterse a «medidas adecuadas» de salvaguarda de los derechos, pero no se contempla expresamente la reserva de humanidad. No sucede así, en cambio, en la DPD-ISP y LOPD-ISP, que reconocen con carácter general el derecho a la intervención humana sobre la decisión.

La CDD incorpora el derecho general a solicitar «supervisión e intervención humana» en los sistemas de IA (§XXV.3), pero incorpora una reserva de humanidad más exigente: requiere que la adopción de decisiones discrecionales quede en manos de operadores humanos, «salvo que normativamente se prevea la adopción de decisiones automatizadas con garantías adecuadas» (§XVIII.6.d).

El PRIA regula, en su art. 14, la «vigilancia humana» de los sistemas de IA de alto riesgo. Exige interfaces adecuadas humano-máquina, y dota a la noción de «vigilancia» de sentido amplio sobre todo el funcionamiento del sistema, más allá de la mera supervisión[546].

Requisitos para la adopción formal del sistema algorítmico. La regulación se encuentra en las normas sobre condiciones de actuación electrónica en los distintos ámbitos: LRJSP para la Administración Pública y LTICAJ para la Administración de Justicia. En ambos casos las previsiones son escasas y se refieren tan solo a las decisiones totalmente automatizadas, sin consideración a las que presentan una automatización parcial.

En el ámbito administrativo, la redacción original del art. 45.4 LRJ-PAC disponía que los programas y aplicaciones electrónicos a utilizar por las Administraciones Públicas debían ser previamente aprobados por el órgano competente, que además

---

[544] COM(UE)2019, pp. 4-5; en sentido similar, Citron y Pasquale (2014, pp. 6-7), que señalan la modalidad *human-out-of-the-loop* en los casos de automatización plena sin posibilidad de interacción humana.

[545] Arts. 22.3 RGPD, 24.3 RPDIUE, 18 LOPDGDD, 11 DPD-ISP, 14.1 LOPD-ISP

[546] El supervisor ha de ser capaz de entender las limitaciones del sistema; ser consciente de los «sesgos de automatización» (tendencia a confiar automáticamente o en exceso en los resultados arrojados por el sistema); interpretar correctamente la información de salida; tener capacidad para no utilizar el sistema o desestimar la información de salida; poder intervenir en el funcionamiento del sistema, incluyendo la capacidad de interrumpirlo en cualquier momento (art. 14.4 PRIA).

debía «difundir públicamente sus características». Es decir, la adopción del modelo exigía publicidad sobre sus aspectos técnicos y jurídicos. El apartado fue derogado por la LAE en 2007, que no incorporó ninguna previsión similar. Su art. 39, sobre la actuación administrativa automatizada, requería tan solo que se estableciese previamente el órgano competente «para la definición de las especificaciones, programación, mantenimiento, supervisión y control de calidad y, en su caso, auditoría del sistema de información y de su código fuente», amén del órgano responsable a efectos de impugnación. Es decir, se exigió determinar los órganos responsables para la gestión del sistema, pero no ya la difusión de sus características.

Hoy, el art. 41 LRJSP define la actuación administrativa automatizada como «cualquier acto o actuación realizada íntegramente a través de medios electrónicos por una Administración Pública en el marco de un procedimiento administrativo y en la que no haya intervenido de forma directa un empleado público»[547]. Los requisitos para su adopción son idénticos a los mencionados en la LAE. Nada dice, tampoco, sobre el procedimiento a seguir para generar el algoritmo, ni en cuanto a requisitos técnicos del sistema[548].

La doctrina ha considerado que la adopción de sistemas de IA en la Administración Pública debe incorporar mayores exigencias formales. Cabe diferenciar, por un lado, tres niveles de competencia en la decisión[549]: para automatizar (es decir, decidir que un acto se adopte de forma automatizada); para determinar cómo automatizar (qué tipo de sistema se empleará); y para la actuación concreta (órgano responsable de la decisión que arroje la aplicación del sistema). Todo el proceso de adopción, es decir, la propia decisión de automatizar y la opción por un concreto sistema, habrían de estar sometidos a mecanismos de publicidad y participación[550]. La decisión de automatizar debería publicarse y admitir alegaciones, y la decisión sobre el modelo exigiría, al menos, trámite de información pública.

---

[547] La definición ha variado respecto a la derogada LAE, que en el apartado a) de su Anexo entendía por tal la «Actuación administrativa producida por un sistema de información adecuadamente programado sin necesidad de intervención de una persona física en cada caso singular». Advertía que dicha definición abarcaba «la producción de actos de trámite o resolutorios de procedimientos, así como de meros actos de comunicación».

[548] Ponce Solé (2019, p. 17).

[549] Lo proponen Alamillo Domingo y Urios Aparisi (2011).

[550] Seguimos la propuesta de Valero Torrijos (2019, p. 88).

En el caso de la Administración de Justicia, el art. 42 LTICAJ presenta limitaciones similares. Prescribe que el Comité técnico estatal de la Administración judicial electrónica establezca previamente los mismos aspectos citados (especificaciones, programación, mantenimiento, etc.). Exige, adicionalmente, que los sistemas incluyan «los indicadores de gestión que se establezcan por la Comisión Nacional de Estadística Judicial y el Comité técnico estatal de la Administración judicial electrónica».

Las normas sobre protección de datos contemplan exigencias de evaluación previa de los sistemas, si bien solo desde esa perspectiva tuitiva concreta[551]. Exigencias de evaluación integral de los sistemas, previa a su funcionamiento, no se contemplan por el momento en normas imperativas. Sí lo hacen la CDD y el PRIA, por lo que resulta previsible la incorporación de esta exigencia a corto plazo.

La CDD entiende necesaria una «evaluación de impacto» en los derechos digitales en el diseño de los algoritmos, en caso de decisiones automatizadas *o semiautomatizadas* (§XVIII.7).

El PRIA aspira a imponer un sistema de control *ex ante* para la introducción de cualquier sistema de IA de alto riesgo. Exige «evaluación de conformidad» que garantice la alta fiabilidad del sistema en todos sus aspectos, detallando las normas de dicha supervisión[552]. La propuesta de Reglamento destaca el papel de la normalización para garantizar que los modelos cumplen las exigencias de la norma[553].

---

[551] Arts. 35 RGPD, 28 LOPDGDD, 39 RPDIUE, 27 DPD-ISP, 35 LOP-ISP.

[552] Arts. 19 y 40 a 51 PRIA. *Vid.* también su Considerando 62 y los Anexos V a VIII, que concretan la «Declaración UE de conformidad», el procedimiento de evaluación basado en control interno, y basado en la evaluación del sistema de gestión de la calidad y de la documentación técnica, y la información a presentar para la inscripción en el «registro de sistemas de IA de alto riesgo».

[553] Considerando 61, que remite al Reglamento (UE) 1025/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012, sobre la normalización europea. El Capítulo IV y el Anexo II de este se refiere a la «identificación de las especificaciones técnicas de las TIC». No obstante, reza el Considerando, la Comisión se reserva la posibilidad de adoptar directamente especificaciones técnicas comunes si en un ámbito no existen normas armonizadas o resultan insuficientes. Entre las normas técnicas aplicables a los sistemas algorítmicos cabe citar, sin ánimo de exhaustividad, varias adoptadas por el Institute of Electrical and Electronic Ingenieers: IEEE P7000, Model Process for Addressing Ethical Concerns During System Design; IEEE P7001, *Transparency of Autonomous Systems*; IEEE P7002, *Data Privacy Process*; IEEE P7003, *Algorithmic Bias Considerations*; y otra adoptada por el Internet Engineering Task Force (Grupo de Trabajo de Ingeniería de Internet): IETF RFC 8280, *Research into Human Rights Protocol Considerations*. Téngase en cuenta que el Anexo I PRIA enumera las técnicas propias de los sistemas de IA, incluyendo: estrategias de aprendizaje automático, supervisado, no supervisado y por refuerzo, y también métodos de aprendizaje profundo; estrategias basadas en la lógica y el conocimiento, entre otras, la programación inductiva y los sistemas expertos; y estrategias estadísticas, de estimación bayesiana y métodos de búsqueda y optimización.

Exigencias sustantivas sobre el modelo (robustez, exactitud, no discriminación). La fiabilidad es considerada un aspecto esencial de los sistemas de IA. Requiere «que los algoritmos sean suficientemente seguros, fiables y sólidos para resolver errores o incoherencias durante todas las fases del ciclo vital del sistema de IA y hacer frente adecuadamente a los resultados erróneos». Lo cual implica resiliencia, previsión de contingencias y cierto nivel de acierto en la decisión –o, como mínimo, reflejar su nivel de acierto y que sus resultados sean reproducibles–[554].

Como hemos señalado, las normas sobre adopción formal de sistemas de gestión electrónica no contienen especificaciones técnicas exigibles. Sin embargo, las normas sobre protección de datos plantean requisitos de calidad y funcionamiento, desde su concreta perspectiva sectorial. Incorporan un conjunto de «principios relativos al tratamiento» de datos[555]. Destacamos entre ellos la exactitud de los datos respecto a los fines del tratamiento[556]; se incluyen también la licitud, lealtad y transparencia, concreción y fidelidad en los fines, adecuación, pertinencia y limitación de fines y temporal, y seguridad en el tratamiento[557].

---

[554] COM(UE)2019, p. 5.

[555] Art. 5 RGPD que, en su Considerando 71 (segundo párrafo), se refiere a las exigencia de calidad en la elaboración de perfiles: «el responsable del tratamiento debe utilizar procedimientos matemáticos o estadísticos adecuados [...], aplicar medidas técnicas y organizativas apropiadas para garantizar, en particular, que se corrigen los factores que introducen inexactitudes en los datos personales y se reduce al máximo el riesgo de error». Similares principios de tratamiento se especifican en los arts. 4 DPD-ISP y RPDIUE y 6 LOPD-ISP. La Convention 108+ regula los principios de tratamiento legítimo de los datos en su art. 5. El art. 4 LOPDGDD acoge el principio de exactitud de los datos. El principio de exactitud de los datos procesados encuentra garantía en los derechos de acceso, rectificación, supresión y limitación, de los titulares, con limitaciones en su ejercicio según los casos (arts. 15 a 18 RGPD, 17 a 20 RPDIUE, 14 a 16 DPD-ISP, 9.1.e) Convention 108+, 13 a 16 LOPDGDD, 23 y 24 LOPD-ISP, 3.9 y 3.10 Rec(CE)2010).

[556] El Grupo del art. 29 aclara que la exactitud debe predicarse en todas las fases del proceso de elaboración de perfiles (recogida de datos, análisis, creación de perfil par a una persona y aplicación para tomar una decisión concreta). Advierten del riesgo de adoptar decisiones sobre la base de datos desactualizados o a partir de interpretaciones incorrectas. Señalan, así mismo que, incluso cuando los datos se registren de forma precisa, el conjunto puede no ser totalmente representativo o los análisis pueden contener desviaciones ocultas. Reclaman «medidas consistentes para verificar y garantizar de manera continuada que los datos [...] son precisos y están actualizados». *Vid.* Grupo de trabajo sobre protección de datos del art. 29 (2018, p. 12).

[557] En cuanto al principio de seguridad, respecto al tratamiento de datos en el sector público, por lo tanto en el uso de ARAIs de tipo jurídico-administrativo, cobra relevancia el Esquema Nacional de Seguridad (art. 156.2 LORJSP y DA 1º LOPDGDD). Se detalla en RD 3/2010, de 8 de enero, por el que se regula el Esquema Nacional de Seguridad en el ámbito de la Administración Electrónica. La UE apunta la conveniencia de experimentación de los sistemas en espacios seguros (*regulatory sandboxes*) para testar tecnologías innovadoras en entornos controlados por tiempo limitado. *Vid.* COM(UE)2021, p. 7 y Considerandos 71-72 PRIA.

Las normas sobre tratamiento de datos con fines penales presentan peculiaridades en cuanto al principio de exactitud. La DPD-ISP advierte que dicho principio debe predicarse atendiendo a la finalidad del tratamiento, por lo que encuentra matices en el caso de las declaraciones en sede judicial basadas en percepciones subjetivas, difícilmente verificables. En tales casos, la exactitud no significa «exactitud de la afirmación», sino el mero hecho de haber «formulado una afirmación concreta»[558]; matiz relevante, quizá, para las valoraciones de peligrosidad puramente especulativas. Se exige que el responsable del tratamiento distinga, «en la medida de lo posible», los datos personales «basados en hechos» y aquellos «basados en apreciaciones personales»[559].

Además, los derechos de acceso y rectificación pueden verse retrasados o restringidos en su ejercicio en este ámbito, por necesidades de investigación o procesales[560].

La CDD incluye exigencias de calidad en el tratamiento afirmando los principios de buen gobierno y el «derecho a una buena Administración digital», así como «principios éticos» en el diseño y uso de los sistemas de IA. Exige garantía de fiabilidad tanto en el desarrollo como en todo el ciclo de vida de los sistemas[561].

El PRIA presta especial atención a la calidad de los datos en los sistemas de IA de alto riesgo, aspecto crítico para la garantía de los derechos potencialmente afectados en su aplicación. Resulta clave, en especial, para la vigilancia, detección y corrección de sesgos[562]. Atiende también a los requisitos de precisión, solidez técnica y seguridad de los sistemas de alto riesgo[563]. Desde un punto de vista técnico, acoge la distinción entre «datos de entrenamiento» y «de validación» en la construcción del modelo, determinante para su capacidad predictiva[564].

---

[558] Considerando 30 DPD-ISP.

[559] Arts. 7.1 DPD-ISP y 10.1 LOPD-ISP.

[560] Considerandos 44 y 47, arts. 15.1 y 16.4 DPD-ISP; art. 24 LOPD-ISP.

[561] §XVIII.6.a) y XXV.2 CDD, respectivamente.

[562] Considerando 44 y art. 10.5 PRIA.

[563] Considerandos 48 a 50, y art. 15 PRIA. El art. 21 exige la adopción de medidas correctoras en caso de detección de rendimientos no ajustados a los parámetros del Reglamento.

[564] La distinción responde a la «partición de datos», aludida *supra*, característica de los procesos de ML. Los datos de entrenamiento son aquellos usados para entrenar el sistema, «mediante el ajuste de sus parámetros entrenables, entre los que se incluyen los pesos de una red neuronal»; los de validación son

Resulta de interés doctrinal la propuesta de un «proceso debido tecnológico» como garantía de publicidad y posibilidad de verificación de los distintos pasos en la construcción de los modelos algorítmicos[565]. El problema de los sesgos es clave desde el punto de vista de las garantías operativas de los sistemas, posible causa de discriminación indirecta con afección a gran escala[566]. Pueden derivar de sesgos históricos presentes en los datos de entrenamiento, en el diseño de los sistemas, o en el aprendizaje posterior del modelo[567].

Los textos sobre IA y protección de datos insisten en el principio de no discriminación[568]. En las normas sobre protección de datos se materializa en restricciones para el tratamiento de datos «sensibles» o de «categorías especiales»: aquellos que revelen el origen étnico o racial, las opiniones políticas, las convicciones religiosas o filosóficas, la afiliación sindical, los datos genéticos, biométricos, relativos a la salud, a la vida sexual o a las orientaciones sexuales de personas físicas. Se parte del principio de prohibición de tratamiento de tales datos, salvo concurrencia de circunstancias específicas. Entre ellas, en lo que concierne a los ARAIs, que el procesamiento esté amparado por el derecho europeo o nacional, con medidas adecuadas para la protección de los intereses y derechos afectados[569].

El mismo esquema se aplica en el RGPD a la elaboración de perfiles por medios totalmente automatizados. Se prohíbe el *profiling* basado en categorías especiales de

---

los empleados para proporcionar una evaluación del sistema entrenado y «adaptar sus parámetros no entrenables y su proceso de aprendizaje, entre otras cosas, para evitar el sobreajuste» –es decir, la excesiva concentración del sistema en peculiaridades locales de los datos que pueden afectar al rendimiento general del modelo– (arts. 3.29) y 3.30), 10.3 y 10.4 PRIA).

[565] Citron (2008), Citron y Pasquale (2014), Crawford y Schultz (2014), Lehr y Ohm (2017), Coglianese y Lehr (2017), Chiao (2019, pp. 133-135).

[566] Advierte el Libro Blanco sobre IA que, si bien prejuicios y discriminaciones son riesgos inherentes a toda actividad social y económica, debido al error o a la subjetividad en la toma de decisiones, en el caso de la IA el problema «puede tener efectos mucho más amplios, y afectar y discriminar a numerosas personas sin que existan los mecanismos de control social que rigen el comportamiento humano» (Libro Blanco, p. 14).

[567] COM(UE)2019, p. 6; Libro Blanco, p. 14.

[568] Por ejemplo, Libro Blanco, pp. 12-14; §I.3, XVIII.2, XXV.2 CDD. La atención a los riesgos de discriminación es omnipresente en los Considerandos del PRIA (*vid.*, por ejemplo, números 10, 13, 15, 17, 33, 35, 37, 44).

[569] Arts. 9.1 y 9.2.g) RGPD, 9 LOPDGDD (que exige que, en el caso de la excepción citada, la habilitación normativa se produzca mediante Ley), 10 RPDIUE, 10 DPD-ISP, 13.1.a) LOPD-ISP (que exige, igualmente, norma con rango de Ley), 6 Convention 108+. Régimen similar prevé el ap. 3.11 del Anexo a la Rec(2010)13.

datos salvo circunstancias concretas, entre las que se cuenta, de nuevo, el fundamento mencionado aplicable a los ARAIs[570].

La relación entre *profiling* y discriminación merece especial atención en el caso de la DPD-ISP y LOPD-ISP. Se prohíbe igualmente la construcción automática plena de perfiles basada en categorías especiales de datos, salvo que se adopten medidas adecuadas para la salvaguarda de los derechos, libertades e intereses legítimos del afectado –en este caso, circunscritos los tratamientos al ámbito penal y policial, se presume que la actuación cuenta con amparo normativo–[571]. Pero se incorpora una proscripción adicional: queda prohibida toda «elaboración de perfiles que dé lugar a una discriminación de las personas físicas sobre la base de categorías especiales de datos»[572].

El alcance de esta prohibición no resulta evidente. Por un lado, al incorporarse en ambas normas en los preceptos relativos al «mecanismo de decisión individual automatizado», parece aplicable solo a la elaboración de perfiles con plena automatización. Sin embargo, su redacción genera dudas al preverse de forma diferenciada respecto a la posibilidad general de elaboración de perfiles basados en categorías especiales, donde se remite expresamente a las decisiones automatizadas. Cabría interpretar que se trata de una prohibición específica de mayor alcance, que proscribe efectos discriminatorios por utilización de datos sensibles en cualquier modalidad de *profiling*, total o parcialmente automatizado. Por otro, no es claro a qué tipo de discriminación se refiere el precepto: si la prohibición afecta solo al uso directo de datos sensibles que dé lugar a formas de discriminación directa, o también a sesgos que incidan en categorías especiales por correlación; es decir, que el resultado del perfil resulte discriminatorio en atención a alguna categoría sensible, aunque esta no haya sido utilizada explícitamente como factor en su elaboración. Es decir, la prohibición de discriminación por afección a categorías protegidas puede ser objeto de interpretación minimalista o maximalista[573]. En el segundo caso, cabría considerar que el resultado del

[570] Arts. 22.4 RGPD, 18 LOPDGDD (por remisión al anterior), 24.4 RPDIUE.

[571] Arts. 11.2 DPD-ISP y 14.2 LOPD-ISP.

[572] Arts. 11.3 DPD-ISP y 14.3 LOPD-ISP.

[573] Goodman y Flaxman (2017, pp. 53-54), que aprecian esta doble posibilidad interpretativa también en el RGPD.

profiling es en sí un dato personal protegido, si revela afección a alguna de las categorías protegidas[574].

Condiciones de transparencia e inteligibilidad del sistema y la decisión. La posibilidad de conocer los criterios de procesamiento de los sistemas algorítmicos y los motivos de adopción de una decisión concreta, así como su grado de comprensibilidad para el observador humano, es cuestión recurrente en las discusiones jurídicas y éticas sobre IA y ML. Dos problemas confluyen. Por un lado, la complejidad de la lógica de detección de correlaciones de muchos sistemas es refractaria a su inteligibilidad humana (en especial los llamados modelos «de caja negra»)[575]. Por otro, las regulaciones jurídicas no garantizan siempre la transparencia del sistema. Las soluciones pasan por la incorporación de tecnologías susceptibles de explicación «analógica» –campo emergente de la *explainable AI, XAI*–y el fortalecimiento de los deberes de publicidad y los derechos de acceso a obtener dicha explicación[576].

Nótese que, tratando de usos algorítmicos jurídico-públicos como los ARAIs, transparencia y explicabilidad adquieren relevancia inmediata desde el punto de vista del principio de legalidad y, en la hipótesis aquí sugerida, de publicidad de las normas (art. 9.3 CE). Desde el punto de vista de la decisión concreta, aquellas exigencias enlazan con la exigencia de motivación de los actos administrativos (arts. 103.1 y 35 LPAC) y las resoluciones judiciales (arts. 24.1 y 120.3 CE), según los casos.

La explicación del funcionamiento de los sistemas de IA puede adquirir significados distintos[577]. Por un lado, según su objeto, pueden ser explicaciones «centradas en el modelo»: referidas a la funcionalidad del sistema (su lógica,

---

[574]Así lo proponen Edwards y Veale (2017, pp. 36-37). Esta parece ser la postura del Grupo de expertos del art. 29 al interpretar el art. 9 RGPD: la calificación incluye los datos de categoría especial derivados o inferidos de la actividad de elaboración de perfiles, lo que exige al responsable de tratamiento adoptar cautelas específicas en el marco del Reglamento (Grupo de trabajo protección de datos del art. 29 2018, pp. 16-17). Exportada esta lectura a la DPD-ISP y LOPD-ISP, podría amparar una lectura maximalista de la prohibición de uso de perfiles con efecto discriminatorio.

[575] La doctrina ha tratado ampliamente este problema de opacidad: Pasquale (2015), Sadin (2015, p. 210),

[576] Wischmeyer (2020); Palma Ortigosa (2019b); Ponce Solé (2019); Cerrillo y Martínez (2019 y 2020); De la Cueva (2019); Doshi-Velez et *al.* (2019); Caplan et *al.* (2018); De Laat (2018); Lepri et *al.* (2018); Fink (2018); Edwards y Veale (2017); Lehr y Ohm (2017, pp. 706 y ss.); Kroll et *al.* (2017); Kehl, Guo y Kessler (2017); Tutt (2017); Burrell (2016); Datta, Sen y Zick (2016); Lipton (2016); Diakopoulos (2016 y 2014); Barocas, Hood y Ziewitz (2013); STOA (2019); EDPS (2015); Consejo de Europa (2018c); Lisboa (2013); Vellido, Martín-Guerrero y Lisboa (2012).

[577] Seguimos a Wachter, Mittelstadt y Floridi (2017, p. 77) y Edwards y Veale (2017, p. 22).

significado, consecuencias previstas, funcionalidad general, configuración técnica, técnicas estadísticas y de inferencia empleadas, criterios y estructuras de clasificación…) o «centradas en el sujeto»: relativas a decisiones concretas adoptadas (racionalidad, razones y circunstancias individuales, peso de los distintos factores, reglas de decisión aplicadas al caso, información sobre las agrupaciones de referencia consideradas…). Por otro, según el momento en que se produzcan, pueden ser explicaciones previas o independientes de la adopción de una decisión concreta (explicación *ex ante*); o posterior a un juicio sobre un concreto sujeto (*ex post*). Obviamente, una explicación *ex ante* solo puede centrarse en el modelo, mientras las explicaciones *ex post* pueden dirigirse al modelo o al sujeto.

Las disposiciones europeas sobre IA han subrayado la necesidad de que los sistemas sean trazables y explicables de manera adaptada a las capacidades de las personas afectadas[578], como condición de confianza de la ciudadanía en los sistemas[579]. Han observado los riesgos de la opacidad para garantizar el cumplimiento de las exigencias legales sobre los sistemas[580], y detectar posibles tratos discriminatorios e injustos[581].

Sin embargo, estas exigencias han encontrado acomodo poco nítido en las normas sobre protección de datos respecto a las actuaciones automatizadas.

El RGPD impone al responsable de tratamiento la obligación de facilitar cierta información al titular de los datos objeto de procesamiento[582] y, como reverso, el derecho de dicho interesado a obtener tal información sobre el tratamiento[583]. Entre

[578] COM(UE)2019, p. 6.

[579] COM(UE)2018, p. 17.

[580] Libro Blanco, p. 14.

[581] COM(UE)2021, pp. 3-4. A este respecto es célebre el caso *State v. Loomis*. En 2016, el Tribunal Supremo del Estado de Wisconsin rechazó que la valoración algorítmica realizada mediante el sistema COMPAS, utilizada por el Tribunal para dictar sentencia, resultara contraria a la Constitución. Ello, aun cuando la operatividad del sistema y los datos empleados en el cálculo fueran desconocidos para el acusado. El Tribunal entendió que no había menoscabo al derecho a un proceso debido bajo el siguiente argumento: la predicción ofrecida por COMPAS sobre el riesgo de reincidencia informó la decisión judicial, pero no la determinó; la discrecionalidad del órgano judicial justifica la opacidad del proceso de valoración. El caso ha sido documentado, entre otros, por Oswald et *al.* (2018); De Miguel Beriain (2018); Kehl, Guo y Kessler (2017) y Freeman (2016).

[582] Arts. 13 (si los datos son obtenidos del propio titular) y 14 (si son obtenidos de otra fuente) RGDP. Idéntica regulación se encuentra en los arts. 15 y 16 RPDIUE, respectivamente. Estos derechos están previstos en el art. 11 LOPDGDD.

[583] Art. 15 RGPD; art. 17 RPDIUE.

dicha información a aportar, o a la que cabe acceder, se encuentra «la existencia de decisiones automatizadas, incluida la elaboración de perfiles» previstas en el art. 22 de la norma y, «*al menos en tales casos*, información significativa sobre *la lógica aplicada*, así como *las consecuencias previstas* de dicho tratamiento para el interesado»[584]. En el caso de que los datos hayan sido obtenidos de fuente distinta al titular y amprándose en norma comunitaria o nacional –como es el caso de los ARAIs– no existe obligación de suministrar de oficio esta información, exigiendo ejercicio del derecho de acceso por el interesado[585].

La doctrina ha discutido si esta regulación configura un verdadero «derecho a la explicación» algorítmica en el RGPD[586]. En general se ha rechazado tal hipótesis, observando el reconocimiento de facultades parciales y limitadas al acceso a la lógica algorítmica. Primero, porque solo es aplicable a actuaciones plenamente automatizadas –lo que excluye, por ejemplo, su aplicación a la mayor parte de los ARAIs–[587]. Segundo, porque solo ampara una explicación *ex post* y centrada en el sujeto. Es decir, permite conocer los criterios aplicados en la concreta decisión, pero no la lógica general de funcionamiento del sistema automatizado[588].

---

[584] Arts. 13.1.f), 14.2.g) y 15.1.h) RGPD (énfasis añadidos); 15.2.f) , 16.2.f) y 17.1.h) RPDIUE.

[585] Por aplicación del art. 14.5.c) RGPD y del art. 16.5.c) RPDIUE.

[586] Distintas posturas al respecto pueden hallarse en Goodman y Flaxman (2017); Edward y Veale (2017); Wacther, Mittelstadt y Floridi (2017); Palma Ortigosa (2019a); Mendoza y Bygrave (2017); Dreyer y Schulz (2019); Pagallo (2018).

[587] Así lo confirma el Grupo del art. 29. Del tenor de los preceptos citados deduce que, en casos de tratamientos semiautomatizados, solo se tendrá derecho a conocer la existencia de la decisión (que suponga, por ejemplo, elaboración de perfiles con cierta intervención humana), pero no la lógica aplicada ni las consecuencias previstas para el interesado (Grupo de trabajo protección de datos del art. 29 2018, p. 29). Esta limitación no parece encontrarse en el art. 9.1.c) Convention 108+, que afirma en general el derecho a obtener, bajo solicitud del titular, conocimiento sobre la lógica subyacente al procesamiento de sus datos, cuyo resultado se haya aplicado sobre él o ella. Este derecho se contempla, pues, con carácter general, cualquiera quesea la modalidad de tratamiento. Una posición intermedia en cuanto a la amplitud del reconocimiento se encuentra en el ap. 5.1.b) Rec(CE)2010: otorga el derecho a obtener información sobre «la lógica subyacente al procesamiento de sus datos personales y que fueron usados para atribuirle un perfil, al menos en el caso de una decisión automatizada». El *Explanatory Memorandum* a la Recomendación aclara que esa posibilidad de información «no debería restringirse a los casos que impliquen una decisión automatizada, ya que ese no es el único caso del *profiling*». Indica que los Estados deberían extender la exigencia a ciertos casos adicionales que no requieran esfuerzo desproporcionado por parte del controlador, y con salvaguarda de los posibles secretos comerciales (§142). Sin embargo, el acceso a la información puede verse exceptuado o restringido, entre otras, «por razones de seguridad estatal, seguridad pública [...] o prevención y supresión de delitos penales» (ap. 6 Rec(CE)2010). El *Explanatory Memorandum* utiliza como ejemplo de restricción legítima el tratamiento de datos en el sector policial (§146).

[588] Parte de la doctrina ha querido deducir del RGPD la exigencia de una explicación *ex ante* de las decisiones automatizadas. Aunque la lectura conjunta del Considerando 71 y los arts. 13.1.f), 14.2.g),

Para los tratamientos de datos con fines penales no se contempla derecho alguno de información sobre la lógica de las decisiones automatizadas. DPD-ISP ni LOPD-ISP se apartan del criterio del RGPD, y no prevén ninguna especialidad informativa para elaboraciones de perfiles ni otros tratamientos automatizados[589]. Ello, pese a la proclamación realizada en los Considerandos de la Directiva[590].

Una posibilidad alternativa de información sobre la operatividad del algoritmo puede propiciarla el derecho de acceso a la información pública, configurado en la LTAIBG. En los usos algorítmicos punitivos, sin embargo, esta pretensión chocará habitualmente con los límites a tal derecho previstos en la propia norma[591].

El PRIA amplía ostensiblemente el derecho a obtener una explicación de los procesamientos por sistemas de IA de alto riesgo[592]. De hecho, la propuesta normativa parece consagrar un auténtico derecho a la explicación algorítmica, no solo *ex post* sobre la decisión, sino también *ex ante* sobre la tecnicidad del sistema[593].

15.1.h) y 22 plantea alguna ambigüedad en su literalidad, aquella pretensión no parece plausible. El sentido *ex post* y circunscrito a la decisión adoptada ha sido sostenido por el Grupo del art. 29: se trata de suministrar al interesado información sobre los factores que se han tenido en cuenta en el proceso de toma de decisión, que le pueda servir a efectos impugnatorios (*ibidem*). Aporta el grupo de expertos una recomendación de buenas prácticas sobre cómo ofrecer explicaciones inteligibles de procesos que pueden albergar complejidad matemática.

[589] *Cfr.* arts. 13 y 14 DPD-ISP y 21 y 22 LOPD-ISP. Los tratamientos automatizados quedan, entonces, sometidos a las mismas exigencias de información que cualquier otro tipo de procesamiento. Desde la perspectiva de los ARAIs puede tener especial relevancia el derecho de acceso a la información sobre «las categorías de datos personales» procesados (arts. 14.b) DPD-ISP y 22.1.b) LOPD-ISP). No obstante, téngase en cuenta que el acceso a la información puede ser retrasado o limitado total o parcialmente por necesidades de la investigación o de tipo procesal (arts. 13.3 y 15.1 DPD-ISP y 24 LOPD-ISP).

[590] El Considerando 38 menciona el derecho del titular a «obtener una explicación de la decisión adoptada» tras la evaluación de sus aspectos personales mediante tratamiento automatizado de sus datos, cuando tal procesamiento esté legitimado. Sin embargo, esta previsión no tiene reflejo en el articulado.

[591] El art. 14.1 LTAIBG admite limitación del derecho de acceso cuando su ejercicio suponga un perjuicio, entre otros intereses, para la seguridad nacional, la seguridad pública, la prevención, investigación y sanción de los ilícitos penales, administrativos o disciplinarios y las funciones administrativas de vigilancia, inspección y control. Además, si los modelos algorítmicos son de titularidad privada, podría esgrimirse el límite impuesto por el secreto profesional y la propiedad intelectual, previsto también ene l precepto.

[592] Afirma su Considerando 47 que «debe exigirse un cierto grado de transparencia» en dichos sistemas «para subsanar la opacidad que puede hacer a algunos de ellos incomprensibles o demasiado complejos para las personas físicas». Así, los usuarios «deben ser capaces de interpretar la información de salida del sistema y de usarla adecuadamente», por lo que tales sistemas deben acompañarse de información «clara y concisa», incluso sobre los riesgos que pueden derivar de su aplicación.

[593] El art. 13 PRIA exige un diseño y desarrollo de los sistemas de alto riesgo orientado a su explicabilidad, y que se vean acompañados de instrucciones de uso con la información especificada en el apartado 3 del precepto. Esta incluye, entre otros extremos, «las características, capacidades y limitaciones del sistema», con detalle de su contenido: finalidad, nivel de precisión, funcionamiento en

La CDD reconoce el principio de transparencia de los sistemas de IA, en distintos sentidos. Obliga al responsable del tratamiento a informar explícitamente al interesado sobre la finalidad del perfilado o decisión automatizada[594] y exige que, en el desarrollo y ciclo de vida de los sistemas, se establezcan condiciones de transparencia y explicabilidad, entre otras[595]. En los usos por parte de la Administración Pública, proclama el «derecho a la transparencia» de los sistemas en cuanto a su funcionamiento y alcance en cada procedimiento, los datos utilizados, margen de error, ámbito de aplicación y carácter (decisorio o no). Contempla que la ley pueda regular el acceso al código fuente, en especial como medida para verificar posibles efectos discriminatorios. En ese ámbito administrativo reconoce, además, el derecho a «obtener una motivación comprensible en lenguaje natural» de las decisiones adoptadas, enfatizando tal derecho a la motivación cuando la decisión se aparte del criterio propuesto por el sistema de IA[596].

Posibilidad de oposición al tratamiento y de impugnación de la decisión. Hemos apuntado ya que las normas sobre protección de datos restringen la posibilidad de que un sujeto impida el tratamiento automatizado de sus datos si existe habilitación legal. El RGPD contempla un más genérico «derecho de oposición» al tratamiento de sus datos personales, incluida la elaboración de perfiles (ahora no necesariamente del todo automatizados), aun cuando el derecho europeo o nacional legitime dicho tratamiento[597]. La efectividad de este derecho será, sin embargo, escasa en el caso de los ARAIs. El tratamiento podrá continuar si se acreditan «motivos legítimos imperiosos» que prevalezcan sobre los intereses, derechos y libertades del interesado. Concepto indeterminado no aclarado por las normas[598], pero de previsible invocación

---

relación a las personas o grupos sobre los que se pretenda utilizar, especificaciones sobre los datos de entrada, etc. El art. 18 PRIA establece la obligación de los proveedores de elaborar la documentación técnica de los sistemas de alto riesgo. El art. 52 PRIA impone obligaciones adicionales de transparencia para determinados sistemas de alto riesgo. Su apartado primero alude a aquellos «destinados a interactuar con personas físicas», que deberán estar diseñados de tal forma que permitan a las personas tener conocimiento de que están interactuando con el sistema. Esta exigencia, sin embargo, no es aplicable a los sistemas establecidos legalmente con fines penales.

[594] §V.2 CDD.

[595] §XXV.2 CDD.

[596] §XVIII.6.b) y c) CDD

[597] Arts. 21.1 RGPD y 18 LOPDGDD (por remisión). También lo reconocen los arts. 23.1 RPDIUE y 9.1.d) Convention 108+.

[598] Así lo advierte el Grupo de trabajo sobre protección de datos del art. 29 (2018, p. 19).

en el contexto punitivo. Por otro lado, ni DPD-ISP ni LOPD-ISP contemplan un derecho equivalente.

Cabe la posibilidad adicional de requerir la «limitación del tratamiento», entre otros motivos, por discusión sobre la exactitud de los datos[599].

Problema distinto es la posibilidad de que el interesado impugne el resultado del tratamiento, por ejemplo, el *scoring* que arroje un ARAI. La aplicación del régimen de recursos (administrativos o judiciales) dependerá, en general, del significado formal que se le atribuya al acto automatizado –resolución, informe vinculante o no, actuación material sin carácter formal, etc.–, cuestión no siempre clara en las aplicaciones actuariales. Las causas de invalidez pueden ser también diversas: falta de habilitación legal cuando se requiera, motivación insuficiente, problemas en el tratamiento de los datos, etc.[600]

El RGPD contempla de forma expresa la posibilidad de impugnar las decisiones plenamente automatizadas, pero no para el caso en que la justificación del tratamiento esté en una autorización de derecho europeo o nacional[601].

Evaluación, rendición de cuentas y auditoría. Por último, la posibilidad de supervisión y evaluación de los sistemas de IA se considera una garantía fundamental para garantizar su adecuación[602]. La «rendición de cuentas» (*accountability*) por las aplicaciones algorítmicas abarca las capacidades de evaluación del sistema y de justificación de su diseño y funcionamiento por parte de los responsables[603].

Se prevén la necesidad de «evaluaciones de impacto» relativa a la protección de datos de las tecnologías de tratamientos de datos en ciertos supuestos[604]: códigos de

---

[599] Arts. 18.1.a) RGPD y 20.1.a) RPDIUE. Esta posibilidad sí está contemplada para los tratamientos con fines penales: arts. 16.3.a) DPD-ISP y 23.3.a) LOPD-ISP.

[600] Ha abordado la cuestión desde la perspectiva administrativa Valero Torrijos (2019, p. 92).

[601] Arts. 22.3 RGPD, 18 LOPDGDD (por remisión). También se prevé en el art. 24.3 RPDIUE.

[602] COM(UE)2019, pp. 5 y 7. «Deben instaurarse procesos para aclarar y evaluar los riesgos potenciales asociados al uso de los sistemas de IA en diversos ámbitos de aplicación». «Deben instaurarse mecanismos que garanticen la responsabilidad y la rendición de cuentas de los sistemas de IA y sus resultaos, tanto antes como después de su implementación».

[603] FAT/ML (2016), EDPS (2015, p. 15 y 2016, p. 7), Tutt (2017, pp. 104-105), Caplan et *al.* (2018, pp. 21-22), STOA (2019, pp. 8-9), Consejo de Europa (2018a, pp. 26 y ss.), Cerrilo i Martínez (2019), New y Castro (2018, pp. 20 y ss.), Kroll et *al.* (pp. 636 y ss.), Mantelero (2018, pp. 755 y ss.), De Laat (2018, pp. 525 y ss.), Binns (2018, pp. 544 y ss.), Lepri et *al.* (2018, pp. 620-621).

[604] Arts. 35 RGPD, 39 RPDIUE, 27 DPN-ISP, 35 LOPD-ISP, 10.2 Convention 108+

conducta y mecanismos de certificación[605], sistema de registro de actuaciones de tratamiento[606] y auditoría[607].

Además de medidas como las mencionadas, el PRIA contempla un «sistema de gestión de riesgos asociados a los sistemas de IA de alto riesgo», ideado como «proceso iterativo continuo»[608]. Desde la perspectiva de los ARAIs se trata, pues, de una suerte de «evaluación de la evaluación de riesgos».

La «responsabilidad algorítmica» es un concepto que aglutina rendición de cuentas y una asunción de la gestión adecuada de los riesgos generados por los sistemas. Desde la doctrina, profesional e institucional, se han propuesto diversas opciones regulativas integrales, centradas principalmente en inducir diseños orientados al cumplimiento de las exigencias éticas y jurídicas en el manejo de la IA[609]. Se trata de planteamientos que podrían mitigar algunas de las incertidumbres de los ARAIs como tecnologías normativas, en aquellos espacios donde su uso se estime aceptable.

---

[605] Arts. 42 RGPD, 38 y 39 LOPDGDD.

[606] Por ejemplo, arts. 24 DPN-ISP y 32 LOPD-ISP.

[607] La CDD acoge el principio de auditabilidad y trazabilidad de los sistemas de IA en el desarrollo y ciclo vital (§XXV.2 CDD). Para la auditoría de los sistemas de IA desde el punto de vista de la protección de datos, téngase en cuenta la guía adoptada por la AEPD (2021).

[608] Art. 9 PRIA.

[609] Por ejemplo, la idea de *legal protection by design* planteada por Hildebrandt (2015), los «principios para la transparencia y rendición de cuentas algorítmica» de la Association for Computing Machinery (2017), la «protección de datos por diseño» propugnada por el EDPS (2015), las «directrices sobre IA fiable» y las guías de actuación para desarrolladores, legisladores y gestores públicos planteadas por la Comisión Europea (2018 y 2019, respectivamente), el análisis sobre alineamiento entre IA y valores éticos de la IEEE (2019), la imbricación de regulación y tecnología «regtech» descrita por Persons (2018), los postulados de la *Toronto Declaration* (Amnistía Internacional y Access Now 2018), los Principios Asilomar para la IA del Future of Life Institute, https://futureoflife.org/ai-principles/ (2017), la idea de un «derecho líquido, biodegradable, experimental en beta continuo» planteada por Cotino Hueso (2019), la creación de organismos públicos de control de las aplicaciones algorítmicas (Tutt 2017, Scheerer 2016), o el reconocimiento de derechos colectivos ejercitables por los grupos afectados por las aplicaciones algorítmicas (Edwards y Veale 2017, Dreyer y Schulz 2019). Una síntesis de algunos enfoques regulativos sobre los algoritmos puede consultarse en STOA (2019).

CONCLUSIONES

I

Riesgo dice incertidumbre, pero también evoca una dimensión normativa que habilita una técnica de gestión, un modo de pensar y gobernar lo virtual. Se trata de un esfuerzo técnico dirigido a *probabilizar* lo inseguro o incierto, mediante un arsenal de recursos de variada índole y naturaleza siempre racional formal.

Su objeto, anticipar el futuro como probabilidad, confiere al riesgo su naturaleza técnica peculiar: inexacta, provisoria, perfectible. El riesgo es, por su propio carácter, experimental, lo que, asociado a su sentido racional-formal, le obliga a la permanente reconsideración de los medios de gestión y, por tanto, a una constante reflexividad en las prácticas de gobierno. El riesgo vive en un campo gnoseológico movedizo.

II

En el campo jurídico punitivo, las técnicas del riesgo inducen una lógica de probabilidad agregada, que se superpone al principio de culpabilidad individual. Subsume al sujeto y su conducta en un modelo cognoscitivo hibridado de hecho y de contexto, desplazando el centro de atención del aparato punitivo: conducta y sujeto se someten a una normatividad probabilística capaz de emitir un juicio anticipado; de pre-juzgar.

III

El riesgo se refiere al pronóstico sobre el efecto de una conducta ya consumada, pero de resultado no materializado («infracciones de peligro» o «riesgo»); o proporciona prognosis: juicio anticipado sobre la probabilidad de un hecho, o valoración de las probabilidades conductuales de un sujeto.

En el segundo caso, el «derecho punitivo de la peligrosidad», ambiciona una elevada capacidad técnica de pronóstico en forma de decisión capaz de recrear un escenario virtual según ciertas expectativas detectadas en el sujeto. Introduce en la norma jurídica una decisión conjugada en futuro perfecto o futuro anterior. Se alcanza entonces la mayor distancia con el tratamiento del sujeto en términos de culpabilidad por hechos consumados con resultado lesivo.

IV

Las distintas teorizaciones sobre el riesgo como ingrediente punitivo pueden leerse como variantes sobre el binomio racionalidad formal-sujeto. Nos ofrecen

perspectivas sobre el modo en que el ordenamiento acomoda la lógica instrumental del riesgo desde comprensiones distintas de la propia racionalidad del derecho. Dan cuenta, en todas sus versiones, de la ganancia de complejidad del orden jurídico como respuesta a peligros que se entienden ubicuos y la permanente redefinición de lo securitario como función pública. Y narran el gobierno del riesgo como un problema esencialmente técnico-instrumental, de acomodo jurídico de medios preventivos eficaces, incluso al coste de principios dogmáticos y axiológicos. En esa declinación de las formas jurídicas el sujeto se ve necesariamente recompuesto.

Dos corrientes de análisis relevantes en ese diagnóstico, derecho penal del riesgo y funcionalismo sistémico, ofrecen interpretaciones insuficientes que no dan cuenta de las complejidades de dicha recomposición. Ambas se basan en comprensiones lineales de los procesos de racionalización. A través de una lectura dialéctica de afirmación-negación del sujeto jurídico en un caso; de la uniformidad de operaciones binarias en un entorno fragmentado en sistemas, en el otro. Ofrecen lecturas en exceso unívocas de la lógica jurídico-punitiva y del sujeto, poco aptas para explicar procesos de transformación complejos, hibridados e incluso contradictorios, como los que induce el riesgo. En consecuencia, tampoco habilitan una crítica atinada de dichos procesos.

V

Proponemos aflorar los impactos del riesgo desde un enfoque pluralista, que dé cuenta de las distintas racionalidades que han ido sedimentando en el sistema punitivo. Tanto las orientadas a procesar hechos consumados en clave culpable, como las enfocadas a construir manifestaciones virtuales del peligro.

Estimamos que el derecho punitivo ha gestionado sucesivamente al sujeto a frecuencias distintas y siempre bajo síntesis dogmáticas precarias. La mirada postestructural que ofrece Foucault es fértil para dar cuenta de esa multiplicidad: de las líneas de continuidad y discontinuidad que suponen las vigentes prácticas punitivas del riesgo. No parte de una idea previa, ideal, de sujeto o función. Extrae su sentido de la inmanencia de las prácticas. El sujeto es fruto de los discursos y las operaciones técnicas que lo van forjando y, por ello, es multifacético, conflictivo. El gesto postestructural revela así la promiscuidad epistémica que subyace a las construcciones jurídico-dogmáticas, desde una invitación al ejercicio de un «positivismo juírico crítico».

VI

Concebir el riesgo como dispositivo de gobierno habilita una metodología comprometida con la multiplicidad de la razón. Propone atender a los modos en que las formas de saber se traman en intervenciones concretas sobre los objetos a gobernar. El uso punitivo del riesgo, así comprendido, entrelaza normas jurídicas, conceptos dogmáticos y formas de saber empíricas, para armar un pronóstico conductual y deducir acciones obstativas.

El dispositivo abre posibilidades al análisis jurídico: refuerza su textura epistémica. Observa el derecho en el plano de su realización técnica, para dar cuenta de cómo se conecta a diversas normatividades: de cómo las técnicas se juridifican y cómo se tecnifican las normas jurídicas. Las inercias técnicas atraviesan el derecho para manifestarse de formas concretas, según las condiciones dogmáticas de cada campo. El riesgo, en sentido punitivo, es *tekné* aplicada sobre los sujetos para calibrar su potencia conductual con relevancia penal, penitenciaria, procesal-penal o administrativo-policial.

VII

El derecho punitivo como construcción dogmática define un espacio transversal de regulación y praxis jurídicas. Mistifica el *ius puniendi* del Estado remitiendo las regulaciones que implican sanción pública de ilícitos a una unidad ontológica *prenormativa*. Por ello, las regulaciones de tipo preventivo, que aspiran a evitar la infracción, hallan acomodo ambiguo en el espacio formal del derecho punitivo y en el propio metaconcepto de *ius puniendi*.

La doctrina constitucional define el carácter punitivo de una medida desde su finalidad (represiva) y/o de su carácter (contenido aflictivo), no de su *nomen iuris.* Ese doble criterio se proyecta *ad casum* en la aplicación de las garantías del derecho punitivo a medidas no sancionadoras. Ello resulta en una variable plausibilidad de sus decisiones, en función de la amplia variabilidad de las medidas y de sus difusos contornos.

El «giro preventivo» de las políticas securitarias, con su rico arsenal de medidas anticipatorias, convierte en problemático su control jurídico. Se trata de una suerte de «huida» del derecho punitivo motorizada por la ambivalencia dogmática de la prevención. Resolverlo implica asumir un sentido lato del derecho punitivo que gire en torno a la idea de ilícito y no de sanción; que albergue toda medida de derecho público dirigida a la reacción frente a infracciones consumadas *o a la prevención* de ilícitos

potenciales. De ese modo se podría aclarar la juridicidad de las prácticas punitivas del riesgo en sus distintos sectores de expresión, y también de sus manifestaciones actuariales y tecnológicas.

VIII

El sujeto peligroso condensa las ambivalencias de la prevención securitaria: una noción jurídica de imprecisos contornos y endeblez dogmática frente a la solidez del sujeto culpable. Nacido de la tipificación de riesgo y peligro como conceptos normativos, toma su sentido de la conducta virtual del individuo y construye su imagen de forma múltiple, en función de las medidas a él destinadas.

Ello explicaría nuestra carencia de una doctrina constitucional en la dirección de construir un concepto de sujeto peligroso como realidad jurídico-punitiva. Esa ausencia confiere presencia a dos graves problemas. En cuanto al principio de legalidad, la taxatividad se ve erosionada en las valoraciones de la virtualidad conductual del sujeto. En cuanto a la presunción de inocencia, resulta ambigua al proyectarse sobre un juicio anticipatorio (la peligrosidad como una suerte de culpabilidad anticipada).

Estas inquietudes crecen al ritmo de la proliferación de espacios de decisión sobre la peligrosidad del sujeto. Fuera de los casos de inimputabilidad penal, el sujeto peligroso configura un espacio intermedio entre individuo imputable e inimputable: un sujeto responsable por sus actos (potenciales) cuya libre acción se interpreta sin embargo previsible, en virtud de un conjunto de factores que, de un modo u otro, la predeterminan. Este nudo de problemas halla expresión y respuesta dogmática diversas, según los espacios normativos considerados

IX

En el ordenamiento penal, el giro preventivo significa la incorporación de supuestos de peligrosidad para sujetos imputables, que derivan de un diagnóstico de insuficiencia del criterio de culpabilidad estricta para la represión eficaz del ilícito.

Tal es el caso de la adopción de la libertad vigilada como medida de seguridad postdelictual subsiguiente al cumplimiento de la pena. Pero también los supuestos de anamorfosis del derecho penal de la culpabilidad y la pena por la racionalidad de la peligrosidad. Esta influye en la lógica del sistema de penas, que queda contaminado por el sentido de inocuización. Ha supuesto, así mismo, la tipificación de penas que, pese a

serlo, se asientan de facto sobre la peligrosidad *junto* a la culpabilidad del sujeto, complicando el régimen de las penas y su abordaje dogmático.

En definitiva, el viraje hacia un modelo penal dual (penas *más* medidas para imputables) parece estar manifestándose como parte de un giro preventivo más intenso, que atraviesa el conjunto del sistema, incluido el aparato de penas.

X

En el ordenamiento penal, la peligrosidad del sujeto imputable está conmoviendo el sólido edificio normativo y dogmático del principio de culpabilidad por el hecho. Y también en otros sectores ordinamentales y contextos punitivos. En esos casos, las elaboraciones dogmáticas del sujeto peligroso son más pragmáticas y livianas; su presencia se entiende menos conflictiva con una racionalidad de eficiencia «ejecutiva» en el tratamiento de la conducta desviada. Con todo, la peligrosidad del sujeto abre espacios peculiares de decisión jurídica llegando a afectar el sentido de las disposiciones.

Tal sucede en el ámbito procesal-penal, donde la peligrosidad del sujeto inclina la lógica cautelar de las medidas hacia finalidades preventivo-securitarias, no instrumentales para el proceso, sino orientadas a funciones punitivas de gestión del riesgo. Y adquiere mayor amplitud y alcance en espacios jurídicos de carácter administrativo, o más fronterizo, como la gestión penitenciaria y la praxis policial de auxilio judicial penal.

XI

La peligrosidad es transversal al ordenamiento penitenciario, como reverso ejecutivo del aparato penal, y exigido, como está, por la racionalidad de gestión administrativa en el funcionamiento de los establecimientos.

El espacio penitenciario subraya la peligrosidad del sujeto y la dota de una especial libertad operativa. La funcionalidad del riesgo entremezcla fines de tratamiento penitenciario (rehabilitación correccional) con objetivos de preservación social frente a la amenaza del sujeto peligroso (inocuización) y «necesidades» securitarias del establecimiento (orden interno).

En fin, la prognosis condiciona el régimen de vida de los internos, llegando a determinar aspectos concretos especialmente sensibles.

XII

El campo jurídico-administrativo de policía es un espacio paradójico desde el punto de vista de la peligrosidad del sujeto. La escasa atención que ha merecido doctrinalmente contrasta con su intensa presencia, explícita o no, y su escasa elaboración dogmática.

Así sucede en el ámbito del derecho de extranjería, en donde disposiciones de policía administrativa especial comportan caracteres punitivos de policía de seguridad y orden público, e incorporan prognosis conductual en diversas decisiones. Se trata de un espacio jurídico con una construcción laxa de la peligrosidad, no ya criminal sino social.

XIII

El sujeto peligroso no es una construcción propiamente jurídico-normativa. Emerge de una normatividad fruto de saberes empíricos y conforma al sujeto armando una decisión para evaluarlo como matriz de conductas potenciales.

Su labilidad jurídica es reverso de su condición técnica heteróclita. En el plano normativo el giro preventivo amplifica el riesgo y el peligro como *ratio* de decisión jurídica. Desde las técnicas de valoración no revela tendencia unívoca, sino diversidad operativa: probabilidad epistemológica o especulativa del operador jurídico, juicios clínicos más o menos estructurados, y técnicas actuariales tecnologizadas de valoración del riesgo.

La peligrosidad del sujeto es un fenómeno jurídico irreductible a la tipicidad normativa. Requiere técnicas y tecnologías que se asocian a la regulación jurídica, generando dispositivos y constituyendo un complejo donde las técnicas de la peligrosidad imponen un pragmatismo incómodo para la razón dogmática. Y, a su vez, los requerimientos de la técnica jurídica alteran el sentido de las técnicas de pronóstico, confiriendo certeza jurídica a conclusiones probabilísticas inciertas.

XIV

En el contexto penal, la peligrosidad de los inimputables, en forma de diagnóstico clínico, se ha incorporado a la decisión judicial que integra una norma médico-psiquiátrica y psicológica para la adopción de medidas terapéuticas, pero también inocuizadoras. La inimputabilidad, y la eventual peligrosidad, son conceptos clínico-jurídicos que se construyen con una amplísima remisión a criterios técnicos de

diagnóstico. La peligrosidad penal del imputable se construye por vías distintas: la decisión no se funda en criterios clínicos, sino solo en la inmediación judicial sobre las circunstancias del caso y el sujeto.

Sea como juicio clínico o especulativo, la valoración penal de la peligrosidad en nuestro sistema es, actualmente, idiográfica.

XV

El contexto penitenciario representa el escenario más complejo, pues la legislación penitenciaria apenas pauta las decisiones de pronóstico. Se entrelazan de facto evaluaciones clínicas de tratamiento, juicios clínicos estructurados, valoraciones especulativas y técnicas estrictamente actuariales. La administración penitenciaria de la peligrosidad cuenta con medios técnicos específicos que han proliferado en paralelo a las normas penitenciarias (FIES), que expresan la fricción entre razón jurídica y rutinas técnicas de administración de la peligrosidad.

La praxis penitenciaria concentra técnicas actuariales en nuestro sistema punitivo de modo intenso aunque en formas rudimentarias, si bien con codificación ocasional mediante objeto técnico algorítmico.

XVI

La peligrosidad en la praxis administrativa policial posee también sustantividad propia. Trenza relaciones con el ámbito penal, considerando antecedentes delictivos o decisiones judiciales previas, pero no es mero trasunto de la peligrosidad criminal. La prognosis administrativa acoge un concepto más laxo de peligrosidad, también pre-delictual, y no referido necesariamente a amenazas de infracción penal. Puede afirmarse la existencia de casos de peligrosidad social en el ordenamiento administrativo de policía. Notoriamente en el ámbito del derecho de extranjería, orientando prognosis vertebradas en riesgos al orden y la seguridad pública, la seguridad nacional y la salud pública.

El régimen de las licencias de armas de fuego contiene un caso especialmente expansivo de juicio administrativo sobre la peligrosidad, desde decisiones de mera discrecionalidad (especulativa, no clínica) sobre la virtualidad conductual del sujeto.

El *profiling* es un caso peculiar de juicio de peligrosidad carente de habilitación normativa, que se produce como rutina técnica para la aplicación selectiva de medidas (en especial, la diligencia de parada policial e identificación). Deviene en

discriminación ilegítima si incorpora criterios que afecten, directa o indirectamente, mediante sesgos, a grupos protegidos por el derecho (raciales, sexuales, o de otra índole).

XVII

El riesgo actuarial es ingrediente del giro preventivo securitario y el renovado interés por la peligrosidad. Supone el rechazo de los juicios clínicos e intuitivos, mediante modelos estocásticos formalmente estructurados en lógica matemática.

Induce una racionalidad epidemiológica en las prácticas punitivas. Busca pautas a nivel poblacional para individualizar medidas de contención del riesgo e individualiza la respuesta jurídica según factores y adscripciones grupales. Expresa un viraje típicamente racional-formal. Se preocupa por la técnica de pronóstico más que por el sujeto. Se fundamenta en normatividades grupales donde el modelo de cálculo formal tiende a reemplazar la introspección sobre el sujeto. Define una justicia nomotética.

El auge del riesgo actuarial es simultáneo al declive de lo correccional. La justicia actuarial no aspira a una explicación de la conducta, sino a definir umbrales de probabilidad sobre eventos conductuales. De-moraliza la conducta desviada mediante una normalidad estadística, según una comprensión gerencial de la política punitiva. Estandariza el juicio de peligrosidad mediante rutinas formales de cálculo a la búsqueda de una fiabilidad contable, evaluable.

XVIII

La actividad policial, tanto de seguridad como de auxilio judicial, es un ámbito de desarrollo acelerado de la aplicación de ARAIs, en sus variantes más tecnologizadas. Se trata de un espacio de experimentación del riesgo punitivo algorítmico, bajo una lógica ejecutiva (prevención directa y proactiva) que desborda la esfera penal: condensa exigencias gerenciales asignando recursos escasos a demandas preventivas crecientes.

De ahí la implementación de objetos técnicos actuariales semiautomatizados para la prognosis policial. Así ocurre en la valoración del riesgo de agresión en casos de violencia de género mediante el VPR-VPER (policía de auxilio judicial) y en la detección de riesgos en la gestión fronteriza para el acceso al espacio Schengen a través del mecanismo del SEIAV (policía administrativa especial, con cariz de policía de seguridad de facto). Dos sistemas algorítmicos que asisten la decisión jurídica de

peligrosidad, cuya lógica inferencial no está concretada en la norma jurídica reguladora, nacional ni europea respectivamente.

XIX

La justicia punitiva nomotética no ha encontrado aún pronunciamiento en la jurisprudencia constitucional, salvo algún *obiter dicta* en procesos de amparo sobre praxis policiales y penitenciarias.

Por un lado, El TC ha validado un ejercicio concreto de *profiling* en materia de policía de extranjería, sin reputar discriminación ilegítima en la utilización de la raza como *proxy* de la nacionalidad extranjera de una persona, a los efectos de seleccionarla como destinataria de la diligencia policial de identificación. Por otro, el Tribunal ha admitido una lógica nomotética «motivada» en el ámbito penitenciario al rechazar la posibilidad de deducir la peligrosidad de un recluso de su pertenencia a ciertas «poblaciones penitenciarias», salvo justificación suficiente del vínculo entre rasgos individuales y factores grupales. Por último, también en el contexto penitenciario, el Tribunal no ha rechazado las decisiones fundadas en métodos actuariales, supeditándolas a la calidad de la motivación que se ofrezca.

Estas apreciaciones puntuales pueden tomarse a lo sumo como indicios, pero no permiten extraer conclusiones generales sobre los límites de la admisibilidad constitucional de una justicia punitiva nomotética-actuarial en nuestro sistema.

XX

El riesgo actuarial se ha postulado como solución a la incertidumbre de los juicios especulativos y clínicos, gracias a su presunta objetividad y fiabilidad técnicas. Sin embargo, no elimina la incertidumbre de pronóstico, sino que la reformula. Provoca con ello nuevas inquietudes jurídicas: sustituye el problema del control de la discrecionalidad por una reformulación de la justicia punitiva. Un remiendo problemático por motivos de calidad en el pronóstico y su carácter nomotético.

No es posible oponer, en general, formas de probabilidad epistemológica y cuantitativas para afirmar la objetividad y fiabilidad de la segunda sobre la primera. La probabilidad matemática es terreno gnoseológico discutido que acoge distintas concepciones. No existe la neutralidad matemática probabilística. Desde el punto de vista jurídico, la elección de un modelo probabilístico es ya decisión normativa que habría de someterse a escrutinio.

La justicia actuarial proyecta métodos de análisis *α-operatorios* sobre el problema de la conducta desviada. Implica objetivar la conducta como fenómeno cuasi físico o natural, lo que revive anhelos epistémicos positivistas que violentan la complejidad de la conducta humana.

La valoración que proyectan los ARAIs no supone un juicio de riesgo individual, sino individualizado: no parten del sujeto como individuo sino como realidad *dividual* descompuesta en factores. Además, la justicia actuarial esquiva el razonamiento causal. No opera sobre relaciones causales, sino correlativas. Ello introduce problemas de motivación jurídica de las decisiones y de amenaza de equidad en forma de sesgos. Arriesga la vigilancia de de criterios proscritos por el derecho antidiscriminatorio.

Muchas de las afecciones apuntadas son comunes a las valoraciones idiográficas cualitativas de la peligrosidad. Sin embargo, bajo la justicia actuarial dichos problemas se normativizan: se incorporan como lógicas de funcionamiento en tecnologías normativas de decisión jurídica.

XXI

La justicia punitiva actuarial, en ciernes desde hace cuatro décadas, ha encontrado posibilidad de desarrollo acelerado con el avance de las tecnologías de computación algorítmica de ML. El riesgo actuarial se expresa crecientemente como una modelización de los datos en sí misma algorítmica; y cuyo operar es total o parcialmente automatizado en virtud de objetos técnicos digitales. Ello supone la incorporación de nuevas tecnologías normativas en el derecho punitivo, que enfatizan las inquietudes inherentes a la justicia actuarial y alumbran otras nuevas.

Al sublimar la abstracción matemática, con el correlativo descarte de razonamientos de base causal, los modelos identifican correlaciones múltiples y no evidentes que incrementan el problema del control de los sesgos. La lógica del modelo resulta a menudo inaprensible a la cognición humana, provocando procesos opacos que, sin embargo, sustentan decisiones jurídicas.

La deriva algorítmica de la justicia actuarial permite inscribir su uso en el emergente espacio regulativo del «gobierno algorítmico», todavía, empero, inconsistente.

Afrontamos así un terreno normativo en rápida evolución, fluido. Las normas en ciernes, y la discusión doctrinal que las envuelve, traslucen la complejidad de una nueva praxis jurídica colonizada por tecnologías normativas.

XXII

La nueva presencia de la peligrosidad del sujeto, y la rápida evolución de sus técnicas, reclaman un refuerzo de la eficacia del sistema jurídico de garantías del derecho punitivo. Mientras el sujeto peligroso está siendo construido técnica y tecnológicamente *en tiempo real*, crece el desfase con su entorno, y fundamento, jurídico-dogmático. Los principios de presunción de inocencia y legalidad necesitan de una reconstrucción, reforzamiento o renovación en su entrelazamiento con las prácticas de la peligrosidad y del riesgo. Es necesaria una recomposición de los criterios jurídicos que operan al interior del dispositivo.

La presunción de inocencia quizá esté precisando de una enunciación analógica como *presunción de inocuidad* en los términos precisados en la Memoria.

El principio de legalidad debería poder proyectar su eficacia, quizá en modo regla jurídica, sobre los medios técnicos y tecnológicos empleados en los pronósticos de peligrosidad, percutiendo sobre ellos las exigencias del sistema de fuentes del derecho.

XXIII

Es necesario un juicio de admisibilidad de la justicia nomotética en el derecho punitivo, que podría basarse en tres criterios.

1. Proscripción de lógicas nomotéticas en el espacio del derecho punitivo en sentido estricto, que alcanzaría a las decisiones automatizadas y semiautomatizadas, así como a razonamientos probabilísticos agregados de tipo especulativo.

2. En los demás espacios del derecho punitivo el uso de criterios nomotéticos debería someterse a un triple criterio de validez: prueba de exactitud suficiente, evaluación de impacto sobre su afección al principio de igualdad y debido acomodo en el sistema de fuentes del derecho.

3. Exigencias de explicación causal de las decisiones: la lógica correlativa debería reputarse insuficiente a efectos de motivación jurídica punitiva, con la consiguiente limitación de la admisibilidad de tecnologías de ML de elevada abstracción como fundamento de decisiones punitivas.

XXIV

El derecho punitivo de la peligrosidad autoriza prácticas que procesan al sujeto en su conducta potencial, desde la observación de su comportamiento, rasgos o

condiciones previas. Es este un terreno expuesto a inclinaciones políticas o valorativas, prejuicios e inercias históricas de discriminación.

La peligrosidad del sujeto sintetiza la autorreferencialidad del sistema punitivo: la selectividad pasada del sistema se proyecta *ad futurum* como criterio racional de valoración de riesgos. La incorporación de métodos cuantitativos de pronóstico, y de tecnologías para su praxis automatizada, lejos de solucionar los problemas de inequidad, los intensifican y los cristalizan. Y el sistema de garantías que limita la práctica del *ius puniendi* se ve postergado y debilitado en este entorno crecientemente tecnológico-preventivo.

Quizá todo ello advierta sobre la necesidad de adaptar instituciones y normas jurídicas, y hasta las mismas bases dogmáticas, a la sorprendente capacidad constituyente de las tecnologías de procesamiento de la conducta actuales. Y, sobre todo, futuras.

BIBLIOGRAFÍA

ABBOTT, E.M. (1912), «Indeterminate sentence and release on parole (Report of Committee F of the Institute)», *Journal of the American Institute of Criminal Law and Criminology* 3(4), pp. 543-565.

ACALE SÁNCHEZ, M. (2000), *El tipo de injusto en los delitos de mera actividad*, Granada: Comares.

— 2002, «Los delitos de mera actividad», *Revista de Derecho penal y Criminología* 10, pp. 11-45.

— 2016, *La prisión permanente revisable: ¿pena o cadalso?*, Madrid: Iustel.

ADAM, B. y VAN LOON, J. (2005), «Repositioning Risk; the Challenge for Social Theory», en B. Adam, U. Beck y J. van Loon (eds.), *The Risk Society and Beyond. Critical Issues for Social Theory*, pp. 1-31.

AEPD (AGENCIA ESPAÑOLA DE PROTECCIÓN DE DATOS) (2020), *Adecuación al RGPD de tratamientos que incorporan Inteligencia Artificial. Una introducción*, disponible en: https://www.aepd.es/sites/default/files/2020-02/adecuacion-rgpd-ia.pdf

— 2021, *Requisitos para Auditorías de Tratamientos que incluyan IA*, en: https://www.aepd.es/es/documento/requisitos-auditorias-tratamientos-incluyan-ia.pdf

ADORNO, T.W. (2005), *Dialéctica negativa. La jerga de la autenticidad*, trad. A. Brotons Muñoz, Madrid: Akal (1ª ed. en alemán, 1966).

AGAMBEN, G. (2003), *Homo Sacer. El poder soberano y la nuda vida*, trad. A. Gimeno Cuspinera, Valencia: Pre-textos (1ª ed. en italiano, 1995).

— 2004, *Estado de excepción. Homo Sacer II,1*, trad. A. Gimeno Cuspinera, Valencia: Pre-textos (1ª ed. en italiano, 2003).

— 2008, *El Reino y la Gloria. Por una genealogía teológica de la economía y del gobierno. Homo sacer II,2*, trad. A. Gimeno Cuspinera, Valencia: Pre-textos (1ª ed. en italiano, 2007).

— 2015, *Qué es un dispositivo. Seguido de El amigo y de La Iglesia y el Reino*, trad. M. Ruvituso, Barcelona: Anagrama (1ª ed. en italiano, 2006, 2007 y 2010, respectivamente).

AGGARWAL, N. (2020), «The Norms of Algorithmic Credit Scoring», disponible en https://ssrn.com/abstract=3569083

AGUADO LÓPEZ, S. (2008), *La multirreincidencia y la conversión de faltas en delito: problemas constitucionales y alternativas político-criminales*, Madrid: Iustel.

AGUIRREAZKUENAGA, I. (1991), *La coacción administrativa directa*, Madrid: Civitas.

AHARONI, Y. (1981), *The no-risk society*, Chatham (Nueva Jersey, EE.UU.): Chatham House Publishers.

ALAMILLO DOMINGO, I. y URIOS APARISI, F.X. (2014), *La actuación administrativa automatizada en el ámbito de las Administraciones Públicas. Análisis jurídico y metodológico para la construcción y la explotación de trámites automáticos*, Barcelona: Escola d'Administració Pública, Generalitat de Catalunya, 2011.

ALARCÓN SOTOMAYOR, L. (2014), «Los confines de las sanciones: en busca de la frontera entre derecho penal y derecho adminsitrativo sancionador», *Revista de Administración Pública* 195, pp. 135-67.

ALBRECHT, P.-A. (1997), «La politique criminelle dans l'État de prévention», *Déviance et Société* 21(2), pp. 123-136.

— 2000, «El derecho penal en la intervención de la política populista», en Instituto de Ciencias Criminales de Frankfurt y Área de Derecho Penal de la Universidad Pompeu Fabra (eds.), *La insostenible situación del Derecho Penal*, Granada: Comares, pp. 471-487.

ALBROW, M. (1987), «The Application of the Weberian Concept of Rationalization to Contemporary Conditions», en Lash, S. y S. Whimster, *Max Weber, Rationality and Modernity*, Londres: Allen&Unwin, pp. 164-182.

ALCÁCER GUIRAO, R., (1999), «Facticidad y normatividad. Nota sobre la relación entre ciencias sociales y derecho penal», *Anuario de Derecho penal y Ciencias penales* LII(1-3), pp. 177-226.

ALCOVER POVIS, E.G., (2017), *La reincidencia como agravante de la pena. Consideraciones dogmáticas y de política criminal*, Tesis Doctoral, Departament de Dret, Universitat Pompeu Fabra (dir. J.-M. Silva Sánchez).

ALEXANDER, J.C., (1987), «The Dialectic of Individuation and Domination: Weber's Rationalization Theory and Beyond», en Lash, S. y S. Whimster, *Max Weber, Rationality and Modernity*, Londres: Allen&Unwin, pp. 185-206.

ALEXANDER, C. y SHEEDY, E. (eds.) (2004), *The Professional Risk Manager's Handbook. A Comprehensive Guide to Current Theory and Best Practices*, Northfield (Minesota): PRMIA.

ALEXANDER, J.C. y SMITH, P. (1996), «Social Science and Salvation: Risk Society as Mythical Discourse», *Zeitschrift für Soziologie* 25(4), pp. 251-262.

ALLEN, F.A. (1959), «Criminal Justice, Legal Values and Rehabilitative Ideal», *The Journal of Criminal Law, Criminology, and Police Science* 50(3), pp. 226-232.

— 1981, *The Decline of Rehabilitative Ideal*, New Haven (Connecticut, EE.UU.): Yale University Press.

ALFONSO BARRERA, A.T. (1999), «Los permisos penitenciarios de salida como instrument para la reeducación y reinserción social de los penados», *Anales de la Facultad de Derecho. Universidad de La Laguna* 16, pp. 13-30.

ALONSO ÁLAMO, M., (2016), «Culpabilidad jurídico-penal, motivos y emociones. La existencia enigmática de la libertad de la voluntad», *Revista Penal* 38, pp. 5-39.

ALONSO DE ESCAMILLA (2019), «Las nuevas competencias del Juez de vigilancia penitenciaria», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales* LXXII(1), pp. 75-90.

ALONSO FERNÁNDEZ, J. (2019), *Tribunal Constitucional y fines de la prisión provisional: evolución de la prisión provisional en España*, Barcelona: Bosch.

ALONSO GALLO, J. (2006), «Errores y sesgos cognitivos en la expansión del Derecho Penal», en J. Díaz-Maroto y Villarejo (ed.), *Derecho y justicia penal en el siglo XXI: liber amicorum en homenaje al profesor Antonio González-Cuéllar García*, Madrid: Colex, pp. 31-48.

ALONSO PÉREZ, F. (1999), «Detención 'gubernativa' de extranjeros», *Diario La Ley* D-306, Tomo 6.

ALÚTIZ COLORADO, J.C. (2002), *Las fuentes normativas de la moralidad pública moderna. Las contribuciones de Durkheim, Habermas y Rawls*, Tesis Doctoral dirigida por J. Beriain, Universidad Pública de Navarra, Facultad de Ciencias Humanas.

ÁLVAREZ ÁLVAREZ, G. (2008), «Identificaciones y cacheos, no procesales, como privaciones de libertad», *Manuales de formación continuada* 48 (Monográfico *Detención policial y "Habeas corpus"*), pp. 105-139.

ÁLVAREZ FREIJO, M., ANDRÉS-PUEYO, A. *ET AL.* (2011), *RVD-BCN. Protocol de Valoració del Risc de Violència contra la Dona per part de la seva parella o exparella*, Barcelona: Circuit Barcelona contra la Violència vers les Dones.

AMERICAN PSYCHIATRIC ASSOCIATION TASK FORCE (1974), *Clinical Aspects of the Violent Individual*, Whashington, D.C.: American Psychiatric Association.

AMNISTÍA INTERNACIONAL (2011), *Parad el racismo, no a las personas. Perfiles raciales y control de la inmigración en España*, Madrid: Editorial Amnistía Internacional (EDAI).

AMNISTÍA INTERNACIONAL y ACCESS NOW (2018), *The Toronto Declaration: Protecting the right to equality and non-discrimination in machine learning systems*, disponible en: https://www.torontodeclaration.org/declaration-text/english/

AMOORE, L. (2013), *The Politics of Possibility. Risk and Security Beyond Probability*, Durham y Londres: Duke University Press.

AMOORE, L. y DE GOEDE, M. (eds.) (2008), *Risk and the War on Terror*, Abingdon y Nueva York: Routledge.

ANDERS, G. (2011a), *La obsolescencia del hombre (Vol. I). Sobre el alma en la época de la segunda revolución industrial*, trad. J. Monter Pérez, Valencia: Pre-textos.

— 2011b, *La obsolescencia del hombre (Vol. II). Sobre la destrucción de la vida en la época de la tercera revolución industrial*, trad. J. Monter Pérez, Valencia: Pre-textos.

ANDERSON, B., (2010), «Preemption, precaution, preparedness: Anticipatory action and future geografphies», *Progress in Human Geography* 34(6), pp. 777-798.

ANDRÉS-PUEYO, A. (2009), «La predicción de la violencia contra la pareja», en E. Echeburúa, J. Fernández-Montalvo y P. de Corral (eds.), *Predicción del riesgo de homicidio y de violencia grave en la relación de pareja. Instrumentos de evaluación del riesgo y adopción de medidas de protección*, Valencia: Fundación de la Comunidad Valenciana para el Estudio de la Violencia, pp. 21-55.

— 2013, «Peligrosidad criminal: análisis crítico de un concepto polisémico», en M. Maroto Calatayud (coord.) y E. Demetrio Crespo (dir.), *Neurociencias y derecho penal: nuevas perspectivas en el ámbito de la culpabilidad y tratamiento jurídico-penal de la peligrosidad*, Madrid: Edisofer, pp. 483-504.

ANDRÉS-PUEYO, A. y ECHEBURÚA, E. (2010), «Valoración del riesgo de violencia: instrumentos disponibles e indicaciones de aplicación», *Psycothema* 22(3), pp. 403-409.

ANDRÉS-PUEYO, A. y LÓPEZ, S. (2005), *S.A.R.A.: manual de valoración del riesgo de violencia contra la pareja*, Barcelona: Publicacions i Edicions de la Universitat de Barcelona.

ANDREU RODRÍGUEZ, J.M., PEÑA FERNÁNDEZ, M.E. y GRAÑA GÓMEZ, J.L. (2015), «Psychometric evaluation of the Self-Appraisal Questionnaire in a Spanish sample of offenders», *Psicothema* 27(4), pp. 395-401.

ANDREWS, D.A. (2006), «Enhancing adherence to risk-need-responsivity: Making quality a matter of policy», *Criminology and Public Policy* 5, pp. 595-602.

— 2008, «Extensions of the risk-need-responsivity (RNR) model of assessment and correctional treatment», en G. Bourgon, R.K. Hanson, J.D. Pozzulo, K.E. Morton Bourgon, y C.L. Tanasichuk (eds.), *Proceedings of the North American Correctional & Criminal Justice Psychology Conference*, Ottawa (Canadá): Public Safety Canada, pp. 7-11.

ANDREWS, D.A., BONTA, J. y WORMITH, J.S. (2004), *LS/CMI. Level of Service / Case Management Inventory*, Toronto (Canadá): MHS.

— 2006, «The Recent Past and Near Future of Risk and/or Need Assessment», *Crime and Delinquency* 52, pp. 7-22.

— 2011, «The Risk-Need-Responsivity (RNR) Model: Does Adding the Good Lives Model Contribute to Effective Crime Prevention?», *Criminal Justice and Behavior* 38(7), pp. 735-755.

ANEESH, A. (2002), «Technologically Coded Authority: The Post-Industrial Decline in Bureaucratic Hierarchies» (working paper), Standford (California, EE.UU.): Standford University, disponible en: https://web.stanford.edu/class/sts175/NewFiles/Algocratic%20Governance.pdf

ANGWIN, J., LARSON, J., MATTU, S. y KIRCHNER, L. (2016), «Machine Bias. There's software used across the country to predict future criminals. And it's biased against blacks», ProPublica, disponible en: https://www.propublica.org/article/machine-bias-risk-assessments-in-criminal-sentencing

ANRIG, B., BROWNE, W. y GASSON, M. (2008), «The Role of Algorithms in Profiling», en M. Hildebrandt y S. Gutwirth (eds.), *Profiling the European Citizen. Cross-Disciplinary Perspectives*, Dordrecth (Países Bajos): Springer, pp. 65-87.

ANSBRO, M. (2010), «The Nuts and Bolts of Risk Assessment: When the Clinical and Actuarial Conflict», *The Howard Journal* 49(3), pp. 252-268.

ANTONELLI, M.S. (2013), «Pensar la inmanencia: Gilles Deleuze y François Jullien», *Eidos* 9, pp. 82-105.

ARADAU, C. (2017), «Assembling (Non)Knowledge: Security, Law, and Surveillance in a Digital World», *International Political Sociology* 11, pp. 327-342.

ARADAU, C. y R. VAN MUNSTER, (2005), «Governing terrorism and the (non-)politics of risk», *Political Science Publications* 11.

— 2008, «Taming the Future: the *dispositif* of risk in the war on terror», en L. Amoore y M. de Goede (eds.), *Risk and the War on Terror*, Abingdon y Nueva York: Routledge, pp. 23-40.

— 2011, *Politics of Catastrophe. Genealogies of the Unknown*, Abingdon y Nueva York: Routledge.

ARBACH, K. y ANDRÉS-PUEYO, A. (2007), «Valoración del riesgo de violencia en enfermos mentales con el HCR-20», *Papeles del Psicólogo* 28(3), pp. 174-186.

ARBOLEDA-FLÓREZ, J. y STUART, H.L. (2000), «The future for risk research», *The Journal of Forensic Psychiatry* 11(3), pp. 506-509.

ARELLANO TOLEDO, W. (2019), «El derecho a la transparencia algorítmica en Big Data e Inteligencia Artificial», *Revista General de Derecho Administrativo* 50, pp. 1-34.

ARENAS GARCÍA, L. y GARCÍA ESPAÑA, E. (2016), «Identificaciones policiales y discriminación racial en España. Evaluación de un programa para su reducción», *Boletín Criminológico (Instituto andaluz interuniversitario de Criminología)* 163, pp. 1-9.

ARGOW, W.W. (1935), «A Criminal Liability-Index for Predicting Possibility of Rehabilitation», *Journal of Criminal Law and Criminology* 26(4), pp. 561-577.

ARNAUD, A.-J. y FARIÑAS DULCE, Mª.J. (2006), *Sistemas jurídicos: elementos para un análisis sociológico*, Madrid: Universidad Carlos III y Boletín Oficial del Estado.

ARNOLD, J. (2000), «La 'superación' del pasado de la RDA ante las barreras del derecho penal del Estado de derecho», en Instituto de Ciencias Criminales de Frankfurt y Área de Derecho Penal de la Universidad Pompeu Fabra (eds.), *La insostenible situación del Derecho Penal*, Granada: Comares, pp. 307-340.

ARNOLD, L. y ARNOLD, J. (2014), *Results frome the First Six Months of the Public Safety Assessment-Court in Kentucky*, Houston (Texas, EE.UU.): Laura y John Arnold Foundation.

ARMAZA ARMAZA, E.J.D. (2011), *El tratamiento penal del delincuente imputable peligroso*, Tesis Doctoral dirigda por C.M. Romeo Casabona, Universidad del País Vasco/Euskal Herriko Unibersitatea, Facultad de Derecho.

ARRIBAS LÓPEZ, E. (2010), «Los elementos incidentes en el régimen cerrado: El Fichero de Internos de Especial Seguimiento (FIES)», *La Ley Penal* 72.

— 2012, «Fichero de internos de especial seguimiento (FIES): Incidencia de la reforma del Reglamento Penitenciario y de la normativa administrativa interna posterior», *La Ley Penal* 96-97, pp. 96-97.

ARROYO ZAPATERO, L., NEUMANN, U. y NIETO MARTÍN, A. (coords.) (2003), *Crítica y justificación del derecho penal en el cambio de siglo. El análisis crítico de la Escuela de Frankfurt*, Cuenca: Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha.

ASENCIO CANTISÁN, H. (1989), «Algunas consideraciones en torno a la libertad condicional», *La Ley* 1, pp. 997-1007.

ASENCIO MELLADO, J.Mª. (1987), *La prisión provisional*, Madrid: Civitas.

— 1993, «La detención a los solos efectos de identificación personal prevista en el artículo 20 del Proyecto de Ley Orgánica sobre protección de la seguridad ciudadana», *Derechos y libertades: Revistade Filosofía del Derecho y derechos humanos* 2, pp. 25-40.

ASHBY, W.R. (1956), *An Introduction to Cybernetics*, Londres: Chapman & Hall LTD.

ASHWORTH, A. y ZEDNER, L. (2011), «Just Prevention: Preventive Rationales and the Limits of Criminal Law», en R.A. Duff y S.P. Green (eds.), *Philosophical Foundations of Criminal Law*, Oxford: Oxford University Press, pp. 279-303.

— 2014, *Preventive Justice*, Oxford: Oxford University Press.

ASSOCIATION FOR COMPUTING MACHINERY (US PUBLIC POLICY COUNCIL) (2017), *Statement on Algorithmic Transparency and Accountability*, disponible en:

https://www.acm.org/binaries/content/assets/public-policy/2017_usacm_statement_algorithms.pdf

ATIENZA, M. (1986), «Sobre la Jurisprudencia como técnica social. Respuesta a Roberto J. Vernego», *Doxa: Cuadernos de filosofía del derecho* 3, pp. 297-311.

— 1989, *Introducción al derecho*, 3ª ed., Barcelona: Barcanova.

— 2003, «Introducción», en M. Sánchez-Mazas, *Obras escogidas. Volumen II. Lógica, Informática, derecho*, San Sebastián: Servicio Editorial de la Universidad del País Vasco, pp. 11-7.

— 2015, «La dogmática jurídica como tecno-praxis», en M. Carbonell, H. Fix-Fierro, L.R. González Pérez y D. Valadés (corrds.), *Estado constitucional, derechos humanos, justicia y vida universitaria. Estudios en homenaje a Jorge Carpizo, Tomo IV, Volumen 1*, México D.F.: Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 169-196.

— 2018, «La dogmática penal como tecno-praxis», ponencia en el *XIX Seminario Internacional de Filosofía del Derecho y Derecho penal: sentido y función de la dogmática jurídico-penal*, Facultad de Derecho de la Universidad de León, 6 de julio de 2018 (transcripción no publicada).

AUBY, J.-B. (2020), «¿Administrative Law Facing Digital Challenges?, *European Review of Digital Administration & Law* 1(1-2), pp. 7-15.

AVEN, T. (2016), «The reconceptualization of risk», en A. Burgess, A. Alemanno y J.O. Zinn (eds.), *Routledge Handbook of Risk Studies*, Abingdon y Nueva York: Routledge, 58-72.

AVEZUELA, J. (2017), «Seguridad ciudadana: una perspectiva desde el Derecho administrativo sancionador», en F.J. Bauza Martorell (dir.), *Derecho Administrativo y Derecho Penal: reconstrucción de los límites*, Barcelona: Wolters Kluwer, 237-250.

BABUTA, A. (2017), *Big Data and Policing. An Assessment of Law Enforcement Requirements, Expectations and Priorities,* Londres: Royal United Services Institute for Defense and Security Studies.

BABUTA, A. y OSWALD, M. (2021), «Machine learning predictive algorithms and the policing of future crimes: governance and oversight», en J. McDaniel y K. Pease (eds.), *Predictive Policing and Artificial Intelligence,* Londres: Routledge (en prensa; la aportación de los autores al volumen colectivo puede consultarse en: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3479081)

BACCHI, C. (2012), «Why Study Problematizations? Making Politics Visible», *Open Journal of Political Science* 2(1), 1-8.

BACHNER, J. (2013), *Predictive Policing. Preventing Crime with Data and Analytics*, Washington, D.C.: IBM Center for the Business of Government.

BACIGALUPO, E. (1982), «Relaciones entre la Dogmática penal y la Criminología», en S. Mir Puig (ed.), *Derecho penal y ciencias sociales*, Barcelona: Bellaterra, 53-31.

BAEHR, P. (2001), «The 'iron cage' and the 'shell as hard as steel': Parsons, Weber, and the *stahlhartes Gehaüse* metaphor in *The Protestant Ethic and the Spirit of Capitalism*», *History and Theory* 40, 153-169.

BAKER, T. (2002), «Risk, Insurance, and the Social Construction of Responsability», en T. Baker y J. Simon, *Embracing Risk. The Changing Culture of Insurance and Responsability*, Chicago y Londres: The University of Chicago Press, 33-51.

BALBUENA PÉREZ, D.E. (2011), «Sistema de penas y medidas de seguridad tras las últimas reformas penales en España. Algunas consideraciones a propósito del debate parlamentario sobre la prisión perpetua revisable», *Fòrum de Recerca* 16, 37-62.

— 2012, «Algunas consideraciones acerca de la naturaleza, contenido y alcance de la libertad vigilada», en F. Pérez Álvarez (ed.) y L.M. Díaz Cortés (coord.), *Delito, pena, política criminal y tecnologías de la información y la comunicación en las modernas ciencias penales. Memorias II Congreso Internacional de Jóvenes Investigadores en Ciencias Penales, 27, 28 y 29 de junio de 2011*, Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca, pp. 129-149.

BALIBAR, E. (1990), «Foucault y Marx. La postura del nominalismo», en VV.AA., *Michel Foucault, filósofo*, trad. A.L. Bixio, Barcelona: Gedisa, pp. 48-66.

BARALLAT LÓPEZ, J. (2004), «Función cautelar y función preventive de la prisión provisional», en A. Dorrego de Carlos (coord.), *Régimen jurídico de la prisión provisional Day*, Pozuelo de Alarcón (Madrid): Sepin, pp. 113-134.

BARATTA, A. (1985), «Integración-prevención: una 'nueva' fundamentación de la pena dentro de la teoría sistémica», trad. E. García Méndez y E. Sandoval Huertas, *Doctrina Penal* 29, pp. 2-26.

— 2001, «Seguridad», *Capítulo Criminológico. Revista de las disciplinas del control social* 29(2), pp. 1-24.

— 2006, «*Nomos e Tecne*. Materiali per una cultura post-moderna del diritto», *Studi sulla questione criminale* I(2), pp. 59-65.

BARBERO, I. (2018), «Estudio socio-jurídico de la detención, internamiento y expulsión de extranjeros en el País Vasco: especial análisis de las prácticas de expulsión exprés», *Migraciones* 45, pp. 143-171.

BARBERO SANTOS, M. (1973), «Contribución al estudio de los delitos de peligro abstracto», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias penales* XXVI(3), pp. 487-498.

— 1997 (coord.), *Prisión provisional, detención preventiva y derechos fundamentales. Seminario internacional, Toledo, 2 a 5 de octubre de 1996*, Cuenca: Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha.

BAROCAS, S., HOOD, S. y ZIEWITZ, M. (2013), «Governing Algorithms: A Provocation Piece», *«Governing Algorithms» Conference*, New York University, 16-17 de mayo de 2013, disponible en: https://api.semanticscholar.org/CorpusID:61048027

BAROCAS, S. y SELBST, A. (2016), «Big Data's Disparate Impact», *California Law Review* 104(3), pp. 671-732.

BARREIRO, A.J. (1996), «El sistema de sanciones en el Código Penal español de 1995», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales* XLIX(2), pp. 327-384.

BARROSO RAMOS, M. (2006), *Inmanencia, virtualidad y devenir en Gilles Deleuze*, Tesis Doctorial (Dir. A. Pérez Quintana), La Laguna: Servicio de Publicaciones de la Universidad de La Laguna, disponible en: https://riull.ull.es/xmlui/handle/915/9839

BARRY, A., OSBORNE, T. y ROSE, N. (eds.) (1996), *Foucault and Political reason. Liberalism, neo-liberalism and rationalities of government*, Chicago: The University of Chicago Press.

BAUMAN, Z. (1996), «Orden y ambivalencia», en J. Beriain (comp.), *Las consecuencias perversas de la modernidad*, trad. C. Sánchez Capdequí, Barcelona: Anthropos, pp. 73-119.

— 2000, «Social Uses of Law and Order», en D. Garland y R. Sparks, *Criminology and Social Theory*, Oxford: University Press, pp. 23-45.

— 2001, *La sociedad individualizada*, trad. M. Condor, Madrid: Cátedra.

— 2003, *Modernidad líquida*, trad. M. Rosenberg y J. Arrambide Squirru, Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica de Argentina.

— 2005, *Modernidad y ambivalencia*, trad. M. Aguiluz Ibargüen, Barcelona: Anthropos.

BAUMAN, Z. y TESTER, K. (2002), *La ambivalencia de la modernidad y otras conversaciones*, trad. A. Roca Álvarez, Barcelona: Paidós.

BECK, U. (1996a), «Teoría de la sociedad del riesgo», en J. Beriain (comp.), *Las consecuencias perversas de la modernidad*, trad. C. Sánchez Capdequí, Barcelona: Anthropos, pp. 201-22.

— 1996b, «Teoría de la modernización reflexiva», en J. Beriain (comp.), *Las consecuencias perversas de la modernidad*, trad. C. Sánchez Capdequí, Barcelona: Anthropos, pp. 223-265.

— 1997: «La reinvención de la política: hacia una teoría de la modernización reflexiva», en U. Beck, A. Giddens y S. Lash, *Modernización reflexiva. Política, tradición y estética en el orden social moderno*, trad. J. Alborés, Madrid: Alianza, pp. 13-73.

— 1998a, *La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad*, trad. J. Navarro, D. Jiménez y Mª.R. Borrás, Barcelona: Paidós.

— 1998b, «Politics of Risk Society», en Franklin, J. (ed.), *The Politics of Risk Society*, Cambridge: Polity Press, pp. 9-22.

— 1998c, *¿Qué es la globalización?: falacias del globalismo, respuestas a la globalización*, trad. B. Moreno y Mª.R. Borràs, Barcelona: Paidós.

— 1998d, *Políticas ecológicas en la edad del riesgo: antídotos, la irresponsabilidad organizada*, trad. M. Steinmertz, Barcelona: El Roure.

— 1998e, *Democracy without enemies*, trad. M. Ritter, Cambridge: Polity Press.

— 1999, *La invención de lo político. Para una teoría de la modernización reflexiva*, trad. I. Merzari, Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica de Argentina.

— 2002a, *La sociedad del riesgo global*, trad. J. Alborés Rey, Madrid: Siglo XXI.

— 2002b, «The Terrorist Threat. World Risk Society Revisited», *Theory, Culture & Society* 19(4), pp. 39-55.

— 2002c, *Libertad o capitalismo: conversaciones con Johannes Willms*, trad. B. Moreno Carrillo, Barcelona: Paidós.

— 2003, *Un nuevo mundo feliz: la precariedad del trabajo en la era de la globalización*, trad. B. Moreno Carrillo, Barcelona: Paidós.

— 2004, *Poder y contrapoder en la era global. La nueva economía política mundial*, trad. R.S. Carbó, Barcelona: Paidós.

— 2008, *La sociedad del riesgo mundial: en busca de la seguridad perdida*, trad. R.S. Carbó, Barcelona: Paidós.

BECK, U. y BECK-GERNSHEIM, E. (2003), *La individualización: el individualismo institucionalizado y sus consecuencias sociales y políticas*, trad. Bernardo Moreno, Barcelona: Paidós.

BECK, U., GIDDENS, A. y LASH, S. (1997), *Modernización reflexiva. Política, tradición y estética en el orden social moderno*, trad. J. Alborés, Madrid: Alianza.

BEER, D. (2018), «The social power of algorithms», en D. Beer (ed.), *The social power of algorithms*, Londres y Nueva York: Routledge, pp. 1-13.

BELLOSO MARTÍN, N. (2013), «Entre la ciencia y la técnica del derecho. ¿Hacia una hermenéutica telemática?», *Anales de la Cátedra Francisco Suárez* 47, pp. 139-161.

BELTRÁN NÚÑEZ, A. (2019), «A vueltas con los permisos ordinaries de salida», *Revista de Estudios Penitenciarios*, Extra: 40 años de la Ley Orgánica General Penitenciaria, pp. 67-74.

BENÍTEZ ORTÚZAR, I.F. (2011), «La nueva 'medida de seguridad' de 'libertad vigilada' aplicable al sujeto imputable tras el cumplimiento de la pena privativa de libertad: la admisión de los postulados del 'derecho penal del enemigo' por la LO 5/2010», *Cuadernos de política criminal* 103, pp. 95-132.

BENÍTEZ YÉBENES, J.R. (2015), *El procedimiento de actuación ante los órganos de la jursdicción de vigilancia penitenciaria*, Tesis Doctoral dirigda por M. López Benítez, Universidad de Córdoba, Facultad de Derecho.

BERENDT, B. y PREIBUSCH, S. (2014), «Better decision support through exploratory discrimination-aware data mining: foundations and empirical evidence», *Artificial Intelligence and Law* 22(2), pp. 175-209.

BERGALLI, R. (1997), «Unsolved Mysteries and Unforeseen Futures of Social Control», en R. Bergalli, R. y C. Summer (eds.), *Social Control and Political Order. European Perspectives at the End of the Century*, Londres: Sage Publications, pp. 151-162.

BERIAIN, J. (1996), «El doble 'sentido' de las consecuencias perversas de la modernidad» en J. Beriain (comp.), *Las consecuencias perversas de la modernidad*, trad. C. Sánchez Capdequí, Barcelona: Anthropos, pp. 7-29.

BERISTAIN IPIÑA, A. (1961), «Estructuración ideológica de la nueva defensa social», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales* XIV(3), pp. 409-32.

BERK, R. (2013), «Algorithmic criminology», *Security Informatics* 2(5), pp. 1-14.

BERK, R., HEIDARI, H., JABBARI, S., KEARNS, M., Y ROTH, A. (2018), «Fairness in Criminal Justice Risk Assessments: The State of the Art», *Sociological Methods & Research*, disponible en: https://arxiv.org/abs/1703.09207 (Cornell University)

BERMAN, M. (1988), *Todo lo sólido se desvanece en el aire: la experiencia de la modernidad*, trad. A. Morales Vidal, Madrid: Siglo XXI (1ª ed. en inglés, 1982).

BERNAL DEL CASTILLO, J. (2019), «La pena de prisión permanente revisable: una aproximación», en L. Roca de Agapito (dir.), *Un sistema de sanciones penales para el siglo XXI*, Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 233-250.

BERNS, T. (2005), *Souveraineté, droit et gouvernementalité. Lectures du politique modern à partir de Bodin*, París: Éditions Léo Scheer.

BERNSTEIN, P.L. (1996), *Against the Gods. The Remarkable Story of Risk*, Nueva York: John Wiley & Sons.

BESIO HERNÁNDEZ, M. (2011), *Los criterios legales y judiciales de individualización de la pena. Gravedad del hecho, circunstancias personales del delincuente y compensación racional de circunstancias atenuantes y agravantes*, Valencia: Tirant lo Blanch.

BESTE, H. y VOβ, M. (2000), «Las deformaciones del derecho penal por los servicios privados de seguridad», en Instituto de Ciencias Criminales de Frankfurt y Área de

Derecho Penal de la Universidad Pompeu Fabra (eds.), *La insostenible situación del Derecho Penal*, Granada: Comares, pp. 341-357.

BEUSCART, J.-S. y PEERBAYE, A. (2006), «Histoires de dispositifs», *Terrains & Travaux* 11(2), pp. 3-15.

BICKEL, P.J., HAMMEL, E.A. y O'CONNELL, J.W. (1975), «Sex Bias in Graduate Admissions: Data from Berkeley», *Science* 187, pp. 398-404.

BIGO, D. (2006), « Globalized (in)Security: the Field and the Ban-opticon», en D. Bigo *et al.*, *Illiberal Practices of Liberal Regimes: the (in)Security Games*, París: L'Harmattan y Centre d'Etudes sur les Conflits, pp. 5-49.

— 2013, «Sécurité maximale et prévention? La matrice du futur antérieur et ses grilles», en B. Cassin (ed.), *Derrière les grilles: sortir du tout évaluation,* París: Fayard, 94-95-6, pp. 7-26.

— 2014, «The (in)securitization practices of the three universes of UE border control: Military/Navy-border guards/pólice-databases analysts», *Security Dialogue* 45(3), pp. 209-225.

BIGO, D. y BONELLI, L. (2014), «Critique de la raison criminologique», *Cultures & Conflits* 94-95-6, pp. 7-26.

BINET, L. (1991), «Le droit comme système social ou la méthode systémique appliquée au droit», *Les Cahiers de droit* 32(2), pp. 439-456.

BINNS, R. (2018), «Algorithmic Accountability and Public Reason», *Philosophy & Technology* 31(4), pp. 543-456.

BLACK, J. (2001), «Decentering Regulation: Understanding the Role of Regulation and Self Regulation in a 'Post-Regulatory' World», *Current Legal Problems* 54, 103-147.

— 2010, «The Role of Risk in Regulatory Processes», en R. Baldwin, M.Cave y M. Lodge, *The Oxford Handbook of Regulation*, Oxford: Oxford University Press, pp. 302-347.

BLACKMORE, J. y WELSH, J. (1983), «Selective Incapacitation: Sentencing According to Risk», *Crime and Delinquency* 29, pp. 504-528.

BLANCO, J. y BERTI, A. (2016), «No hay hardware sin software: Crítica del dualismo digital», *Quadranti. Rivista Internazionale di Filosofía Contemporánea* IV(1-2), pp. 197-214.

BOHM, Mª.L. (2013), «Securitización», *Revista Penal* 32, pp. 72-90.

BOIX PALOP, A. (2019), «Los algoritmos son reglamentos», *Seminari de la Facultat de Dret de València*, 30 de octubre de 2019, https://www.uv.es/seminaridret/ (acceso: 18 de enero de 2020).

— 2020, «Los algoritmos son reglamentos: la necesidad de extender las garantías propias de las normas reglamentarias a los programas empleados por la Administración para la adopción de decisiones», *Revista de Derecho Público: Teoría y Método* 1, pp. 223-270.

BOLDOVA PASAMAR, M.A. (2009), «Consideraciones político-criminales sobre la introducción de la pena de libertad vigilada», en VV.AA., *El anteproyecto de modificación del Código Penal de 2008. Algunos aspectos*, Bilbao: Servicio de Publicaciones de la Universidad de Deusto, pp. 35-70.

BONTA, J. y ANDREWS, D.A. (2007), *Risk-Need-Responsivity Model for Offender Assessment and Rehabilitation*, Ottawa: Department of Public Safety and Emergency Preparedness.

BORDEN, H.G. (1928), «Factors for Predicting Parole Success», *Journal of the American Institute of Criminal Law and Criminology* 19(3), pp. 328-336.

BORJA JIMÉNEZ, E. (1991), «Dos interpretaciones jurisprudenciales sobre la vigencia actual de la agravante de reincidencia», *Revista General de Derecho* 558, pp. 1129-1139.

BORUM, R., BARTEL, P.A y FORTH, A.E. (2005), «Structured Assessment of Violence Risk in Youth», en T. Grisso, G. Vincent y D. Seagrave (eds.), *Mental Health Screening and Assessment in Juvenile Justice*, Nueva York: The Guilford Press, pp. 311-323.

BOTTOMS, A.E. (1977), «Reflections on the Renaissance of Dangerousness», *The Howard Journal of Criminal Justice* 16(2), pp. 70-96.

BOTTOMS, A.E. y BROWNSWORD, R. (1982), «The Dangerousness Debate after the Floud Report», *British Journal of Criminology* 22(3), pp. 229-254.

BOUNAMANO, R. (1998), «The Economy of Violence: Derrida on Law and Justice», *Ratio Juris* 11(2), pp. 168-179.

BOVENS, M. Y ZOURIDIS, S. (2002), «From Street-Level to System-Level Bureaucracies: How Information and Communication Technology Is Transforming Administrative Discretion and Constitutional Control», *Public Administration Review* 62(2), pp. 174-184.

BOWLING, B., MARKS, A. y MURPHY, C.C. (2008), «Crime Control Technologies. Towards and Analytical Framework and Research Agenda», (2008), en R. Brownsword y K. Yeung (eds.), *Regulating Technologies. Legal Futures, Regulatory Frames and Technological Fixes*, Oxford: Hart Publishing, pp. 51-78.

BRANDARIZ GARCÍA, J.A. (2001), «Notas sobre el régimen penitenciario para penados considerados extremadamente peligrosos: Departamentos especiales y F.I.E.S.-1 (CD)», *Estudios penales y criminológicos* 24, pp. 7-58.

— 2007, *Política criminal de la exclusión. El sistema penal en tiempos de declive del Estado Social y crisis del Estado-Nación*, Granada: Comares.

— 2016, *El modelo gerencial-actuarial de penalidad. Eficiencia, riesgo y sistema penal*, Madrid: Dykinson.

BRANTS, C. y FIELD, S. (1997), «Les méthodes d'enquête proactives et le contrôle des risques», *Déviance et Société* 21(4), pp. 401-414.

BREIMAN, L. (2001), «Statistical Modeling: The Two Cultures», *Statistical Science* 16(3), pp. 199-231.

BRODEUR, J.-P. (1984), «La police: mythes et réalités», *Criminologie* XVII(1), pp. 9-41.

BROWN, B.W. (1915), «Parole an institution of the future», *Journal of the American Institute of Criminal Law and Criminology* 6(1), pp. 65-72.

BROWNSWORD, R. (2005), «Code, control, and choice: why East is East and West is West», *Legal Studies* 25(1), pp. 1-21.

BUCHANAN, A. y LEESE, M. (2001), «Detention of people with dangerous severe personality disorders: a systematic review», *The Lancet* 358, pp. 1955-1959.

BUCHHOLTZ, G. (2020), «Artificial Intelligence and Legal Tech: Challenges to the Rule of Law», en T. Wischmeyer y T. Rademacher (eds.), *Regulating Artificial Intelligence*, Cham (Suiza): Springer, pp. 175-198.

BUENO, G. (1978), «En torno al concepto de 'ciencias humanas'. La distinción entre metodologías α-operatorias y β-operatorias», *El basilisco* 2, pp. 12-46.

— 1992, *Teoría del cierre categorial 1. Introducción general. Siete enfoques en el studio de la ciencia*, Oviedo: Pentalfa.

BUENO ARÚS, F. (1986), «Los permisos de salida y las competencias de los Jueces de Vigilancia», *Poder Judicial* 2, pp. 15-32.

BUJÁN, F. (2013), «Principio de proporcionalidad y delitos de peligro», *Revista de Derecho penal y Criminología* 3, pp. 31-40.

BURCHELL, G. (1991), «Peculiar Interests: Civil Society and Governing 'The System of Natural Liberty'», en G. Burchell, C. Gordon y P. Miller (eds.), *The Foucault Effect. Studies in Governmentality*, Chicago: The University of Chicago Press, pp. 119-150.

— 1993, «Liberal government and techniques of the self», *Economy & Society* 22(3), pp. 267-281.

BURCHELL, G., GORDON, C. y MILLER, P. (eds.) (1991), *The Foucault Effect. Studies in Governmentality*, Chicago: The University of Chicago Press

BURGESS, A. (2016), «Introduction», en A. Burgess, A. Alemanno y J.O. Zinn (eds.), *Routledge Handbook of Risk Studies*, Abingdon y Nueva York: Routledge, pp. 1-14.

BURGESS, E.W. (1928), «Part IV. Factors determining success or failure on parole», en VV.AA., *The workings of the Indeterminate-sentence Law and the Parole System in Illinois. A Report to the Honorable Hinton G. Clabaugh, Chairman, Parole Board of Illinois*, Springfield (Illinois, EE.UU): Illinois Legislative Reference Bureau, pp. 203-249.

BURRELL, J. (2016), «How the machine 'thinks': Understanding opacity in machine learning algorithms», *Big Data & Society* 3(1), pp. 1-12.

BURUMA, Y. (2004), «Risk assessment and criminal law: closing the gap between criminal law and criminology», en G. Bruinsma, H. Elffers y J. de Keijser (eds.), *Punishment, Places and Perpetrators. Developments in criminology and criminal justice research*, Abingdon y Nueva York: Routledge, pp. 41-61.

BUSBY, J. (2016), «Why risk is recursive and what this entails», en A. Burgess, A. Alemanno y J.O. Zinn (eds.), *Routledge Handbook of Risk Studies*, Abingdon y Nueva York: Routledge, pp. 73-80.

BUSSOLINI, J. (2010), «What is a Dispositive?», *Foucault Studies* 10, pp. 85-107.

BUSTOS RAMÍREZ, J. (2002), «Los mitos de la ciencia penal del siglo XX: la culpabilidad y la peligrosidad», en Díez Ripollés, J.L., Romeo Casabona, C.Mª., Gracia Martín, L. e Higuera Guimerá, J.F. (eds.), *La ciencia del Derecho Penal ante el nuevo siglo. Libro homenaje al Profesor Doctor Don José Cerezo Mir*, Madrid: Tecnos, pp. 3-7.

BUTLER, A.W. (1922), «What Prisoners Should Be Eligible to Parole and What Considerations Should Govern the Granting of It?», *Journal of the American Institute of Criminal Law and Criminology* 12(4), pp. 549-553.

BUTLER, J. (1989), «Foucault and the Paradox of Bodily Inscriptions», *Journal of Philosophy* 86, pp. 601-607.

— 2007, *El género en disputa. El feminismoy la subversion de la identidad*, trad. Mª.A. Muñoz, Barcelona: Paidós.

BUZAN, B., WÆVER, O. y de WILDE, J. (1998), *Security. A New Framework for Analysis*, Boulder (Colorado, EE.UU.): Lynne Rienner Publishers.

CADALSO, F. (1895), *La pena de deportación. La colonización por penados*, Madrid: Imprenta de José Góngora Álvarez.

CALDERON, P. (2003), *Michel Foucault, par lui-même* (película documental), París: ARTE France y BFC Productions.

CALDERS, T. y VERWER, S. (2010), «Three naive Bayes approaches for discrimination-free classification», *Data Mining and Knowledge Discovery* 21(2), pp. 277-92.

CALDERS, T. y ŽLIOBAITĖ, I. (2013), «Why Unbiased Computational Processes Can Lead to Discriminative Decision Procedures», en B. Custers, T. Calders, B.

Schermer y T. Zarsky (eds.), *Discrimination and Privacy in the Information Society. Data Mining and Profiling in Large Databases*, Berlin: Springer, pp. 43-57.

CALVO GARCÍA, M. (1989), *La teoría de las pasiones y el dominio del hombre. Genealogía de la hermenéutica moderna del control social*, Zaragoza: Prensas de la Universidad de Zaragoza.

CÁMARA ARROYO, S. (2012), «La libertad vigilada: de la Ley penal del menor al ordenameinto penal de adultos», *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid* 25, pp. 71-106.

— 2015, «Justicia social y Derecho Penal. Individualización de la sanción penal por circunstancias socioeconómicas delpenado (arts. 66.1.6, 20.7 CP y 7.3 LORRPM)», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales* LXVIII (1), pp. 237-275.

CAMPBELL, M., FRENCH, S. y GENDREAU, P. (2009), «The prediction of violence in adult offenders: A meta-analytic comparison of instruments and methods of assessment», *Criminal Justice and Behavior* 36, pp. 567-590.

CAMPESI, G. (2009), «Neoliberal and Neoconservative Discourses on Crime and Punishment», *Sortuz. Oñati Journal of Emergent Socio-legal Studies* 3(1), pp. 33-52.

CANALS AMETLLER, D. (2019), «El proceso normativo ante el avance tecnológico y la transformación digital (inteligencia artificial, redes sociales y datos masivos», *Revista General de Derecho Administrativo* 500, pp. 1-26.

CANCIO MELIÁ, M. (2000), «Dogmática y política criminal en una teoría funcional del delito», en Jakobs, G. y Cancio Meliá, M., *El sistema funcionalista del derecho penal*, Lima: Grijley, Universidad de Piura e Instituto Peruano de Ciencias Penales, pp. 17-42.

— 2008, «*Derecho penal* del enemigo: contexto político-criminal y concepto teórico. Alguans tesis sobre la construcción de Günther Jakobs», en M. Cancio Meliá y B. Feijoo Sánchez (eds.), *Teoría funcional de la pena y culpabilidad. Seminario con Günther Jakobs en la UAM*, Madrid: Civitas, pp. 63-87.

CANGUILHEM, G. (2005), *Lo normal y lo patológico*, trad. R. Potschart, Buenos Aires: Siglo XXI (1ª ed. en francés, 1966).

CANO CAMPOS, T. (2017), «El concepto de sanción y los límites entre el derecho penal y el derecho administrativo sancionador», en F.J. Bauza Martorell (dir.), *Derecho Administrativo y Derecho Penal: reconstrucción de los límites*, Barcelona: Wolters Kluwer, pp. 207-235.

CAPLAN, P. (ed.) (2000), *Risk revisited*, Londres: Pluto Press.

CAPLAN, R., DONOVAN, J., HANSON, L. y MATTHEWS, J. (2018), «Algorithmic Accountability: A Primer», *Congressional Progressive Caucus: Tech Algorithm*

Briefing. How Algorithms Perpetuate Racial Bias and Inequality, April 18, Washington DC, Data&Society.

CARLSON, B.W. (2019), «Simpson's paradox», *Encyclopedia Britannica*, disponible en: https://www.britannica.com/topic/Simpsons-paradox

CARNEY, F.J. (1967), «Predicting Recidivism in a Medium Security Correctional Institution», *The Journal of Criminal Law, Criminology and Police Science* 58(3), pp. 338-348.

CAROU, S. (2018), «La controvertida historia del Fichero de Internos de Especial Seguimiento (FIES). Desde su nacimiento hasta la actualidad», en González García, A. y Fernández Bermejo, D., *Cuestiones penitenciarias actuales. Criminología, derecho y práctica*, Madrid: Universidad a Distancia de Madird - Centro de Estudios Financieros, pp. 91-98.

CARPIO DELGADO, J. DEL (2012), «La medida de seguridad de libertad vigilada pra delincuentes imputables», *Revista de derecho y proceso penal* 27, pp. 155-198.

CARREIRAS COUSO, M.L. (2010), *Reseña de la causa formada contra Manuel Blanco Romasanta, el Hombre Lobo de Allariz*, Madrid: Bubok.

CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR, J.L. (1990), «Sobre los conceptos de orden público, seguridad ciudadana y seguridad pública», *Revista Vasca de Administración Pública* 27, pp. 9-25.

— 2011, «Una introducción a la idea de modernización administrativa», *Dereito: Revista xuridica da Universidade de Santiago de Compostela* Nº Extra 1, pp. 5-20.

CASABO RUIZ, J.R. (1978), *El anteproyecto de Código penal de 1938 de F.E.T. y de las J.O.N.S.*, Murcia: Universidad de Murcia.

CASAL HERNÁNDEZ, J.Mª. (1998), *Derecho a la libertad personal y diligencias policiales de identificación*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

CASALS FERNÁNDEZ, A. (2017), «El proceso de revisión de la pena de prisión permanente revisable», *La ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario* 129.

— 2019, *La prisión permanente revisable*, Madrid: Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado.

CASEY, P.M., WARREN, R.K. y ELEK, J.K. (2011), *Using Offender Risk and Needs Assessment Information at Sentencing. Guidance for Courts for a National Working Group*, Williamsburg (Virginia, Estados Unidos): National Center for State Courts.

CASTALDO, A. (1997), «La concreción del 'riesgo jurídicamente relevante'», trad. E. Ruiz de Erenchun Arteche, en J.M. Silva Sánchez (ed.), *Política criminal y nuevo Derecho Penal. Libro homenaje a Claus Roxin*, Barcelona: José Mª. Bosch editor, pp. 233-242.

CASTEL, R. (1983), *La gestión de los riesgos: de la anti-psiquiatría al post-análisis*, trad. N. Pérez, Barcelona: Anagrama (1ª ed. en francés, 1981).

— 1991, «From dangerousness to risk», en G. Burchell, C. Gordon y P. Miller (eds.), *The Foucault Effect. Studies in Governmentality*, Chicago: The University of Chicago Press, pp. 281-298.

— 2001, *L'insécurité sociale. Qu'est-ce qu'être protégé?*, París: Éditions du Seuil (col. La République des idées).

CASTELLANOS RODRÍGUEZ, B. (2009), «Louis Althusser y Judith Butler: génesis y actualidad del postestructuralismo», *Nómadas. Revista Crítica de Ciencias Sociales y Jurídicas* 24(4), pp. 175-186.

— 2011, *La crítica de Deleuze al psicoanálisis: el proyecto de un deseo políticamente constituyente*, Tesis Doctoral dirigida por T. Oñate y Zubía, UNED, Facultad de Filosofía.

CASTILLO BLANCO, F.A. (1993), «La Ley de seguridad ciudadana: reflexiones sobre algunos puntos controvertidos», *Revista de Administración Pública* 130, pp. 423-466.

CASTILLO SALGADO, C. (dir.) (2002), *Curso sobre fundamentos de epidemiología y bioestadística*, Organización Panamericana de la Salud (OPS) y Universitat Oberta de Catalunya (UOC), http://cv.uoc.edu/UOC/a/moduls/90/90_243a/web/nwin/m3/li17.html

CASTILLO, E., GUTIÉRREZ, J.M. y HADI, A.S. (1997), *Experte Systems and Probabilistic Networks Models*, Nueva York: Springer.

CASTRO, E. (2010), «Foucault, lector de Kant», en M. Foucault, *Una lectura de Kant. Introducción a la Antropología en sentido pragmático*, trad. A. Dilon, Madrid: Siglo XXI.

CASTRO GÓMEZ, S. (2010), *Historia de la gubernamentalidad. Razón de Estado, liberalismo y neoliberalismo en Michel Foucault*, Bogotá: Siglo del Hombre Editores, Instituto de Estudios Sociales y Culturales-Pensar (Pontificia Universidad Javeriana) y Universidad de Santo Tomás.

— 2012, «Sobre el concepto de antropotécnica en Peter Sloterdijk», *Revista de Estudios Sociales* 43, pp. 63-73.

CASTRO LIÑARES, D. (2019), *Los instrumentos de valoración y gestión de riesgos en el modelo de penalidad español*, Madrid: Reus.

CATH, C., WACHTER, S., MITTELSTADT, B., TADDEO, M. y FLORIDI, L. (2018), «Artificial Intelligence and the 'Good Society': the US, EU, and UK approach», *Science and Engineering Ethics* 24(2), pp. 505-528.

CAVANILLAS MÚGICA, S. (2012), «Responsabilidad civil y riesgo», en E. Perez Alonso, E. Arana García, P. Mercado Pacheco y J.L. Serrano Moreno (eds.), *Derecho, globalización, riesgo y medio ambiente*, Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 443-452.

CEREZO MIR, J. (2002), «Los delitos de peligro abstracto en el ámbito del Derecho penal del riesgo», *Revista de Derecho penal y Criminología* 10, pp. 47-72.

CERRILLO I MARTÍNEZ, A. (2019), «El impacto de la inteligencia artificial en el Derecho administrativo, ¿nuevos conceptos para nuevas realidades técnicas?», *Revista General de Derecho Administrativo* 50.

— 2020, «¿Son fiables las decisiones de las Administraciones públicas adoptadas por algoritmos?, *European Review of Digital Administration & Law* 1(1-2), pp. 17-36.

CERVELLÓ DONDERIS, V. (2010), «Revisión de legalidad penitenciaria en la regulación del régimen cerrado y los FIES», *La Ley Penal* 72.

CHABERT, J.-L. *et al.* (1999), *A History of Algorithms. From the Pebble to the Microchip*, trad. C. Weeks, Heidelberg (Alemania): Springer (1ª ed. en francés, 1994).

CHATEAU, J.-Y. (2005), «L'invention dans les techniques selon Gilbert Simondon», en G. Simondon, *L'invention dans les techniques. Cours et conférences*, ed. J.-Y. Chateau, París: Seuil, pp. 11-72.

— 2017: «Presentación», en G. Simondon, *Sobre la técnica (1953-1983)*, trad. M. Martínez y P. Rodríguez, Buenos Aires: Cactus, 11-30 (1ª ed. en francés 2014).

CHELIOTIS, L. (2006), «How Iron Is the Iron Cage of New Penology? The Role of Human Agency in the Implementation of Criminal Justice Policy», *Punishment & Society*, 8(3), pp. 313-340.

CHEN, H., COHEN, P. y CHEN, S. (2010), «How Big is a Big Odds Ratio? Interpreting the Magnitudes of Odds Ratios in Epidemiological Studies», *Communications in Statistics–Simulation and Computation* 39, pp. 860-864.

CHEVALIER, L. (1958), *Classes laborieuses et classes dangereuses a Paris pendant la première moité du XIX^e siècle*, París: Librairie Plon.

CHIAO, V. (2019), «Fairness, accountability and transparency: notes on algorithmic decision-making in criminal justice», *International Journal of Law in Context* 15, pp. 126-139.

CHICO LIBRÁN, E. y TOUS RAL, J.M. (2003), «Estructura factorial y validez discriminante del listado de psicopatía de Hare revisado», *Psicothema* 14(4), pp. 667-672.

CHIGNOLA, S. (2006), «L'impossible del sovrano. Governamentallità e liberalismo in Michel Foucault», en S. Chignola (a cura di), *Governare la vita. Un seminario sui*

Corsi di Michel Foucault al Collège de France (1977-1979), Verona: Ombre corte, pp. 37-70.

— 2018, *Foucault más allá de Foucault. Una política de la filosofía*, trad. F. Venturi, Buenos Aires: Cactus (1ª ed. en italiano, 2014).

CHOULDECHOVA, A. (2017), «Fair Prediction with Disparate Impact: A Study of Bias in Recidivism Prediction Instruments», *Big Data* 5(2), pp. 153-163.

CICCARELLI, R. (2007), «Foucault e la società dei controlli. Il contributo dei surveillance studies», *Conflitti Globali* 5, pp. 62-74.

CID, J. y TÉBAR, B. (2010), «Libertad condicional y delincuentes de alto riesgo», *Revista Española de Investigación Criminológica* 3(8), pp. 1-23.

CID MOLINÉ, J. (2012), «La medida de seguridad de libertad vigilada», en J.M. Silva Sánchez (dir.) y N. Pastor Muñoz (coord.), *El nuevo Código Penal. Comentarios a la reforma*, Madrid: La Ley, pp. 181-202.

CITRON, D.K. (2008), «Technological Due Process», *Washington University Law Review* 85(6), pp. 1249-1313.

CITRON, D.K. y PASQUALE, F. (2014), «The Scored Society: Due Process for Automated Predictions», *Washington Law Review* 89(1), pp. 1-33.

COELLO MARTÍN, C. (2009), «La administración penitenciaria», en T. Cano Campos (coord.), *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho administrativo*, Madrid: Iustel, pp. 105-138.

COGLIANESE, C. (2019), «What Does Risk-Based Regulation Mean?», *The Regulatory Review*, julio 2019, disponible en: https://www.theregreview.org/2019/07/08/coglianese-what-does-risk-based-regulation-mean/

COGLIANESE, C. y LEHR, D. (2017), «Regulating by Robot: Administrative Decision Making in the Machine-Learning Era», *Georgetown Law Journal* 105, pp. 1147-223, disponible en: *Penn Law: Legal Scholarship Repository, University of Pennsylvania Law School,* http://scholarship.law.upenn.edu/faculty_scholarship/1734

COHEN, M.L., GROTH, A.N. y SIEGEL, R. (1978), «The Clinical Prediction of Dangerousness», *Crime & Delinquency* 24(1), pp. 28-39.

COHEN, S. (1988), *Visiones de control social*, trad. E. Larrauri, Barcelona: Promociones y publicaciones universitarias (1ª ed. en inglés, 1985).

COHEN, S. y SCULL, A. (eds.) (1986), *Social Control and the State. Historical and Comparative Essays*, Oxford: Basil Blackwell.

COLEBROOK, C. (2009), «Legal Theory after Deleuze», en R. Braidotti, C. Colebrook y P. Hanafin (eds.), *Deleuze and Law. Forensic Futures*, Basingstoke y Nueva York: Palgrave Macmillan, pp. 6-23.

COLIMON, K.-M. (2018), *Fundamentos de epidemiología*, Bogotá: Ecoe (3ª ed.).

COLLIER, S. y LAKOFF, A. (2006), «Vital Systems Security», *Anthropology of the Contemporary Research Collaboratory Working Paper* 2.

COMISIÓN EUROPEA (2018), *Directrices éticas para una IA fiable*, elaboradas por el Grupo Independiente de Expertos de Alto Nivel sobre Inteligencia Artificial, Bruselas: Comisión Europea.

— 2019, *Ethics Guidelines for Trustworthy AI* (High-Level Expert Group on Artificial Intelligence), Bruselas: Comisión Europea.

COMITÉ CIENTÍFICO-TÉCNICO DEL CONSEJO MÉDICO FORENSE (2020), *Protocolo de valoración forense urgente del riesgo de violencia de género*, Madrid: Ministerio de Justicia.

COMITÉ ECONÓMICO Y SOCIAL EUROPEO (2017), *The ethics of Big Data: Balancing economic benefits and ethical questions of Big Data in the EU policy context*, estudio por Evodevo srl (Italia), bajo la coordinación de L. Ceccacci y la supervision científica de S. De Luca, Bruselas: «Visits and Publications» Unit, Consejo Económico y Social Europeo.

CONDORCET, M. DE (1875), *Essai sur l'application de l'analyse à la probabilité des décisions rendues à la pluralité des voix*, París: L'Imprimerie Royal.

CONSEIL D'ÉTAT (2014), *Le numérique et les droits fondamentaux. Etude annuelle 2014 du Conseil d'État*, París: Conseil d'État, disponible en: https://www.vie-publique.fr/sites/default/files/rapport/pdf/144000541.pdf

CONSEJO DE EUROPA (2017), *Guidelines on the protection of individuals with regard to the processing of personal data in a world of big data*, T-PD(2017)01, Estrasburgo: Consultative Committee of the Convention for the Protection of Individuals with Regard to Automatic Processing of Personal Data (Convention 108), Directorate General of Human Rights and Rule of Law, Consejo de Europa.

— 2018a, *Algorithms and Human Rights. Study on the human rights dimensions of automated data processing techniques and possible regulatory implications*, Council of Europe Study DGI (2017)12, Estrasburgo: Committee of Expert son Internet Intermediaries (MSI-NET), Consejo de Europa.

— 2018b, *Discrimination, artificial intelligence and algorithmic decision-making*, estudio por F. Zuiderveen Borgesius, Estrasburgo: Directorate General of Democracy, Consejo de Europa.

— 2018c, *European ethical Charter on the use of Artificial Intelligence in judicial systems and their environment*, adoptada en el 31st plenary meeting of the

CEPEJ (European Commission for the Efficiency of Justice), 3-4 diciembre 2018, Estrasburgo: Consejo de Europa.

— 2019a, *Artificial Intelligence and Data Protection: Challenges and Possible Remedies*, T-PD(2018)09Rev, informe por A. Mantelero, Estrasburgo: Consultative Committee of the Convention for the Protection of Individuals with Regard to Automatic Processing of Personal Data (Convention 108), Consejo de Europa.

— 2019b, *Guidelines on Artificial Intelligence and Data Protection*, TPD(2019)01, Estrasburgo: Consultative Committee of the Convention for the Protection of Individuals with Regard to Automatic Processing of Personal Data (Convention 108), Directorate General of Human Rights and Rule of Law, Consejo de Europa.

CONTRERAS MEDINA, F.R. (2006), «Estudio crítico de la razón instrumental totalitaria en Adorno y Horkheimer», *IC. Revista Científica de Información y Comunicación* 3, pp. 63-84.

COOPER, A. y RUMFORD, C. (2013), «Monumentalising the Border: Bordering Through Connectivity», *Mobilities* 8(1), pp. 107-124.

COOTER, R.D. (1991), «Theories of Legal Liability», *The Journal of Economic Perspectives* 5(3), pp. 11-30.

COPAS, J. Y MARSHALL, P. (1998), «The Offender Group Reconviction Scale: A Statistical Reconviction Score for Use by Probation Officers», *Journal of the Royal Statistical Society. Series C (Applied Satistics)* 47(1), pp. 159-171.

CORCOY BIDASOLO, M. (1999), *Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales: nuevas formas de delincuencia y reinterpretación de tipos penales clásicos*, Valencia: Tirant lo Blanch.

CORNACCHIA, L. (2006), «La moderna *hostis iudicatio* entre norma y estado de excepción», en M. Cancio Melía y C. Góméz-Jara Díez (coords.), *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión. Vol. 1*, trad. B. Romero Flores, Buenos Aires: Edisofer, BdeF y Euros, pp. 416-456.

COTINO HUESO, L. (2019), «Riesgos e impactos del big data, la inteligencia artificial y la robótica. Enfoques, modelos y principios de la respuesta del derecho», *Revista General de Derecho Administrativo* 50.

COUSO SALAS, J. (2006), *Fundamentos del Derecho Penal de la culpabilidad. Historia, teoría y metodología*, Valencia: Tirant lo Blanch.

CRAWFORD, K. y SCHULTZ, J. (2014), «Big Data and Due Process: Toward a Framework to Redress Predictive Privacy Harms», *Boston College Law Review* 55(1), pp. 93-128.

CRIADO, N. y SUCH, J.M. (2019), «Digital Discrimination», en K. Yeung y M. Lodge (eds.), *Algorithmic Regulation*, Oxford: Oxford University Press, disponible en: https://www.researchgate.net/publication/336792693_Digital_Discrimination

CUERDA RIEZU, A. (2019), «Consideraciones críticas sobre la doctrina del Tribunal Constitucional respect a la intervención de las Comunicaciones de los reclusos», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales* LXXII(1), pp. 55-74.

CUESTA AGUADO, P.M. (2000), «Sociedad tecnológica y derecho penal del riesgo», *Revista de Derecho y proceso penal* 4, pp. 133-144.

CULLEN, F.T. y GILBERT, K.E. (2013), *Reaffirming Rehabilitation*, Waltham (Massachusetts, EE.UU.): Elsevier (1ª ed., Cincinatti: Anderson Publishing, 1983).

CUTINO, S. (2018), «La libertad condicional», en A. González García y D. Fernández Bermejo (coords.), *Cuestiones penitenciarias actuales*, Madrid: Universidad a Distancia de Madrid (Centro de Estudios Financieros), pp. 111-121.

DA AGRA, C. (1988), «Dangerosité et dégénérescense. La médecine mentale en Belgique à la fin du XIX^{e} siècle et au début du XX^{e} siècle», en F. Tulkens (rec.), *Généalogie de la défense sociale en Belgique (1880-1914)*, Bruselas: E. Story-Scientia, pp. 89-111.

DAL LAGO, A. (2004), *La produzione della devianza. Teoria sociale e meccanismi di controllo*, Verona: Ombre corte (1ª ed. 1981).

DAMIÁN MORENO, J. (2004), «La prisión provisional en el marco del Sistema de la tutela cautelar penal», en A. Dorrego de Carlos (coord.), *Régimen jurídico de la prisión provisional Day*, Pozuelo de Alarcón (Madrid): Sepin, pp. 91-112.

DANDEKER, C. (1990) *Suveillance, Power & Modernity. Bureaucracy and Discipline from 1700 to the Present Day*, Cambridge: Polity Press.

DANET, J. (2008), «La dangerosité, une notion criminologique, séculaire et mutante», *Champ pénal / Penal field* V
disponible en: http://journals.openedition.org/champpenal/6013 (acceso 24/05/2014)

DASTON, L. (1995), *Classical Probability in the Enlightenment*, Priceton: University Press.

DATTA, A., SEN, S. y ZICK, Y. (2016), «Algorithmic Transparency via Quantitative Input Influence», *2016 IEEE Symposium on Security and Privacy. Proceedings*, *23-25 mayo de 2016, San José, California, USA*, Los Alamitos (California): IEEE Computer Society Technical Committee on Security and Privacy, 598-617, disponible en: https://ieeexplore.ieee.org/stamp/stamp.jsp?tp=&arnumber=7546525

DAUNIS RODRÍGUEZ, D. (2014), «La libertad condicional como forma de suspension de la ejecución de la pena», *Revista General de Derecho Penal* 21, pp. 1-44.

DAVIS, M. (2003), *Ciudad de cuarzo. Arqueología del future en Los Ángeles*, trad. R. Reig, Madrid: Lengua de Trapo (1ª ed. en inglés, 1990).

DE ALMEIDA FILHO, N., CASTIEL, L.D. y AYRES, J.R. (2009), «Riesgo: concepto básico de la epidemiología», *Salud colectiva* 5(3), pp. 323-44.

DE GIORGI, A. (2000), «Oltre l'economia politica della penalità: postfordismo e controllo della moltitudine», *Dei delitti e delle pene. Revista di studi sociali, storici e giuridici sulla questione criminale* 1-2, pp. 205-46.

— 2005, *Tolerancia cero. Estrategias y prácticas de la sociedad de control*, trad. I. Rivera Berias y M. Monclús Masó, Barcelona: Virus (1ª ed. en italiano, 2000).

— 2006, *El gobierno de la excedencia. Postfordismo y control de la multitud*, trad. J.A. Brandariz García y H. Bouvier, Madrid: Traficantes de sueños (1ª ed en italiano, 2002).

DE GOEDE, M. (2011), *European Security Culture. Preemption and Precaution in European Security. Inaugural Lecture*, Amsterdam: Vossiuspers UvA.

DE LA CUEVA, J. (2019), «El derecho a no ser gobernados mediante algoritmos secretos», *Notario del siglo XXI* 87, disponible en: http://www.elnotario.es/hemeroteca/revista-87/opinion/opinion/9636-el-derecho-a-no-ser-gobernados-mediante-algoritmos-secretos

DE LAAT, P.B. (2018), «Algorithmic Decision-Making Base don Machine Learning from Big Data: Can Transparency Restore Accountability?», *Philosophy & Technology* 31(4), pp. 525-541.

DE LUCAS, J. (2003), *Blade runner: el derecho, guardián de la diferencia*, Valencia: Tirant lo Blanch.

— 2004, «La tolerancia en las sociedades multiculturales», en AGUIRRE ORAÁ, J.M. y J. MARTÍNEZ DE PISÓN (coords.), *Pluralismo y tolerancia. La sociedad liberal en la encrucijada*, Logroño: Perla, pp. 105-132.

DE MARINIS CÚNEO, P. (1999), «Gobierno, gubernamentalidad, Foucault y los anglofoucaultianos (o un ensayo sobre la racionalidad política del neoliberalismo)», en R. Ramos Torre y F. García Selgas (eds.), *Globalización, riesgo, reflexividad. Tres temas de la teoría social contemporánea*, Madrid: Centro de Investigaciones Sociológicas, pp. 73-103.

DE MIGUEL BERIAIN, I. (2018), «Does the use of risk assessments in sentences respect the right to due process? A critical analysis of the *Wisconsin v. Loomis ruling*», *Law, Probability and Risk* 17(1), pp. 45-53.

DE VRIES, K. (2013), «Privacy, due process and the computational turn. A parable and first analysis», en M. Hildebrandt y K. de Vries (eds.), *Privacy, Due Process and the Computational Turn. The philosophy of law meets the philosophy of technology*, Abingdon y Nueva York: Routledge, pp. 9-38.

DEAN, M. (1994), *Critical effective histories. Foucault's methods and historical sociology*, Londres y Nueva York: Routledge.

— 1996, «Putting the technological into government», *History of the Human Sciences* 9(3), 47-68.

— 1999a, *Governmentality: Power and Rule in Modern Society*, Londres: Sage.

— 1999b, «Risk, calculable and incalculable», en D. Lupton (ed.), *Risk and Sociocultural Theory. New Directions and Perspectives*, Cambridge: Cambridge University Press, pp. 131-159.

— 2002, «Powers of Life and Death Beyond Governmentality», *Cultural Values* 6 (1-2), pp. 119-138.

— 2012, «Governmentality Meets Theology: 'The King Reigns, but He Does Not Govern'», *Culture & Society* 29(3), pp. 145-158.

— 2013, *The Signature of Power: Sovereignty, Governmentality and Biopolitics*, Londres: Sage.

DEBORD, G. (1967), *La société du spectacle*, en G. Debord, *Œuvres*, París: Gallimard, 2006, pp. 764-859.

DEI VECCHI, D. (2013), «Acerca de la justificación de la prisión preventiva y algunas críticas frecuentes», *Revista de derecho (Valdivia)* XXVI(2), pp. 189-217.

DEL ROSAL, J. (1961), «Introducción sociológica al problema del estado de peligrosidad», *Anuario de Derecho penal y Ciencias penales* XIV(3), pp. 395-408.

DELAROV, E.d.R. (1854), *Des moyens de contenir las clases dangereuses*, París: Imprimerie Centrale des Chemins de Fer de Napoleón Chaix et Cie.

DELEUZE, G. (1974), *El Antiedipo. Capitalismo y esquizofrenia*, trad. F. Monge, Barcelona: Barral.

— 1990, «¿Qué es un dispositivo?», en VV.AA., *Michel Foucault, filósofo*, trad. A.L. Bixio, Barcelona: Gedisa, pp. 155-163.

— 1996, *L'Abécédaire de Gilles Deleuze*, programa de televisión (P.-A. Boutang y M. Parmart, dirs.), a partir de las entrevistas realizadas por C. Parnet en 1988-1989. «G como Gauche (izquierda)», disponible en: https://www.youtube.com/watch?v=c2r-HjICFJM

— 2002, *Diferencia y repetición*, trad. M. Silvia Delpy y H. Beccacece, Buenos Aires: Amorrortu (1ª. D. en francés, 1968).

— 2005, *Lógica del sentido*, trad. M. Morey y V. Molina, Barcelona: Paidós (1ª ed. en francés, 1969).

— 2007, *Dos regímenes de locos. Textos y entrevistas (1975-1995)*, trad. J.L. Pardo, Valencia: Pre-textos (1ª ed. en francés, 2003).

— 2014, *Conversaciones, 1972-1990*, trad. J.L. Pardo, 3ª ed., Valencia: Pre-textos (1ª ed. en francés, 1990).

DELEUZE, G. y GUATTARI, F. (2001), *¿Qué es la filosofía?*, trad. T. Kauf, Barcelona: Anagrama (1ª ed. en francés, 1991).

— 2008, *Mil mesetas. Capitalismo y esquizofrenia*, trad. J. Vázquez Pérez, Valencia: Pre-textos (1ª ed. en francés, 1980).

DEMETRIO CRESPO, E. (1997), «Análisis de los criterios de la individualización judicial de la pena en el nuevo Código Penal Español de 1995», *Anuario de derecho Penal y Ciencias Penales* L(1-3), pp. 323-362.

DENŒUX, T. (2000), «Modeling vague beliefs using fuzzy-valued belief structures», *Fuzzy Sets and Systems* 116(2), pp. 167-199.

DERRIDA, J. (2008), *Fuerza de Ley. El fundamento místico de la autoridad*, trad. A. Barberá y P. Peñalver Gómez, Madrid: Tecnos (1ª ed. en francés, 1994).

— 2010, *Seminario La bestia y el soberano. Volumen I (2001-2002)*, trad. C. de Peretti y D. Rocha, Buenos Aires: Manantial, (1ª ed. en francés, 2008).

DESOUZA, K.C. (2018), *Delivering Artificial Intelligence in Government. Challenges and Opportunities*, Washington, DC: IBM Center for The Business of Government.

DESROSIÈRES, A. (2004), *La política de los grandes números. Historia de la razón estadística*, trad. M.S. Nasi, Barcelona: Melusina (1ª ed. en francés, 1993).

DIAKOPOULOS, N. (2014), *Algorithmic Accountability Reporting: On the Investigation of Black Boxes*, Nueva York: Tow Center for Digital Journalism, Columbia Journalism School.

— 2016, «Accountability in Algorithmic Decision Making», *Communications of the ACM* 59(2), pp. 56-62.

DÍAZ GONZÁLEZ, G.M. (2020), «Algoritmos y actuación policial. La policía predictiva», en G.M. Díaz González y A.J. Huergo Lora (dirs.), *La regulación de los algoritmos*, Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters Aranzadi, pp.181-234.

DÍAZ SASTRE, C. (2011), «Las medidas de seguridad con la nueva reforma del Código Penal: la libertad vigilada como modalidad postpenitenciaria», *Revista de derecho y proceso penal* 25, pp. 46-56.

DÍEZ RIPOLLÉS, J.L. (2003), «El derecho penal simbólico y los efectos de la pena», en Arroyo Zapatero, L., Neumann, U. y Nieto Martín, A. (coords.), *Crítica y justificación del derecho penal en el cambio de siglo. El análisis crítico de la Escuela de Frankfurt*, Cuenca: Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, pp. 147-172.

— 2005, «De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: un debate desenfocado», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* 07-01, pp. 2-37.

DILLON, M. (1996), *Politics of Security. Towards a political philosophy of continental thought*, Londres y Nueva Yorlk: Routledge.

— 2003, «Virtual Security: A Life Science of (Dis)order», *Millennium* 32(3), pp. 531-558.

— 2007, «Governing through contingency: The security of biopolitical governance», *Political Geography* 26, pp. 41-47.

DILLON, M. y REID, J. (2001), «Global Liberal Governance: Biopolitics, Security and War», *Millennium* 30(1), pp. 41-66.

DOMÍNGUEZ FIGUEIRIDO, J.L y RODRÍGUEZ BASANTA, A. (2003), «Lógica actuarial, seguridad y sistema de justicia criminal», en C. da Agra, J.L. Domínguez, J.A. García Amado, P. Hebberecth y A. Recasens (dirs.), *La seguridad en la sociedad del riesgo: un debate abierto*, Barcelona: Atelier, pp. 329-51.

DONINI, L. (2003), «La relación entre derecho penal y política: método democrático y método científico», en Arroyo Zapatero, L., Neumann, U. y Nieto Martín, A. (coords.), *Crítica y justificación del derecho penal en el cambio de siglo. El análisis crítico de la Escuela de Frankfurt*, Cuenca: Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, pp. 69-98.

— 2006, «El derecho penal frente al 'enemigo'», en M. Cancio Melía y C. Gómez-Jara Díez (coords.), *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión. Vol. 1*, trad. M. Cancio Meliá y P. Faraldo Cabana, Buenos Aires: Edisofer, BdeF y Euros, pp. 603-684.

DONNELLY, M. (1990), «Sobre los diversos usos de la noción de biopoder», en E. Balbier, G. Deleuze, H.L. Dreyfus *et al*, *Michel Foucault, filósofo*, trad. A.L. Bixio, Barcelona: Gedisa, pp. 193-197.

DONZELOT, J. (2007), *La invención de lo social. Ensayo sobre la declinación de las pasiones políticas*, trad. H. Cardoso, Buenos Aires: Nueva Visión (1ª ed. en francés, 1994).

DORON, C.O. (2016), «The experience of 'risk'. Genealogy and transformations», en A. Burgess, A. Alemanno y J.O. Zinn (eds.), *Routledge Handbook of Risk Studies*, Abingdon y Nueva York: Routledge, pp. 17-26.

DORREGO DE CARLOS, A. (2004) (coord.), *Régimen jurídico de la prisión provisional Day*, Pozuelo de Alarcón (Madrid): Sepin.

DOSHI-VELEZ, F., KORTZ, M., BUDISH, R., BAVITZ, C., GERSHMAN, S., O'BRIEN, D., SCOTT, K.,SHIEBER, S., WALDO, J., WEINBERGER, D., WELLER, A. y WOOD, A. (2019), «Accountability of AI Under the Law: The Role of Explanation», *arXiv.org*, Cornell University, disponible en: https://arxiv.org/abs/1711.01134

DOUGLAS, M. (1990), «Risk as Forensic Resource», *Daedalus* 119(4), pp. 1-15.

— 1991, *Pureza y peligro. Un análisis de los conceptos de contaminación y tabú*, trad. E. Simons, Madrid: Siglo XXI.

— 1994, *Risk and Blame. Essays in Cultural Theory*, Londres: Routledge.

— 1996, *La aceptabilidad del riesgo según las ciencias sociales*, trad. V.A. Martínez, Barcelona: Paidós

DOUGLAS, M. y WILDAVSKY, A. (1983), *Risk and Culture. An Essay on the Selection of Technological and Eviromental Dangers*, Berkeley: University of California Press.

DOUGLAS, T., PUGH, J., SINGH, I., SAVULESCU, J. y FAZEL, S. (2017), «Risk assessment tools in criminal justice and forensic psychiatry: The need for better data», *European Psychiatry* 42, pp. 134-7.

DOURISH, P. (2016), «Algorithms and their others: Algorithmic culture in context», *Big Data & Society* 3(2), 1-11.

DRESSEL, J. y FARID, H. (2018), «The accuracy, fairness, and limits of predicting recidivism», *Sciences Advances* 4(1), pp. 1-5.

DREYER, S. y SCHULZ, W. (2019), *The General Data Protection Regulation and Automated Decision-making: Will it deliver. Potentials and limitations in ensuring the rights and freedoms of individuals, groups and society as a whole*, Gütersloh (Alemania): Bertelsmann Stiftung.

DREYFUS, H.L. (1990), «Sobre el ordenamiento de las cosas. El Ser y el Poder en Heidegger y en Foucault», en E. Balbier, G. Deleuze, H.L. Dreyfus *et al*, *Michel Foucault, filósofo*, trad. A.L. Bixio, Barcelona: Gedisa, pp. 87-103.

DREYFUS, H.L. y RABINOW, P. (1986), «What Is Maturity? Habermas and Fouacult on 'What Is Enlightenment?'», en Couzens, D. (ed.), *Foucault: a Critical Reader*, Oxford: Blackwell, pp. 109-121.

— 2001, *Michel Foucault: más allá del estructuralismo y la hermenéutica*, trad. R.C. Paredes, Buenos Aires: Nueva Visión (1ª ed. en inglés, 1982).

DUBBER, M.K. (2006), «Guerra y paz: derecho penal del enemigo y el modelo de potestad de supervisión policial del derecho penal estadounidense», en M. Cancio Melía y C. Góméz-Jara Díez (coords.), *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión. Vol. 1*, trad. C. Gómez-Jara Díez, Buenos Aires: Edisofer, BdeF y Euros, pp. 685-724.

DUCLOS, D. (1994), «Quand la tribu des modernes sacrifie au dieu risque (Mary Douglas et le risque comme concept culturel», *Deviance et Société* 18(3), pp. 345-64.

DUFF, R.A. (2010), «La criminalización de las puestas en peligro», *Anuario de Derecho penal y Ciencias penales*, LXIII(1), pp. 277-306.

DUPONT-BOUCHART, M.-S. (1986), «Stratégies du maintien de l'ordre en Belgique et en France au XIXe siècle: la doctrine de la défense sociale», en E. Volkmar Heyen (ed.), *Historische soziologie der rechtswissenschaft* (*Ius comune – Sonderhefte* 26), Frankfurt am main: Klostermann, pp. 79-105.

DURÁN MIGLIARDI, L. (2006), «El derecho penal del enemigo. Formulación y observaciones críticas en el contexto del debate sobre la modernización y expansión del derecho penal», en M. Cancio Melía y C. Góméz-Jara Díez (coords.), *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión. Vol. 1*, trad. B. Romero Flores, Buenos Aires: Edisofer, BdeF y Euros, pp. 725-756.

ECHEBURÚA, E., AMOR, P.J., LOINAZ, I. y DE CORRAL, P. (2010), «Escala de Predicción del Riesgo de Violencia Grave contra la pareja –Revisada– (EPV-R)», *Psicothema* 22(4), pp. 1054-1060.

ECK, J.E. y CLARKE, R.V. (2019), «Situational Crime Prevention: Theory, Practice and Evidence», en M.D. Krohn, N. Hendri, G.P. Hall y A.J. Lizotte (eds.), *Handbook on Crime and Deviance*, Cham (Suiza), Springer, pp. 355-376.

ECRI (ERUOPEAN COMMISSION AGAINST RACISM AND INTOLREANCE) (2018), *Informe de la ECRI sobre España (quinto ciclo de supervision)* CRI(2018)2, Estrasburgo: Consejo de Europa.

EDPS (EUROPEAN DATA PROTECTION SUPERVISOR) (2015), *Meeting the challenges of big data. A call for transparency, user control, data protection by design and accountability*, Opinion 7/2015, Bruselas, 19 de noviembre de 2015.

— 2016, *EDPS Opinion on coherent enforcement of fundamental rights in the age of big data*, Opinion 8/2016, Bruselas, 23 septiembre de 2016.

EDWARDS, L. y VEALE, M. (2017), «Slave to the algorithm? Why a 'right to an explanation' is probably not the remedy you are looking for», *Duke Law & Technology Review*, 16(1), pp. 18-84.

— 2018, «Ensalving the Algorithm: From a 'Right to an Explanation' to a 'Right to Better Decisions'?», *IEEE Security & Privacy* 16(3), pp. 46-54.

EFRON, E. (2003), «Bayesians, Frequentists, and Scientists», *Journal of the American Statistical Association* 100(469), pp. 1-5.

EGGERS, D., SCHATSKY, D. y VIECHNICKI, P. (2017), *AI-augmented government. Using cognitive technologies to redesign public sector work*, Nueva York: Deloitte University Press.

EHRLICH, E. (2005), «Sociología y Jurisprudencia», en E. Ehrlich, *Escritos sobre Sociología y Jurisprudencia*, trad. J.A. Gómez García, J.L. Muñoz de Baena y G. Robles Morchón, pp. 89-107 (1ª ed. en alemán, 1906).

ELEK, J.K., WARREN, R.K. y CASEY, P.M. (2015), *Using Risk and Needs Assessment Information at Sentencing: Observations from Ten Jurisdictions*, Williamsburg (Virginia, Estados Unidos): National Center for State Courts.

ELLIOTT, A. (2002), «Beck's Sociology of Risk: A Critical Assessment», *Sociology* 36(2), pp. 293-315.

ELLUL, J. (2003), *La edad de la técnica*, trad. J. Sirera Riu y J. León, Barcelona: Octaedro (1ª ed. en francés, 1954).

EMBID TELLO, A.E. (2010), *Precaución y derecho: el caso de los campos electromagnéticos*, Madrid: Iustel.

ERICSON, R.V. (2005), «Governing through risk and uncertainty», *Economy and Society* 34(4), pp. 659-672.

ERICSON, R.V. y A. DOYLE (2004), «Catastrophe risk, insurance and terrorism», *Economy and Society* 33(2), pp. 135-173.

ERICSON, R.V. y HAGGERTY, K.D. (1997), *Policing the Risk Society*, Oxoford: Oxoford University Press.

— 2002, «The Policing of Risk», en T. Baker y J. Simon, *Embracing Risk. The Changing Culture of Insurance and Responsability*, Chicago y Londres: The University of Chicago Press, pp. 238-272.

ERNST, C. (2020), «Artificial Intelligence and Autonomy: Self-Determination in the Age of Automated Systems», en T. Wischmeyer y T. Rademacher (eds.), *Regulating Artificial Intelligence*, Cham (Suiza): Springer, pp. 53-73.

ESBEC RODRÍGUEZ (2003), «Valoración de la peligrosidad criminal (riesgo-violencia) en psicología forense. Aproximación conceptual e histórica», *Psicopatología Clínica Legal y Forense* 3(2), pp.45-65.

ESTEVE PARDO, J. (1999), *Técnica, riesgo y derecho. Tratamiento del riesgo tecnológico en el derecho ambiental*, Barcelona: Ariel.

— 2002, *Autorregulación. Génesis y efectos*, Cizur Menor: Aranzadi.

— 2003, «De la policía administrativa a la gestión de riesgos», *Revista española de Derecho Administrativo* 119, pp. 323-46.

— 2005, «El derecho del medio ambiente como derecho de regulación y gestión de riesgos», en A. García Ureta (coord.), *Estudios de Derecho Ambiental europeo*, Pamplona: Lete Argitaletxea, pp. 45-61.

— 2006, «La intervención administrativa en situaciones de incertidumbre científica. El principio de precaución en materia ambiental», en J. Esteve Pardo (coord.), *Derecho del medio ambiente y Administración local*, Barcelona y Madrid: Fundación Democracia y Gobierno Local, pp. 201-212.

— 2009, *El desconcierto del Leviatán. Política y derecho ante las incertidumbres de la ciencia*, Madrid: Marcial Pons.

— 2012, «Convivir con el riesgo. La determinación del riesgo permitido», en E. Perez Alonso, E. Arana García, P. Mercado Pacheco y J.L. Serrano Moreno (eds.), *Derecho, globalización, riesgo y medio ambiente*, Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 275-302.

EWALD, F. (1985), «Justice, Égalité, Jugement», *Cahiers de philosophie politique et juridique de Caen* 8, pp. 219-244.

— 1986a, *L'État Providence*, París: Grasset&Fasquelle.

— 1986b, «Por un positivisme critique: Michel Foucault et la Philosophie du Droit», *Droits* 3, pp. 137-142.

— 1988, «Responsabilité et dangerosité», en F. Tulkens (rec.), *Généalogie de la défense sociale en Belgique (1880-1914)*, Bruselas: E. Story-Scientia, 309-19.

— 1990: «Norms, Discipline, and the Law», trad. y adapt. M. Véale, *Representations* 30, pp. 138-161.

— 1991, «Insurance and Risk», en G. Burchell, C. Gordon y P. Miller (eds.), *The Foucault Effect. Studies in Governmentality*, Chicago: The University of Chicago Press, pp. 197-210.

— 1993, «Two Infinities of Risk», en B. Massumi (ed.), *The Politics of Everyday Fear*, Minneapolis: University of Minesota Press, pp. 221-228.

— 1996a, *Historie de l'État Providence*, París: Grasset&Fasquelle.

— 1996b, «Philosophie de la précaution», *L'Année Sociologique* 46(2), pp. 383-412.

— 2001, «Philosophie politique du principe de précaution», en F. Ewald, C. Gollier y N. de Sadeleer, *Le principe de precaution*, París: Presses Universitaires de France, pp. 6-74.

— 2002, «The Return of Descartes's Malicious Demon: An Outline of a Philosophy of Precaution», en T. Baker y J. Simon, *Embracing Risk. The Changing Culture of Insurance and Responsability*, Chicago y Londres: The University of Chicago Press, pp. 272-301.

EWALD, F. y HARCOURT, B. (2015), «Situations du cours», en M. Foucault, *Théories et Institutions Pénales. Cours au Collège de France. 1971-1972*, París: Seuil/Gallimard, pp. 243-82.

EWALD, F., GOLLIER, C. y DE SADELEER, N. (2001), *Le principe de précaution*, París: Presses Universitaires de France (col. Que sais-je?).

FARALDO CABANA, P. (2008a), *Las prohibiciones de residencia, aproximación y comunicación en el derecho penal*, Valencia: Tirant lo Blanch.

— (2008b), «Estrategias actuariales en el control penal de la violencia de género», en F. Muñoz Conde (coord.), *Problemas actuales del Derecho penal y de la Criminología. Estudios penales en memoria de la Profesora Dra. María del Mar Díaz Pita*, Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 737-760.

FAT/ML (2016), *Principles for Accountable Algorithms and a Social Impact Statement for Algorithms*, disponible en: https://www.fatml.org/resources/principles-for-accountable-algorithms

FEARNLEY, L. (2005), «From Chaos to Controlled Disorder», *Anthropology of the Contemporary Research Collaboratory Working Paper* 5.

FEELEY, M. (1983), *Court Reform on Trial: Why Simple Solutions Fail*, Nueva York: Basic Books.

— 2004, «Actuarial justice and the modern state», en G. Bruinsma, H. Elffers y J. de Keijser (eds.), *Punishment, Places and Perpetrators. Developments in criminology and criminal justice research*, Abingdon y Nueva York: Routledge, pp. 62-77.

— 2006, «Origins of Actuarial Justice», en S. Armstrong y L. McAra (eds.), *Perspectives on Punishment. The Countours of Control*, Oxford: Oxford University Press, pp. 217-259.

FEELEY, M. y SIMON, J. (1992), «The new penology: notes on the emerging strategy for corrections», *Criminology* 30(4), pp. 449-75.

— 1994, «Actuarial justice: the emerging new criminal law», en D. Nelken (ed.), *The Futures of Criminology*, Londres: Sage, pp. 173-201.

— 2003, «The Form and Limits of the New Penology», en T.G. Blomberg y S. Cohen, *Punishment and Social Control*, Nueva York: Aldine de Gruyter, pp. 75-116.

FEELEY, M., SIMON, J., ZYSMAN, D. y SICARDI, M. (2019), «¿Una justicia actuarial? Entrevista a Malcolm Feeley y Jonathan Simon, por Diego Zysman y Mario Sicardi», *Delito y Sociedad* 47, pp. 127-152.

FEIJOO SÁNCHEZ, B.J. (2006), «Sobre la 'administrativización' del Derecho penal en la 'sociedad de riesgo': un apunte sobre la política criminal a principios del diglo XXI», en J. Díaz-Maroto y Villarejo (ed.), *Derecho y justicia penal en el siglo XXI: liber amicorum en homenaje al profesor Antonio González-Cuéllar García*, Madrid: Colex, pp. 137-176.

— 2007, «Individualización de la pena y teoría de la pena proporcional al hecho. El debate europeo sobre los modelos de determinación de la pena», *InDret: Revista para el Análisis del Derecho* 1, pp. 1-20.

— 2011, «La libertad vigilada en el derecho penal de adultos», en J. Díaz-Maroto y Vilarejo (dir.), *Estudios sobre las reformas del Código Penal (operadas por las LO 5/2010, de 22 de junio, y 3/2011, de 28 de enero)*, Madrid: Civitas, pp. 213-240.

FÉREZ-MANGAS, D. y ANDRÉS-PUEYO, A. (2018), «Eficacia predictive en la valoración del riesgo del quebrantamiento de permisos penitenciarios», *La Ley Penal* 134, pp. 1-14.

FERGUSON, A.G. (2015), «Big Data and Predictive Reasonable Suspicion», *University of Pennsylvania Law Review* 163(2), pp. 327-410.

— 2017, *The Rise of Big Data Policing. Surveillance, Race, and the Future of Law Enforcement*, Nueva York: New York University Press.

FERNÁNDEZ, E. (2005), «Estudios epidemiológicos (STROBE)», *Medicina clínica* 125(1), pp. 43-48.

FERNÁNDEZ, T.-R. (2015), «La discrecionalidad técnica: un viejo fantasma que se desvanece», *Revista de Administración Pública* 196, pp. 211-227.

FERNÁNDEZ GARCÍA, J. (2014), «Las variables de riesgo en la concesión de permisos ordinaries de salida», en J.R. Serrano-Piedecasas Fernández, F. Pérez Álvarez, C. Ventura Alameda y J. Fernández García (dirs.), *La cárcel. Una institución a debate*, Salamanca: Ratio legis, pp. 125-135.

FERNÁNDEZ-VILLAVERDE, J. (2020), «Simple Rules for a Complex World with Artificial Intelligence», *PIER Working Paper* 20/010, Penn Institute for Economic Research, University of Pennsylvania, disponible en: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3559378

FERRAJOLI, L. (1999), *Derechos y garantías. La ley del más débil*, trad. P. Andrés Ibáñez y A. Greppi, Madrid: Trotta.

FERRER, C. (2000), *Mal de ojo. Crítica de la violencia técnica*, Barcelona: Octaedro.

FERRER GARCÍA, A.Mª. (2016), «La prisión permanente revisable a revisión», en VV.AA., *La reforma del Código penal a debate*, Cuadernos Penales José María Lidón 12, Bilbao: Universidad de Deusto, pp. 13-39.

FERRI, E. (1908), *Sociología criminal. Tomo I*, trad. A. soto y Hernández, Madrid: Centro Editorial de Góngora (1ª ed. en italiano, 1884).

FIJNAUT, C. y MARX, G.T. (1995), «The Normalization of Undercover Policing in the West; Historical and Contemporary Perspectives», en C. Fijnaut y G.T. Marx (eds.), *Undercover. Police surveillance in comparative perspective*, La Haya: Kluwer Law International, pp. 1-27.

FINK, K. (2018), «Opening the government's black boxes: freedom of information and algorithmic accountability», *Information, Communication & Society* 21(10), pp. 1453-1471.

FISCALÍA DEL TRIBUNAL SUPREMO (1972), *Circulares relacionadas con la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social*, Madrid: Publicaciones Abella.

FITZPATRICK, P. (2013), «Foucault's other law», en B. Golder (ed.), *Re-reading Foucault: On Law, Power and Rights*, Abingdon y Nueva York: Routledge, pp. 39-63.

FLOUD, J. (1982), «Dangerousness and Criminal Justice», *The British Journal of Criminology* 22(3), pp. 213-228.

FLOUD, J. y YOUNG, W. (1981), *Dangerousness and Criminal Justice*, Londres: Heilmann.

FORO EUROPEO PARA LA SEGURIDAD URBANA (1995), *Nuevas formas de criminalidad urbana, nuevas formas de justicia*, redacción C. Vourc'h y M. Marcus, Barcelona: Foro Europeo para la Seguridad Urbana.

FORREST, K.B. (2021), *When Machines Can Be Judge, Jury, And Executioner: Justice In The Age of Actuarial Intelligence*, Singapur: World Scientific Publishing.

FOUCAULT, M. (1963a), *Naissance de la clinique. Une archéologie du regard médical*, en M. Foucault, *Œuvres. Vol. I*, París: Gallimard, 2015,pp. 671-902.

— 1963b, «Préface à la transgresión», en D. Defert y F. Ewald (dirs.), *Dits et Écrits*, vol. I, París: Gallimard, 2001 (2ª ed.), §13, pp. 261-278.

— 1964, «Notice historique», en D. Defert y F. Ewald (dirs.), *Dits et Écrits*, vol. I, París: Gallimard, 2001 (2ª ed.), §19, pp. 316-321.

— 1966, *Les mots et les choses. Une archéologie des sciences humaines*, en M. Foucault, *Œuvres. Vol. I*, París: Gallimard, 2015, pp. 1033-1459.

— 1968, «Réponse à une question», en D. Defert y F. Ewald (dirs.), *Dits et Écrits*, vol. I, París: Gallimard, 2001 (2ª ed.), §58, pp. 701-723.

— 1969, *L'archéologie du savoir*, en M. Foucault, *Œuvres. Vol. II*, París: Gallimard, 2015, pp. 1-224.

— 1971, *L'ordre du discours: leçon inaugurale au Collège de France prononcée le 2 décembre 1970*, en M. Foucault, *Œuvres*. *Vol. II*, París: Gallimard, pp. 225-259.

— 1972a, *Histoire de la folie à l'âge Classique. Suivi de Mon corps, ce papier, ce feu et La folie, l'absence d'œuvre*, en M. Foucault, *Œuvres. Vol. I*, París: Gallimard, 2015, pp. 1-669 (1ª ed., 1961).

— 1972b, «Table ronde (entretien avec J.-M. Domenach, J. Donzelot, J. Julliard, P. Meyer, R, Pucheu, P. Thibaud, J-R. Tréanton, P. Virilio)», en D. Defert y F. Ewald (dirs.), *Dits et Écrits*, vol. I, París: Gallimard, 2001 (2ª ed.), §107, pp. 1184-1207.

— 1974, «La vérité et les formes juridiques», en D. Defert y F. Ewald (dirs.), *Dits et Écrits*, vol. I, trad. P.-W. Prado Jr., París: Gallimard, 2001 (2ª ed.), §139, pp. 1406-1514.

— 1975a, *Surveiller et punir. Naissance de la prion*, en M. Foucault, *Œuvres. Vol. II*, París: Gallimard, 2015, pp. 261-613.

— 1975b, «Pouvoir et corps», en D. Defert y F. Ewald (dirs.), *Dits et Écrits*, vol. I, París: Gallimard, 2001 (2ª ed.), §157, pp. 1622-1628.

— 1976a, *Histoire de la sexualité. 1.La volonté de savoir*, en F. Gros (dir.), *Michel Foucault. Œuvres. Vol II*, París: Gallimard (Bibliotèque de la Pléiade), 2015, pp. 615-736.

— 1976b, «L'extension sociale de la norme», en D. Defert y F. Ewald (dirs.), *Dits et Écrits*, vol. II, París: Gallimard, 2001 (2ª ed.), §173, pp. 74-79.

— 1977a, «Entretien avec Michel Foucault», en D. Defert y F. Ewald (dirs.), *Dits et Écrits*, vol. II, trad. C. Lazzeri, París: Gallimard, 2001 (2ª ed.), §192, pp. 140-160.

— 1977b, «Les rapports de pouvoir passent à l'intérieur des corps», en D. Defert y F. Ewald (dirs.), *Dits et Écrits*, vol. II, París: Gallimard, 2001 (2ª ed.), §197, pp. 228-236.

— 1977c, «Le jeu de Michel Foucault», en *Dits et Écrits*, vol. II, París: Gallimard, 2001 (2ª ed.), §206, pp. 298-329.

— 1977d, «Le pouvoir, une bête magnifique; entretien avec M. Osorio», en D. Defert y F. Ewald (dirs.), *Dits et Écrits*, vol. II, trad. M. Osorio, París: Gallimard, 2001 (2ª ed.), §212, pp. 368-382.

— 1977e, «Pouvoirs et stratégies», en D. Defert y F. Ewald (dirs.), *Dits et Écrits*, vol. II París: Gallimard, 2001 (2ª ed.), §218, pp. 418-428.

— 1978a, «About the Concept of the 'Dangerous Individual' in 19th Century Legal Psychiatry (L'evolution de la notion *d'individu dangereux* dans la psychiatrie légale du XIXe siècle», en D. Defert y F. Ewald (dirs.), *Dits et Écrits*, vol. II, París: Gallimard, 2001 (2ª ed.), §220, pp. 443-463.

— 1978b, «La société disciplinaire en crise», en D. Defert y F. Ewald (dirs.), *Dits et Écrits*, vol. II, París: Gallimard, 2001 (2ª ed.), §231, pp. 532-534.

— 1978c, «Sexualité et pouvoir», en D. Defert y F. Ewald (dirs.), *Dits et Écrits*, vol. II, París: Gallimard, 2001 (2ª ed.), §233, pp. 552-570.

— 1978d, «La scène de la philosophie», en D. Defert y F. Ewald (dirs.), *Dits et Écrits*, vol. II, París: Gallimard, 2001 (2ª ed.), §234, pp. 571-595.

— 1978e, «La gouvernementalité», en D. Defert y F. Ewald (dirs.), *Dits et Écrits*, vol. II, París: Gallimard, 2001 (2ª ed.), §239, pp. 635-657.

— 1980a, *Power/Knowledge. Selected Interviews and Other Writings. 1972-1977*, ed. C. Gordon, trads. C. Gordon, L. Marshall, J. Mepham y K. Soper, Nueva York: Pantheon Books.

— 1980b, «La poussière et le nuage», en D. Defert y F. Ewald (dirs.), *Dits et Écrits*, vol. II, París: Gallimard, 2001 (2ª ed.), §277, pp. 829-838.

— 1980c, «Table ronde du 20 mai 1978», en D. Defert y F. Ewald (dirs.), *Dits et Écrits*, vol. II, París: Gallimard, 2001 (2ª ed.), §278, pp. 839-853.

— 1980d, «Postface», en D. Defert y F. Ewald (dirs.), *Dits et Écrits*, vol. II, París: Gallimard, 2001 (2ª ed.), §279, pp. 854-856.

— 1980e, «Entretien avec Michel Foucault», en D. Defert y F. Ewald (dirs.), *Dits et Écrits*, vol. II, París: Gallimard, 2001 (2ª ed.), §281, pp. 860-914.

— 1980f, «Du gouvernement des vivants», en D. Defert y F. Ewald (dirs.), *Dits et Écrits*, vol. II, París: Gallimard, 2001 (2ª ed.), §289, pp. 944-948.

— 1981, «'Omnes et singulatim': vers une critique de la raison politique», en D. Defert y F. Ewald (dirs.), *Dits et Écrits*, vol. II, trad. P.-E. Dauzat, París: Gallimard, 2001 (2ª ed.), §291, pp. 953-980.

— 1982, «Le sujet et le pouvoir», en D. Defert y F. Ewald (dirs.), *Dits et Écrits*, vol. II, trad. F. Durand-Bogaert, París: Gallimard, 2001 (2ª ed.), §306, pp. 1041-1062.

— 1983, «Structuralisme et postestructuralisme; entretien avec G. Raulet», en D. Defert y F. Ewald (dirs.), *Dits et Écrits*, vol. II, París: Gallimard, 2001 (2ª ed.), §330, pp. 1250-1276.

— 1984a, «Qu'est-ce que les Lumières», en D. Defert y F. Ewald (dirs.), *Dits et Écrits*, vol. II, París: Gallimard, 2001 (2ª ed.), §339, pp. 1381-1397.

— 1984b, «Préface à l'Histoire de la sexualité», en D. Defert y F. Ewald (dirs.), *Dits et Écrits*, vol. II, París: Gallimard, 2001 (2ª ed.), §340, pp. 1397-1403.

— 1984c, «Qu'est-ce que les Lumières», en D. Defert y F. Ewald (dirs.), *Dits et Écrits*, vol. II, París: Gallimard, 2001 (2ª ed.), §351, pp. 1498-1507.

— 1984d, «L'éthique du souci de soi comme practique de la liberté», en D. Defert y F. Ewald (dirs.), *Dits et Écrits*, vol. II, París: Gallimard, 2001 (2ª ed.), §356, pp. 1527-1548.

— 1988, «Les techniques de soi», en D. Defert y F. Ewald (dirs.), *Dits et Écrits*, vol. II, trad. F. Durand-Bogaert, París: Gallimard, 2001 (2ª ed.), §363, pp. 1602-1532.

— 1990, «Qu'est-ce que la critique? (Critique et Aufklarung)», *Bulletin de la Société française de Philosophie* 2, pp. 35-63. [«¿Qué es la crítica?», *Daimon: Revista de Filosofía* 11, 1995, 5-25].

— 1991, «Questions of method», en G. Burchell, C. Gordon y P. Miller (eds.), *The Foucault Effect. Studies in Governmentality*, Chicago: The University of Chicago Press, pp. 73-86 (edición original del texto, 1980).

— 1998, «'Polemics, politics and problematizations'. Interview by P. Rabinow, May 1984», en M. Foucault, *Essential Works of Foucault*, vol. 1, ed. P. Rabinow, trad. L. Davis, Nueva York: The New Press. Disponible en: http://foucault.info/foucault/interview.html (acceso 22 de octubre de 2016).

— 1999, *Les anormaux. Cours au Collège de France 1974-1975*, París: Gallimard.

— 2001a, *Herméneutique du sujet. Cours au Collège de France 1981-1982*, París: Gallimard.

— 2001b, *Yo, Pierre Rivière, habiendo degollado a mi madre, a mi hermana y a mi hermano… Un caso de parricidio del siglo XIX*, trad. J. Vinyoli, Barcelona: Tusquets (1ª ed. en francés, 1973).

— 2004a, *Sécurité, territoire, population. Cours au Collège de France 1977-1978*, París: Gallimard.

— 2004b, *Naissance de la biopolitique. Cours au Collège de France 1978-1979*, París: Gallimard.

— 2008a, *Le gouvernement de soi et des autres: cours au Collège de France, 1982-1983*, París: Seuil/Gallimard.

— 2008b, *Introduction à l'Anthropologie de Kant. Suivie de sa traduction de l'Anthropologie d'un point de vue pragmatique*, París: Librairie Philosophique J. Vrin, 2008.

— 2009, *Le Courage de la verité. Le gouvernement de soi et des autres II. Cours au Collège de France. 1984*, París: Seuil/Gallimard.

— 2012a, *Il faut défendre la société. Cours au Collège de France 1975-1976*, Le Foucault Électronique (edition numérique).

— 2012b, *Du gouvernement des vivants. Cours au Collège de France. 1979-1980*, París: Seuil/Gallimard.

— 2012c, *Mal faire, dire vrai. Fonction de l'aveu en justice. Course de Louvain, 1981*, ed. A cargo de F. Brion y B.E. Harcourt, Lovaina: Presses universitaires de Louvain.

— 2013, *La société punitive. Cours au Collège de France. 1972-1973*, París: Gallimard.

— 2015, *Théories et institutions pénales. Cours au Collège de France. 1971-1972*, París: Seuil/Gallimard.

FOUCAULT, M., SIMON, J. y ELDEN, S. (2017), «Danger, Crime and Rights: A Conversation between Mihel Foucault y Jonathan Simon», *Theory, Culture & Society* 34(1), pp. 3-27.

FRA (EUROPEAN UNION AGENCY FOR FUNDAMENTAL RIGHTS) (2018), *#BigData: Discrimination in data-supported decision making*, Viena (Austria): Publications OFFICE of the European Union.

FRAILE, P. (1987), *Un espacio para castigar. La cárcel y la ciencia penitenciaria en España (siglos XVIII-XIX)*, Barcelona: Ediciones del Serbal.

FRANK, M. (1990), «Sobre el concepto de discurso en Foucault», en VV.AA., *Michel Foucault, filósofo*, trad. A.L. Bixio, Barcelona: Gedisa, pp. 107-115.

FREEMAN, K. (2016), «Algorithmic Injustice: How the Wisconsin Supreme Court Failed to Protect Due Process Rights in State v. Loomis», *North Carolina Journal of Law & Technology* 18(5), pp. 75-106.

FRIEDMAN, M. y KANDEL, A. (1999), *Introduction to Pattern Recognition. Statistical, Structural, Neural and Fuzzy Logic Approaches*, Londres: Imperial College Press.

FROMM, E. (1962), *Marx y su concepto de hombre*, trad. J. Campos, México D.F.: Fondo de Cultura Económica (1ª ed. en inglés, 1961).

FRONTEX (2013), *Modelo común integrado de análisis de riesgos*, Varsovia: Agencia europea para la gestion de la cooperación operative en las fronteras exteriors de los Estados miembros de la Unión Europea.

— 2019a, *Estrategia técnica y operativa de gestion europea integrada de las fronteras*, Varsovia: Agencia Europea de la Guardia de Fronteras y Costas.

— 2019b, *Documento único de programación 2020-2022*, Varsovia: Agencia Europea de la Guardia de Fronteras y Costas.

— 2020, *Informe annual de actividades consolidado 2019*, Varsovia: Agencia Europea de la Guardia de Fronteras y Costas.

— 2021a, *2020 en resumen*, Luxemburgo: Oficina de Publicaciones de la Unión Europea.

— 2021b, *Risk analysis for 2021*, Luxemburgo: EU Publications Office.

GABINETE DE COORDINACIÓN Y ESTUDIOS DE LA SECRETARÍA DE ESTADO DE SEGURIDAD (2018), *La valoración policial del riesgo de violencia contra la mujer pareja en España. VioGén, Sistema de seguimiento Integral en los casos de violencia de género*, Madrid: Secretaría General Técnica del Ministerio del Interior.

GALTON, F. (1883), *Inquiries into Human Faculty and its Development*, Londres: Macmillan and Co.

GARCÍA AMADO, J.A. (2003), «Sociología sistémica y política legislativa», en Gómez-Jara Díez, C. (ed.), *Teoría de sistemas y derecho penal. Fundamentos y posibilidades de aplicación*, Granada: Comares, pp. 155-173.

— 2010, «Riesgo y Derecho penal. Sobre presupuestos constitutivos del Derecho penal en el Estado de Derecho», en J.R. Serrano-Piedecasas Fernández y E. Demetrio Crespo (dirs.), *Terrorismo y Estado de Derecho. Seminario Internacional de Derecho Comparado (Toledo)*, Madrid: Iustel, pp. 81-106.

GARCÍA AÑÓN, J., BRADFORD, B., GARCÍA SAEZ, J.A., GASCÓN CUENCA, A. y LLORENTE FERRERES, A. (2013), *Identficación policial por perfil étnico en España. Informe sobre experiencias y actitudes en relación con las actitudes policiales*, Valencia: Tirant lo Blanch.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E. Y FERNÁNDEZ, T.-R. (1981), *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo II, Madrid: Civitas (2ª ed.).

GARCÍA FANLO, L. (2011), «¿Qué es un dispositivo?: Foucault, Deleuze, Agamben», *A Parte Rei. Revista de Filosofía* 74, pp. 1-8.

GARCÍA GARCÍA, S., y ÁVILA CANTOS, D. (coords.) (2015), *Enclaves de riesgo. Gobierno neoliberal, desigualdad y control social*, Madrid: Traficantes de Sueños.

GARCÍA GARCÍA, S., FERNÁNDEZ BESA, C. y MENDIOLA, I. (2020), «El giro preventivo de lo policial. Presentación», *Crítica Penal y Poder* 19, pp. 1-19.

GARCÍA RIVAS, N. (2011), «La libertad vigilada y el Derecho penal de la peligrosidad», *Revista General de Derecho Penal* 16, pp. 1-27.

— 2013, «La regulación de la libertad vigilada en la LO 5/2010», en R. Rebollo Vargas y F. Tenorio Tagle (eds.), *Derecho penal, Constitución y derechos*, Barcelona: Bosch, pp. 137-140.

— 2017, «Razones para la inconstitucionalidad de la prisión permanente revisable», *La Ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario* 128.

GARCÍA SELGAS, F.J. (2020), «El objeto de la tecnociencia como relacionalidad constitutiva», *Política y Sociedad* 57(2), pp. 459-478.

GARLAND, D. (1985), *Punishment and Welfare. A History of Penal Strategies*, Burlington (Vermont, EE.UU.): Ashgate.

— 1996, «The Limits of the Sovereign State. Strategies of Crime Control in Contemporary Society», *The British Journal of Criminology* 36(4), pp. 445-471.

— 1998, «Les contradictions de la 'societé punitive': le cas britannique», *Actes de la Recherche en Sciences Sociales* 124, pp. 49-67.

— 1999, *Castigo y sociedad moderna: un estudio de teoría social*, trad. B. Ruiz de la Concha, México: Siglo XXI (1ª ed. en inglés, 1990).

— 2001, *La cultura del control: crimen y orden social en la sociedad contemporánea*, trad. M. Sozzo, Barcelona: Gedisa.

— 2003a, «The rise of risk», en Ericson, R.V. y Doyle, A. (eds.), *Risk and Morality*, Toronto: University of Toronto Press, pp. 48-86.

— 2003b, «Penal Modernism and Postmodernism», en T.G. Blomberg y S. Cohen (eds.), *Punishment and Social Control*, Nueva York: Aldine de Gruyter, pp. 45-73.

GAROFALO, R. (1890?), *La criminología: estudio sobre el delito y sobre la teoría de la represión*, trad. P. Dorado Montero, Madrid: La España Moderna (1ª ed. en italiano, 1885).

GARRIDO FALLA, F. (1959), «Los medios de la policía y la teoría de las sanciones administrativas», *Revista de Administración Pública* 28, pp. 11-50.

GARZÓN REAL, B. y MANJÓN-CABEZA, A. (1991), «Reincidencia y Constitución», *Actualidad Penal* 11, pp. 1-13.

GAULT, R.H. (1915), «The Parole System: A Means of Protection», *Journal of the American Institute of Criminal Law and Criminology* 5(6), pp. 799-806.

GIDDENS, A. (1994), *Consecuencias de la modernidad*, trad. A. Lizón Ramón, Madrid: Alianza.

— 1995, *Modernidad e identidad del yo. El yo en la época contemporánea*, trad. José Luis Gil Aristu, Barcelona: Península.

— 1997, «Vivir en una sociedad postradicional», en U. Beck, A. Giddens y S. Lash, *Modernización reflexiva. Política, tradición y estética en el orden social moderno*, trad. J. Alborés, Madrid: Alianza, pp. 75-136.

— 2014, *Sociología*, trad. F. Muñoz de Bustillo, Madrid: Alianza, 6ª ed. (1ª ed. en inglés, 2009).

GILLESPIE, T. (2014), «The Relevance of Algorithms», en T. Gillespie, P.J. Boczowski y A. Foot (eds.), *Media Technologies: Essays on Communication, Materiality, and Society*, Cambridge: The MIT Press, pp. 167-193.

GILLIS, T. (2020), «False dreams of algorithmic fairness: the case of credit pricing», disponible en https://ssrn.com/abstract=3571266

GIMENO SENDRA, V. (1997), «La prisión provisional y derecho a la libertad», en M. Barbero Santos (coord.), *Prisión provisional, detención preventive y derechos fundamentals: seminario internacional, Toledo, 2 a 5 de octubre de 1996*, Cuenca: Servicio de Publicaciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, pp. 141-154.

GIULIANI, A. (1955), «¿Ciencia o técnica del derecho?», trad. S. del Campo Urbano, *Anuario de Filosofía del Derecho* 3, pp. 245-282.

GLASER, D. (1954), «A reconsideration of some parole prediction factors», *American Sociological Review* 19(3), pp. 335-341.

GLUECK, S. y GLUECK, E.T. (1950), *Unraveling Juvenile Delinquency*, Nueva York: Commonwealth Fund.

GOLDER, B. y FITZPATRICK, P. (2009), *Foucault's Law*, Nueva York y Abingdon: Routledge.

— 2010, «The Laws of Michel Foucault», en B. Golder y P. Fitzpatrick (eds.), *Foucault and Law*, Farnham y Burlington: Ashgate, pp. xi-xxvi.

GÓMEZ, C. (2018), «Pensar el 'objeto digital' desde la noción de 'objeto técnico' en la obra *El modo de existencia de los objetos técnicos* de Gilbert Simondon», *IV Jornadas Filosófica Universidad Industrial de Santander*, Bucaramanga (Colombia), disponible en: https://www.researchgate.net/project/Ontology-of-digital-objects

GÓMEZ GARCIA, J.A. (2005), «*Derecho y vida* y *derecho vivo* en el pensamiento iusfilosófico de Eugen Ehrlich», en E. Ehrilch, *Escritos sobre Sociología y Jurisprudencia*, Madrid: Marcial Pons, pp. 11-25.

GÓMEZ LÓPEZ, Mª.R. y RODRÍGUEZ MORO, L. (2015), «Los permisos ordinarios de salida: antecedentes, regulación vigente y reflexiones críticas», *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña* 19, pp. 391-414.

GONZÁLEZ-ÁLVAREZ, J.L., SANTOS-HERMOSO, J. y CAMACHO-COLLADOS, M. (2020), «Policía predictiva en España. Aplicación y retos futuros», *Behavior & Law Journal* 6(1), pp. 26-41.

GONZÁLEZ SÁNCHEZ, I. (2021), *Neoliberalismo y castigo*, Manresa: Bellaterra.

GONZÁLEZ TASCÓN, Mª.M. (2016), «Regulación legal de la pena de prisión permanente revisable», *Revista de derecho y proceso penal* 41, pp. 91-138.

GOODMAN, B. y FLAXMAN, S. (2017), «European Union regulations on algorithmic decision-making and a 'right to explanation'», *AI Magazine* 38(3), pp. 50-7.

GORDON, C. (1980), «Afterword», en M. Foucault, *Power/Knowledge. Selected Interviews and Other Writings 1978-1977 (edited by C. Gordon)*, Nueva York: Pantheon Books, pp. 229-258.

— 1986, «Question, Ethos, Event: Foucault on Kant and Enlightenment», *Economy and Society* 15(1), pp. 71-87.

— 1987, «The Soul of the Citizen: Max Weber and Michel Foucault on Rationality and Government», en Lash, S. y S. Whimster, *Max Weber, Rationality and Modernity*, Londres: Allen&Unwin, pp. 293-316.

— 1991, «Governmental Rationality: An Introduction», en G. Burchell, C. Gordon y P. Miller (eds.), *The Foucault Effect. Studies in Governmentality*, Chicago: The University of Chicago Press, pp. 1-51.

— 2013, «Expelled questions: Foucault, the Left and the law», en B. Golder (ed.), *Re-reading Foucault: On Law, Power and Rights*, Abingdon y Nueva York: Routledge, pp. 13-38.

GOVERNMENT OFFICE FOR SCIENCE (2015), *Artificial intelligence: opportunities and implications for the future of decision making*, Gobierno de Gran Bretaña, Londres.

GRACIA MARTÍN, L. (1999), «Culpabilidad y peligrosidad criminal en el delito de violencia doméstica», en Cerezo Mir, J., Suárez Montes, R.F., Beristain Ipiña, A. y Romeo Casabona, C.M. (eds.), *El nuevo Código Penal: presupuestos y fundamentos. Libro Homenaje al Profesor Doctor Don Ángel Torío López*, Granada: Comares, pp. 773-789.

— 2003, *Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del derecho penal y para la crítica del discurso de resistencia*, Valencia: Tirant lo Blanch.

GREENWOOD, P.W. y ABRAHAMSE, A. (1982), *Selective Incapacitation*, Santa Mónica (California, EE.UU.): The RAND Corporation.

GREENWOOD, P.W. y TURNER, S. (1987), *Selective Incapacitation Revisited. Why the High-Rate Offenders Are Hard to Predict*, Santa Mónica (California, EE.UU.): The RAND Corporation.

GRUPO DE TRABAJO SOBRE PROTECCIÓN DE DATOS DEL ART. 29 (UNIÓN EUROPEA) (2018), *Directrices sobre decisiones individuales automatizadas y elaboración de perfiles a los efectos del Reglamento 2016/679*, adoptadas el 3 de octubre de 2017, revisadas por última vez y adoptadas el 6 de febrero de 2018, Bruselas: Dirección General de Justicia de la Comisión Europea.

GUARDIOLA LOZANO, A. (dir.) (1990), *Manual de introducción al seguro*, Madrid: Editorial Mapfre, S.A.

GUATTARI, F. (1990), *Las tres ecologías*, trad. J. Vázquez Pérez y U. Larraceleta, Valencia: Pre-textos.

GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, F. (2010), «Infracción al ordenamiento de la UE con la pena de alejamiento forzoso e ineludible a la víctima: sobre la cuestión de prejudicialidad susctiada por la Sección 4ª de la Audiencia Provincial de Tarragona», *Revista General de Derecho Europeo* 21, pp. 1-31.

GUERRA DÍAZ, L. (2020), «La pena de prisión permanente revisable», *Diálogos jurídicos: Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Oviedo* 5, pp. 171-186.

GURVITCH, G. (2001), *Los fundadores de la sociología contemporánea. Saint-Simon, Comte, Proudhon, Marx, Spencer*, trad. A. Goutman e H. Sito, Barcelona: Hacer.

GUTIÉRREZ CABRIA, S. (1985), «El qué de la probabilidad», *Trabajos de estadística y de investigación operativa* 36(3), pp. 185-197.

GUTWIRTH, S., DE HERT, P. y de SUTTER, L. (2008), «The Trouble with Technology Regulation: Why Lessig's 'Optimal Mix' Will Not Work», en R. Brownsword y K. Yeung (eds.), *Regulating Technologies. Legal Futures, Regulatory Frames and Technological Fixes*, Oxford: Hart Publishing, pp. 193-218.

GUZIK, K. (2009), «Discrimination by Design: predictive data mining as security practice in the United States' war on terrorism», *Surveillance & Society* 7(1), pp. 1-17.

HABA, E.P. (1995), «Sobre el derecho como 'técnica' o 'tecnología'. Apostillas a una polémica entre dos visiones cientificistas sobre las posibilidades del discurso jurídico», *Doxa: Cuadernos de filosofía del derecho* 17-18, pp. 491-498.

HABERMAS, J. (1986), «Taking Aim at the Heart of the Present», en D. Couzens (ed.), *Foucault: a Critical Reader*, Oxford: Blackwell, pp. 103-108.

— 1997, *Ensayos políticos*, trad. R. García Cotarelo, Barcelona: Península (textos originales en alemán).

— 1988a, *Teoría de la acción comunicativa I. Racionalidad de la acción y racionalización social*, trad. M. Jiménez Redondo, Madrid: Taurus (1ª ed. en alemán, 1981).

— 1988b, *Teoría de la acción comunicativa II. Crítica de a razón funcionalista*, trad. M. Jiménez Redondo, Madrid: Taurus (1ª ed. en alemán, 1981).

— 1989, *El discurso filosófico de la modernidad (Doce lecceiones)*, trad. M. Jiménez Redondo, Madrid: Taurus (1ª ed. en alemán, 1985).

— 1998, *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de la teoría del discurso*, trad. M. Jiménez Redondo, Madrid: Trotta (1ª ed. en alemán, 1992).

HACKING, I. (1991), *La domesticación del azar. La erosión del determinismo y el nacimiento de las ciencias del caos*, trad. A.L. Bixio, Barcelona: Gedisa (1ª edición en inglés, 1990).

— 1995, *El surgimiento de la probabilidad. Un estudio filosófico de las ideas tempranas acerca de la probabilidad, la inducción y la inferencia estadística*, trad. J.A. Álvarez, Barcelona: Gedisa.

HAGERSTRAND, T. (1988), «Time and Culture», en G. Kirsh, P. Nijkamp y K. Zimmermann (eds.), *The Formulation of Time Preferences in a Multidisciplinary Perspective*, Londres: Gower Press, pp. 33-42.

HAJER, M.A. (1997), *The politics of enviromental discourse: ecological modernization and the policy process*, Oxford: Clarendon Press.

HAKEEM, M. (1948), «The Validity of the Burgess Method of Parole Prediction», *American Journal of Sociology* 53(5), pp. 376-386.

HANNAH-MOFFAT, K. (1999), «Moral Agent or Actuarial Subject: Risk and Canadian Women's Imprisonment», *Theoretical Criminology* 3, pp. 71-94.

— 2005, «Criminogenic needs and the transformative risk subject. Hybridizations of risk/need in penality», *Punishment & Society* 7(1), pp. 29-51.

— 2019, «Algorithmic risk governance: Big data analytics, race and information activism in criminal justice debates», *Theoretical Criminology* 23(4), pp. 453-470.

HANSON, R.K. (1997), *The Development of a Brief Actuarial Risk Scale for Sexual Offense Recidivism*, Ottawa (Canadá): Department of the Solicitor General of Canada.

HANSON, R.K. Y THORNTON, D. (1999), *Static 99: Improving Actuarial Risk Assessments for Sex Offenders*, Ottawa (Canadá): Department of the Solicitor General of Canada.

— 2000, «Improving Risk Assessments for Sex Offenders: A Comparison of Three Actuarial Scales», *Law and Human Behavior* 24(1), pp. 119-136.

HANSSON, S.O. (2012), «A Panorama of the Philosophy of Risk», en S. Roeser, R. Hillerbrand, P. Sandin y M. Peterson (eds.), *Handbook of Risk Theory. Epistemology, Decision Theory, Ethics, and Social Impications of Risk*, Londres y Nueva York: Srpinger, pp. 27–54.

HARCOURT, B. (2007a), *Against Prediction. Profiling, Policing and Punishing in and Actuarial Age*, Chicago: University of Chicago Press.

— 2007b, «An Answer to the Question: 'What Is Poststructuralism?'», *Public Law and Legal Theory Working Paper No. 156*, Chicago: University of Chicago.

— 2008, «A reader's companion to Against Prediction: A Reply to Ariela Gross, Yoram Mrgalioth and Yoav Sapir on Economic Modeling, Selective Incapacitation, Governmentality, and Race», *Law&Social Inquiry* 33(1), pp. 265-283.

— 2011a, «Surveiller et punir à l'âge actuariel. Généalogie et critique», trad. M. Lang, *Déviance et Société* 35(1), pp. 5-33.

— 2011b, «Surveiller et punir à l'âge actuariel. Généalogie et critique (Partie II)», trad. M. Lang, *Déviance et Société* 35(2), pp. 163-194.

HARDIE, M. (2007), «Deleuze: 'Had I not done philosophy I would have done law'», *International Journal for the Semiotics of Law* 20(1), pp. 81-106.

HARDT, M. (2014), «How big data is unfair. Understanding unintended sources of unfairness in data driven decision making», *Medium*, 26 de septiembre de 2014, disponible en: https://medium.com/@mrtz/how-big-data-is-unfair-9aa544d739de

HARDT, M. y NEGRI, T. (2011), *Commonwealth. El Proyecto de una revolución del común*, trad. R. Sánchez Cedillo, Madrid: Akal (1ª ed. en inglés, 2009).

HARRIS, D.A. (2020), «Racial Profiling: Past, Present, and Future?», *Criminal Justice Magazine* (American Bar Association, Criminal Justice Section) 34(4), https://www.americanbar.org/groups/criminal_justice/publications/criminal-justice-magazine/2020/winter/racial-profiling-past-present-and-future/

HARRIS, G.T., RICE, M.E. y QUINSEY, V. (1993), «Violent Recidivism of Mentally Disordered Offenders. The Development of a Statistical Prediction Instrument», *Criminal Justice and Behavior* 20(4), pp. 315-335.

HART, H. (1923), «Predicting Parole Success», *Journal of the American Institute of Criminal Law and Criminology* 41(3), 1923, pp. 405-413.

HART, S.D. y COOKE, D.J. (2013), «Another Look at the (Im-)Precision of Individual Risk Estimates Made Using Actuarial Risk Assessment Instruments», *Behavioral Sciences and the Law* 31, pp. 81-102.

HASSEMER, W. (1982), «Fines de la pena en el derecho penal de orientación científico-social», en S. Mir Puig (ed.), *Derecho penal y ciencias sociales*, Barcelona: Bellaterra, trad. Mª.T. Castiñeira, pp. 117-139.

— 1999, *Persona, mundo y responsabilidad. Bases para una teoría de la imputación en Derecho Penal*, trad. F. Muñoz Conde y Mª. M. Díaz Pita, Valencia: Tirant lo Blanch.

— 2003, «Presentación», en Arroyo Zapatero, L., Neumann, U. y Nieto Martín, A. (coords.), *Crítica y justificación del derecho penal en el cambio de siglo. El análisis crítico de la Escuela de Frankfurt*, Cuenca: Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, pp. 11-12.

— 2008, «Seguridad por intermedio del derecho penal», en F. Muñoz Conde (dir.), *Problemas actuales del Derecho penal y de la Criminología: estudios penales en memoria de la Profesora Dra. María del Mar Díaz Pita*, Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 25-64.

HEBBERECTH, P. (2003), «Sociedad de riesgos y política de seguridad», en C. da Agra, J.L. Domínguez, J.A. García Amado, P. Hebberecth y A. Recasens (dirs.), *La seguridad en la sociedad del riesgo: un debate abierto*, Barcelona: Atelier, pp. 353-364.

HEFENDEHL, R. (2001), «¿Debe ocuparse el derecho penal de riesgos futuros? Bienes jurídicos colectivos y delitos de peligro abstracto», *Anales de Derecho* 19, pp. 147-158.

HEIDEGGER, M. (1994), «La pregunta por la técnica», en M. Heidegger, *Conferencias y artículos*, trad. E. Barjau, Barcelona: Ediciones del Serbal, pp. 9-37 (1ª ed. en alemán, 1954).

— 1995a, «La época de la imagen del mundo», en M. Heidegger, *Caminos de bosque*, trad. H. Cortés y A. Leyte, Madrid: Alianza, pp. 75-109 (1ª ed. en alemán, 1938).

— 1995b, «¿Y para qué poetas?», en M. Heidegger, *Caminos de bosque*, trad. H. Cortés y A. Leyte, Madrid: Alianza, pp. 241-289 (1ª ed. en alemán, 1946).

— 1996, *El ser y el tiempo*, trad. J. Gaos, México D.F.: Fondo de Cultura Económica (1ª ed. en alemán, 1927).

HEILMAN, W.-R. (1988), *Fundamentals of Risk Theory*, Karlsruhe: Verlag Versicherungswirtschaft e V.

HEILMANN, E. (2007), «Comment surveiller la population à distance? La machine de Guillauté et la naissance de la police modern», *Séminaire «Distance» du LISEC*, disponible en < https://archivesic.ccsd.cnrs.fr/sic_00125574> (acceso mayo 2007).

HENNIS, W. (1983), «Max Weber's 'Central Question'», *Economy and Society* 12(2), pp. 135-180.

HERMSTRÜWER, T. (2020), «Artificial Intelligence and Administrative Decisions Under Uncertainty», en T. Wischmeyer y T. Rademacher (eds.), *Regulating Artificial Intelligence*, Cham (Suiza): Springer, pp. 199-223.

HERNÀNDEZ I DOBON, F.J. (2004), «BECK, Ulrich. 'Macht und Gegenmacht im globalen zeiltalter' (poder i contrapoder en l'època global)», *Arxius de sociologia* 10, pp. 205-207.

HERZOG, F. (1993), «Límites del Derecho Penal para controlar los riesgos sociales», *Poder Judicial* 32, trad. E. Larrauri Pijoán y F. Pérez Álvarez.

— 2003, «Sociedad del riesgo, derecho penal del riesgo, regulación del riesgo (perspectivas más allá del derecho penal)», en L. Arroyo Zapatero, U Neumann y A. Nieto Martín (eds.), *Crítica y justificación del derecho penal en el cambio de siglo: el análisis crítico de la Escuela de Frankfurt*, Cuenca: Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, pp. 249-258.

HILDEBRANDT, M. (2008a), «Defining Profiling: A New Type of Knowledge?», en M. Hildebrandt y S. Gutwirth (eds.), *Profiling the European Citizen. Cross-Disciplinary Perspectives*, Dordrecth (Países Bajos): Springer, pp. 17-45.

— 2008b, «A Vision of Ambient Law», en R. Brownsword y K. Yeung (eds.), *Regulating Technologies. Legal Futures, Regulatory Frames and Technological Fixes*, Oxford: Hart Publishing, pp. 175-191.

— 2012, «The Dawn of a Critical Transparency Right for the Profiling Era», en J. Bus, M. Crompton y M. Hildebrandt (eds.), *Digital Enlightenment Yearbook 2012*, Amsterdam: IOS Press, pp. 41-56.

— 2015, *Smart Technologies and the End(s) of Law. Novel Entanglements of Law and Technology*, Cheltenham (Gran Bretaña) y Northampton (EE.UU.): Edward Elgar Publishing.

HILL, R.K. (2016), «What an Algorithm Is», *Philosophy & Technology* 29(1), pp. 35-59.

HILTERMAN, E. y ANDRÉS-PUEYO, A. (2005), *HCR-20. Guía para la valoración del riesgo de comportamientos violentos*, Barcelona: Universitat de Barcelona.

HINDESS, B. (1987), «Rationality and the Characterization of Modern Society», en Whimster, S. y Lash, S. (eds.), *Max Weber, Rationality and Modernity*, Londres: Allen&Unwin, pp. 137-153.

— 1997, *Disertaciones sobre el poder. De Hobbes a Foucault*, trad. G. Solana, Madrid: Talasa (1ª ed. en inglés, 1996).

HIRSCH, H.-J. (1996), «Peligro y peligrosidad», *Anuario de Derecho penal y Ciencias penales* XLIX(2), pp. 509-529.

HOBOLTH, M. (2012), «Wanted and Unwanted Travellers: Explaining Variation in the Openness of the European Union's External Border», *paper* presentado en London Migration Research Group Seminars 2012-2013, disponible en: http://lmrg.org.uk/wp-content/uploads/2012/10/Paper_Hobolth.pdf

HOFFMAN, P.B. (1981), «Screening for risk: A revised salient factor score (SFS-81)», *Journal of Criminal Justice* 11(6), pp. 539-547.

HOFFMAN, P.B. y BECK, J.L. (1974), «Parole Decision-Making: A Salient Factor Score», *Journal of Criminal Justice* 2, pp. 195-206.

HOPENHAYN, M. (1997), «Los avatares de la secularización: el sujeto en su vuelo mas alto y en su caída más violenta», *Nómadas* 8, pp. 45-56.

HORKHEIMER, M. (2010), *Crítica de la razón instrumental*, trad. J. Muñoz, Madrid: Trotta, 2ª ed (1ª ed. en alemán, 1947).

HORKHEIMER, M. y ADORNO, T.W. (2007), *Dialéctica de la Ilustración. Fragmentos filosóficos*, trad. R. Tiedemann, Madrid: Akal (1ª ed. en alemán, 1944).

HÖRNQVIST, M. (2010), *Risk, Power and the State after Foucault*, Nueva York y Abingdon: Routledge

HOUSE OF COMMONS (2016a), *The big data dilemma. Fourth Report of Session 2015-16*, Science and Technology Committee, Londres: House of Commons.

— 2016b, *Robotics and artificial intelligence. Fifth Report of Session 2016-17*, Science and Technology Committee, Londres: House of Commons.

— 2108: *Algorithms in decision-making. Fourth Report of Session 2017-19*, Science and Technology Committee, Londres: House of Commons.

HOWARD, P., CLARK, D. y GARNHAM, N. (2006), «An Evaluation of the Offender Assessment System (OASys) in three pilots 1999-2001», Londres: *Ministry of Justice* [http://noms.justice.gov.uk/protecting-the-public/risk-assessment, acceso 12/02/2007].

HUDSON, B. (2004), *Justice in the Risk Society. Challenging and Re-affirming «Justice» in Late Modernity*, Londres: Sage.

HUDSON, L.D., WARE, B.S., BLACKMOND LASKE, K. y MAHONEY, S.N. (2001), «An Application of Bayesian Networks to Antiterrorism Risk Management for Military Planners», *paper*, Washington D.C.: George Mason University, disponible en https://pdfs.semanticscholar.org/b579/df5089d4ee38ee2e6f5b6a1887817c1cfb54.pdf

HUERGO LORA, A. (2020), «Una aproximación a los algoritmos desde el Derecho administrativo», en A. Huergo Lora (dir.), *La regulación de los algoritmos*, Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters Aranzadi, pp. 23-87.

HUGHES, G. (1998), *Understanding crime prevention. Social control, risk and late modernity*, Buckingham y Philadelphia: Open University Press.

HUI, Y. (2012), «What is a Digital Object?», *Metaphilosophy* 43(4), pp. 380-395.

— 2016: *On the Existence of Digital Objects*, Minneapolis y Londres: Universityof Minnesota Press.

HUNT, A. (1992), «Foucault's Expulsion of Law: Toward a Retrieval», *Law & Social Inquiry* 17, pp. 1-38.

— 2013: «Encounters with juridical assemblages: reflections on Foucault, law and the juridical», en B. Golder (ed.), *Re-reading Foucault: On Law, Power and Rights*, Abingdon y Nueva York: Routledge, pp. 64-84.

HUNT, A. y WICKHAM, G. (1994), *Foucault and Law: Towards a Sociology of Law as Governance*, Londres y Boulder (Colorado): Pluto Press.

ICO (2017), *Big data, artificial intelligence, machine learning and data protection. Data Protection Act and General Data Protection Regulation*, Londres: UK Information Commissioner's Office.

ICUZA SÁNCHEZ, I. (2019), *La prisión permanente revisable. Un análisis a la luz de la jurisprudencia del TEDH y del modelo inglés*, Tesis Doctoral dirigida por J.M. Landa Gorostiza y M. Ortubay Fuentes, Universidad del País Vasco, Departamento de Derecho Público (Facultad de Derecho).

IEEE (INSTITUTE OF ELECTRICAL AND ELECTRONICS ENGINEERS) (2019), *Ethically Aligned Design. A Vision for Prioritizing Human Well-being with Autonomous and Intelligent Systems*, Piscataway (Nueva Jersey, EE.UU.): IEEE.

IGLESIAS SKULJ, A. (2010), «El Derecho Penal del enemigo y el riesgo de contaminación. Aproximaciones a otras epistemologías para pensar las mutaciones de la soberanía», en M.J. Bernuz Beneitez y R. Susín Betrán, *Seguridad, excepción y nuevas realidades jurídicas*, Granada: Comares, pp. 79-102.

ILIADIS, A. (2015), «Two examples of concretization», *Journal of Media and Communication* 6, pp. 86-95.

IMREY, P.B. Y DAWID, A.P. (2015), «A Commentary on Statistical Assessment of Violence Recidivism Risk», *Statistics and Public Policy* 2(1), pp. 25-42.

INSTITUTO DE CIENCIAS CRIMINALES DE FRANKFURT y ÁREA DE DERECHO PENAL DE LA UNIVERSIDAD POMPEU FABRA (eds.), *La insostenible situación del Derecho Penal*, Granada: Comares

JACKSON, E. Y MENDOZA, C. (2020), «Setting the Record Straight: What the COMPAS Core Risk and Need Assessment Is and Is Not», *Harvard Data Science Review* 2.1, pp. 1-15.

JAKOBS, G. (2000), «¿Qué protege el derecho penal: bienes jurídicos o la vigencia de la norma», en Jakobs, G. y Cancio Meliá, M., *El sistema funcionalista del derecho penal*, Lima: Grijley, Universidad de Piura e Instituto Peruano de Ciencias Penales, pp. 43-60.

— 2003, *Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal*, trad. M. Cancio Meliá y B. Feijóo Sánchez, Madrid: Civitas.

— 2006, *Derecho penal del enemigo*, trad. M. Cancio Meliá, Cizur Menor: Civitas.

— 2008, «¿Derecho penal del enemigo? Un estudio acerca de los presupuestos de la jurdicidad», en Cancio Meliá, M. y Feijoo Sánchez, B. (eds.), *Teoría funcional de la pena y de la culpabilidad. Seminario con Günther Jakobs en la UAM*, Madrid: Civitas, 23-62.

JANOWITZ, M. (1995), «Teoría Social y Control Social», trad. J. Pegoraro y M. Sozzo, *Delito y sociedad: revista de ciencias sociales* 6/7, 5-31 (ed. original en inglés, 1975).

JENKINS, R.L., HART, H.H., SPERLING, P. y AXELRAD, S. (1942), «Prediction of Parole Success: Inclusion of Psychiatric Criteria», *Journal of Criminal Law and Criminology* 33(1), pp. 38-46.

JESSOP B. (2004), «Pouvoir et stratégies chez Poulantzas et Foucault», trad. L. Benoît, *Actuel Marx* 36, pp. 89-107.

JIMÉNEZ DE ASÚA, L. (1920), *El estado peligroso del delincuente y sus consencuencias ante el derecho penal moderno*, Madrid: Reus.

— 1929, *El Nuevo Derecho Penal. Escuelas y Códigos del presente y del porvenir*, Madrid: Editorial Páez.

— 1933, «Ley de vagos y maleantes. Un ensayo legislativo sobre peligrosidad sin delito», *Revista general de legislación y jurisprudencia* vol. 82, Nº 163, pp. 577-635.

JIMÉNEZ FRANCO, D. (2016), *Mercado-Estado-cárcel en la democracia neoliberal Española*, Barcelona: Anthropos.

JIMÉNEZ GÓMEZ, F., SÁNCHEZ CRESPO, G., MERINO BARRAGÁN, V. y AMPUDIA RUEDA, A. (2010), «Escala de valoración de la conducta violenta y riesgo de reincidencia (EVCV-RR): primeros resultados», *Revista Iberoamericana de Diagnóstico y Evaluación Psicológica* 30(2), pp. 87-104.

JIMÉNEZ MARTÍNEZ, C. (2012), «La libertad vigilada en el CP de 2010. Especial mención a la libertad vigilada para imputables peligrosos», *Revista de Derecho Penal y Crimimnología* 7, pp. 13-50.

JOAS, H. (2005), *Guerra y modernidad*, trad. B. Moreno Carrillo, Barcelona: Paidós.

JOH, E.J. (2016), «The New Surveillance Discretion: Automated Suspicion, Big Data, and Policing», *Harvard Law & Policy Review* 10(1), pp. 15-42.

JOHNDROW, J.E. y LUM, K. (2017), «An algorithm for removing sensitive information: application to race-independent recidivism prediction», *arXiv*, Cornell University, disponible en: https://arxiv.org/abs/1703.04957

JONES, T. y NEWBURN, T. (2006), «Three Strikes and You're Out. Exploring Symbol and Substance in American and British Crime Contorl Policies», *British Journal of Criminology* 46(5), pp. 781-802.

JORGE BARREIRO, A. (1996a), «Reflexiones sobre la regularización de las medidas de seguridad en el nuevo Código Penal Español», *Jueces para la democracia* 25, pp. 46-52.

— 1996b, «La prisión provisional en la Ley de enjuiciamiento criminal», *Cuadernos de derecho judicial* 18, pp. 74-102.

JOUVENEL, B. DE (2000), *La soberanía*, trad. L. Benavides, Granada: Comares (1ª ed. en francés, 1955).

JÜNGER, E. (2004), *El mundo transformado, seguido de El instante peligroso*, trad. E.Mª. Fernández-Palacios, Valencia: Pre-textos (1ª eds. en alemán, en 1933 y 1931).

JÜNGER, F.G. (2003), *La perfección de la técnica*, trad. A. López, Barcelona: Página indómita (1ª ed. en alemán, 1944).

KAESPERSON, R.E. (1992): «The Social Amplification of Risk: Progress in Developing an Integrative Framework», en S. Krimsky y D. Golding (eds.), *Social Theories of Risk*, Westport: Praeger Publishers, pp. 153-178.

KAISER, M. (2015), «Reactions to the Future: the Chronopolitics of Prevention and Preemption», *Nanoethics* 9, pp. 165–77.

KALTHOFF, H. (2005), «Practices of Calculation. Economic Representations and Risk Management», *Theory, Culture & Society* 22(2), pp. 69–97.

KANT, I. (2004), «¿Qué es la Ilustración? », en I. Kant, *¿Qué es la ilustración? Y otros escritos de ética, política y filosofía de la historia*, ed. R Rodríguez Aramayo, trad. CR. Panadero, M.F. Pérez López y R. Rodríguez Aramayo, Madrid: Alianza (1ª ed. en alemán, 1784).

KAPLAN, S. y GARRICK, B.J. (1981), «On The Quantitative Definition of Risk», *Risk Analysis* 1(1), pp. 11–27.

KARGL, W. (2005), «¿Sociedad sin sujetos o sujetos sin sociedad? Una crítica a la crítica contra la concepción sociológica del derecho como sistema autopoiético», en C. González-Jara Díez (ed.), *Teoría de sistemas y derecho penal. Fundamentos y posibilidades de aplicación*, trad. B. Feijoo Sánchez, Granada: Comares, pp. 41-67.

KASHID, A., KULKARNI, V. y PATANKAR, R. (2017), «Discrimination-aware data mining: a survey», *International Journal of Data Science* 2(1), pp. 70-84.

KEHL, D., GUO, P. y KESSLER, S. (2017), «Algorithms in the Criminal Justice System: Assessing the Use of risk Assessments in Sentencing», *Responsive Communities*, Berkman Klein Center for Internet & Society at Harvard University, disponible en: http://cyber.harvard.edu/publications/2017/07/Algorithms

KELSEN, H. (2009), *Teoría Pura del Derecho*, trad. M. Nilve, Buenos Aires: Editorial Universitaria de Buenos Aires (1ª ed. en alemán, 1934).

KELTY, C.M. (2008), «Responsibility: McKeon and Ricoeur», *Anthropology of the Contemporary Research Collaboratory Working Paper* 12.

KEMPTON, H.S. (1914), «Work of the Massachusetts Board of Parole», *Journal of the American Institute of Criminal Law and Criminology* 5(1), pp. 128-132.

KEMSHALL, H. (2009), *Understanding risk in criminal justice*, Berkshire y Philadelphia: Open University Press (1ª ed. 2003).

KESSLER, F. (2007), «Notes on *dispositif*», http://frankkessler.nl/wp-content/uploads/2010/05/Dispositif-Notes.pdf

KING, M. (2006), «What's The Use of Luhmann's Theory?», en King, M. y Thornhill, C. (eds.), *Luhmann on Law and Politics*, Portland: Hart Publishing y Oñati International Institute for the Sociology of Law, pp. 37-52.

KIRBY, B.C. (1954), «Parole Prediction Using Multiple Correlation», *American Journal of Sociology* 59(6), pp. 539-550.

KITCHIN, R. (2018), «Thinking critically about and researching algorithms», en D. Beer (ed.), *The social power of algorithms*, Londres y Nueva York: Routledge, pp. 14-26.

KLEIN, S.P. y CAGGIANO, M.N. (1986), *The Prevalence, Predictability, and Policy Implications of Recidivism*, Santa Mónica (California, EE.UU.): The RAND Corporation.

KLEINBERG, J., MULLAINATHAN, S. y RAGHAVAN, M. (2016), «Inherent Trade-Offs in the Fair Determination of Risk Scores», *arXiv* 1609.05807 [cs.LG], Cornell University, disponible en: https://arxiv.org/abs/1609.05807

KOOPS, B.-J. (2007), «Criteria of Normative Technology. An essay on the acceptability of 'code as law' in light of democratic and constitutional values», *TILT Law & Technology Working Paper Series* 005/2007, version 0.4, disponible en: http://ssrn.com/abstract=1071745

KRAEMER, H.C., KAZDIN, A.E., OFFORD, D.R., KESSLER, R.C., JENSEN, P.S. y KUPFER, D.J. (1997), «Coming to term with the terms of risk», *Archives of General Psychiatry* 54, pp. 337-343.

KRIMSKY, S. (1992), «The Role of Theory in Risk Studies», en S. Krimsky y D. Golding (eds.), *Social Theories of Risk*, Westport: Praeger Publishers, pp. 3-32.

KROLL, J.A., HUEY, J., BAROCAS, S., FELTEN, E.W., REIDENBERG, J.R., ROBINSON, D.G. y YU, H. (2017), «Accountable Algorithms», *University of Pennsylvania Law Review* 165(3), pp. 633-705.

KROPP, P.R. Y HART, S.D. (2000), «The Spousal Assault Risk Assessment (SARA) Guide: Reliability and Validity in Adult Male Offenders», *Law and Human Behavior* 24(1), pp. 101-118.

LAFITTE, J. (2000), *Reflexions sur la science des machines*, París: Vrin (1ª ed., 1932).

LAFONT NICUESA, L. (2001), «Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional 13/2001, de 21-1 de 2001. El caso 'Williams Lecraft' y la discriminación por razón de la raza», *Revista Vasca de Administración Pública* 61, pp. 359-83.

LAKOFF, A. (2007), «From Population to Vital System», *Anthropology of the Contemporary Research Collaboratory Working Paper* 7.

LAMO ESPINOSA, E. (1990), *La sociedad reflexiva. Sujeto y objeto del conocimiento sociológico*, Madrid: CIS.

LANDECHO, C.M. DE (1941), «Peligrosidad social y peligrosidad criminal», en VV.AA., *Peligrosidad social y medidas de seguridad (La Ley de peligrosidad y rehabilitación social de 4 de agosto de 1970)*, Valencia: Universidad de Valencia, pp. 245-257.

LASAGABASTER HERRARTE, I. (2018), «Constitución, Derecho penal y límites de la potestad sancionadora de la Administración», *Revista española de Derecho Administrativo* 193, pp. 23-56.

LASH, S. (2003), «Individualización a la manera no lineal», en U. Beck y E. Beck-Gernsheim, *La individualización: el individualismo institucionalizado y sus*

consecuencias sociales y políticas, trad. Bernardo Moreno, Barcelona: Paidós, pp. 9-18.

LASH, S. y URRY, J. (1998), *Economías de signos y espacio. Sobre el capitalismo de la posorganización*, trad. J.L. Etcheverry, Buenos Aires: Amorrortu (1ª ed. en inglés, 1994).

LASH, S. y WYNNE, B. (1992), «Introduction», en U. Beck, *Risk Society. Towards a New Modernity*, trad. M. Ritter, Londres: Sage, pp. 1-8.

LATOUR, B. (1990), «Technology is Society Made Durable», *The Sociological Review* 38(1), pp. 103-31.

— 1992, *Ciencia en acción. Cómo seguir a los científicos e ingenieros a través de la Sociedad*, trad. E. Aibar, R. Méndez y E. Ponisio, Barcelona: Labor (1ª ed. en inglés, 1987).

— 2013, «Objeto de las ciencias, objetividad del derecho», en M. Cañedo Rodríguez (ed.), *Cosmopolíticas. Perspetivas antropológicas*, trad. C. Martínez Ramírez, Madrid: Trotta, pp. 367-408.

LAZZARATO, M. (2011), *La Fabrique de l'Homme endetté. Essai sur la condition néolibérale*, París: Éditions Amsterdam.

LEA, J., R. MATTHEWS Y J. YOUNG (1993), «El Estado y el control del delito: enfoques relativos a la actividad diversificada de sus agencias», en R. Bergalli (coord.), *Sistema penal e intervenciones sociales*, Barcelona: Hacer, pp. 17-61.

LEAL MEDINA, J. (2008), *Un estudio de las medidas de seguridad y los interrogantes que plantean en la moderna dogmática del derecho penal*, Cizur Menor: Aranzadi.

LEESE, M. (2014), «The new profiling: Algorithms, black boxes, and the failure of anti-discriminatory safeguards in the European Union», *Security Dialogue* 45(5), pp. 494-511.

LEFEBVRE, A. (2008), *The Image of Law. Deleuze, Bergson, Spinoza*, Standford: Standford University Press.

LEFEBVRE, H. (1992), *Éléments de Rythmanalyse. Introduction à la connaissance des rythmes*, París: Syllepse.

LEGG, S. (2011), «Assemblage/apparatus: using Deleuze and Foucault», *Area* 43(2), pp. 128-33.

LEGRAND, S. (2007), *Les norms chez Foucault*, París: Presses Universitaires de France.

LEHR, D. y OHM, P. (2017), «Playing with the Data: What Legal Scholars Should Learn About Machine Learning», *University of California Davis Law Review* 51(2), pp. 653-717.

LEISS, W. y S.E. HRUDEY (2005), «On Proof and Probability: Introduction to 'Law and Risk'», en Law Commission of Canada (ed.), *Law and Risk*, Vancouver y Toronto: UBC Press, pp. 1-19.

LEÓN VILLALBA, F.J. DE (2016), «Prisión permanente revisable y derechos humanos», en C. Rodríguez Yagüe (coord.), *Contra la cadena perpetua*, Cuenca: Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, pp. 91-106.

LEPRI, B., OLIVER, N., LETOUZÉ, E., PENTLAND, A. y VINCK, P. (2018), «Fair, Transparent and Accountable Algorithmic Decision-making Processes», *Philosophy & Technology* 31(4), pp. 611-27.

LESSIG, L. (2009), *El código 2.0*, trad. M. Acuyo *et al.*, Madrid: Traficantes de Sueños (1ª ed. en inglés, 2006).

LÉVY, R. y P. ROBERT (1984), «Police, État, insécurité», *Criminologie* XVII(1), pp. 43-58.

L'HEUILLET, H. (2010), *Baja política, alta policía. Un enfoque histórico y filosófico de la policía*, trad. J.M. Spinelli, Buenos Aires: Prometeo.

LIANOS, M. y DOUGLAS, M. (2000), «Dangerization and the End of Deviance. The Institutional Environment», *British Journal of Criminology* 40, pp. 261-278.

LINARES, J. (2003), «La concepción heideggeriana de la técnica: destino y peligro para el ser del hombre», *Signos filosóficos* 10, pp. 15-44.

LIOTTA, D. (2012), «Les raisons de la dangerosité», *Criminocorpus. Revue hypermédia. Histoire de la justice, des crimes et des peines*, «Le SMPR de Marseille a 30 ans: Histoire et engagement, regards croisés,
disponible en: https://journals.openedition.org/criminocorpus/2048

LIPPENS, R. y J. MURRAY (2007), «Deleuze and the Semiotics of Law», *International Journal for the Semiotics of Law* 20(1), pp. 1-6.

LIPTON, Z.C. (2016), «The Mythos of Model Interpretability», *2016 ICML Workshop on Human Interpretability in Machine Learning (WHI 2016), New York, NY, USA*, en *arXiv.org*, Cornell University, disponible en: https://arxiv.org/abs/1606.03490

LISBOA, P.J.G. (2013), «Interpretability in Machine Learning – Principles and Practice», en F. Masulli, G. Pasi y R. Yager (eds.), *Fuzzy Logic and Applications: 10th International Workshop, WILF 2013, Genoa, Italy, November 19-22, 2013, Proceedings,* Cham (Suiza): Springer, pp. 15-21.

LIZCANO, E. (2006), *Metáforas que nos piensan. Sobre ciencia, democracia y otras poderosas ficciones*, Madrid: Ediciones bajo cero y Traficantes de sueños, 2006.

LOBO-GUERRERO, L. (2013), «*Uberrima Fides*, Foucault and the Security of Uncertainty», *International Journal for the Semiotics of Law* 26, pp. 23-37.

LOMBROSO, C. (1897), *L'uomo delinquente, in rapport all'Antropologia, alla Giurisprudenza ed alla Psichiatria (cause e rimedi)*, Torino: Fratelli Bocca Editori.

LÓPEZ MARTÍN, E. y DOLERA CARRILLO, M. (2008), «La evaluación del riesgo en el context de la Ley penal juvenil», *Intervención psicoeducativa en la desadaptación social (PISE-ds)* 1, pp. 41-56.

LÓPEZ PEREGRÍN, C. (2018), «Más motivos para derogar la prisión permamente revisable», *Revista electrónica de Ciencia penal y Criminología* 20, pp. 1-49.

— 2020, «La prisión permanente revisable», en M. Bustos Rubio y A. Abadías Selma (dirs.), *Una décad de reformas penales: análisis de diez años de cambios en el Código Penal (2010-2020)*, Barcelona: Bosch, pp. 179-196.

LÓPEZ-RIBA, J.Mª (2019), «La regulación de las paradas policiales: una comparativa internacional», *Revista de Derecho Penal y Criminología* 22, pp. 303-328.

— 2021, «Las identificaciones policiales y los límites de la pertenencia», *Metropolice (Diario El Salto)*, 26 de abril de 2021, https://www.elsaltodiario.com/metropolice/identificaciones-policiales-limites-pertenencia

LÓPEZ-REY ARROJO, M. (1983), «Algunas reflexiones sobre el peligro de la noción de peligrosidad», *Cuadernos de política criminal* 19, pp. 19-26.

LOWI, T.J. (1990), «Risks and Rights in the History of American Governments», *Daedalus* 119(4), pp. 17-39.

LÖWITH, K. (2007), *Max Weber y Karl Marx*, trad. C. Abdo Férez, Barcelona: Gedisa (1ª ed. en alemán, 1932).

LOYSEAU, C. (1608), *Traité des seigneuries*, París: Abel L'Angelier.

LOZANO GAGO, Mª.L. (2013), «Las medidas de seguridad en el nuevo Código Penal. De unsistema vicarial a uno dualista», *Diario La Ley* 8171.

LUACES GUTIÉRREZ, A.I. (2012), «Cuestiones controvertidas en torno al procedimiento para decidir sobre la medida de libertad vigilada», en A.-J. Pérez-Cruz Martín (dir.), X. Ferreiro Baamonde (dir.) y A. Neira Pena (coord.), *Los retos del Poder Judicial ante la sociedad globalizada. Actas del IV Congreso Gallego de Derecho Procesal (I Internacional). A Coruña, 2 y 3 de junio de 2011*, A Coruña: Universidade da Coruña, pp. 543-555.

LUCKÀCS, G. (1923/1970), *Historia y conciencia de clase*, trad. F. Duque, La Habana: Editorial de Ciencias Sociales del Instituto del Libro.

LUPTON, D. (ed.) (1999a), *Risk and Sociocultural Theory. New Directions and Perspectives*, Cambridge: Cambridge University Press.

— 1999b, *Risk*, Londres: Routledge.

LUHMANN, N. (1992), *Sociología del riesgo*, trad. J. Torres Nafante (coord.), México: Universidad Iberoamericana y Universidad de Guadalajara (1ª ed en alemán 1991).

— 1995, *Poder*, trad. L.M. Talbot y D. Rodríguez Mansilla, Barcelona: Anthropos (1ª ed. en alemán 1975).

— 1996a, *Confianza*, trad. A. Flores, Barcelona: Anthropos; México: Universidad Iberoamericana; Santiago de Chile: Pontificia Universidad Católica de Chile

— 1996b, «La contingencia como atributo de la sociedad moderna», en J. Beriain (comp.), *Las consecuencias perversas de la modernidad*, trad. C. Sánchez Capdequí, Barcelona: Anthropos, pp. 173-198.

— 1997, *Observaciones de la modernidad. Racionalidad y contingencia en la sociedad moderna*, trad. C. Fortea Gil, Barcelona: Paidós.

— 1998a, *Sistemas sociales. Lineamientos para una teoría general*, trad. S. Pappe, B. Erker y J. Torres Nafarrate, Rubí: Anthropos (1ª ed. en alemán 1984).

— 1998b, *Complejidad y modernidad. De la unidad a la diferencia*, ed. y trad. J. Beriain y J.Mª. García Blanco, Madrid: Trotta (1ª ed. en alemán 1982).

— 2001, «La restitution du douzième chameau: du sens d'une analyse sociologique du Droit», trad. J. Clam, *Droit et Société* 47, 15-73 (original en alemán, 2000).

— 2002, *El derecho de la sociedad*, trad. J. Torres Nafarrate, B Erker, S. Pappe y L.F. Segura, México, D.F.: Universidad Iberoamericana (1ª ed. en alemán 1993).

— 2003, «El derecho como sistema social», en Gómez-Jara Díez, C. (ed.), *Teoría de sistemas y derecho penal. Fundamentos y posibilidades de aplicación*, Granada: Comares, pp. 69-85.

— 2006, *La sociedad de la sociedad*, trad. J. Torres Nafarrate, México, DF: Herder (1ª ed. en alemán, 1997).

— 2009, *¿Cómo es posible el orden social?*, trad. P. Morandé Court, México, D.F.: Herder y Universidad Iberoamericana (1ª ed. en alemán 1980).

LUZÓN PEÑA, D.M. (1989), «Alcance y función del derecho penal», *Anuario de Derecho penal y Ciencias penales* 42(1), pp. 5-54.

LYON, D. (1994), *The Electronic Eye: The Rise of Surveillance Society*, Cambridge, MA: Polity Press.

— 2001, *Surveillance Society: Monitoring Everyday Life*, Buckingham: Open University Press.

— 2003 (ed.), *Surveillance as Social Sorting: Privacy, Risk, and Digital Discrimination*, Londres y Nueav York: Routledge.

LYNCH, M. (1998), «Waste managers? The new penology, crime fighting, and parole agent identity», *Law & Society Review* 32(4), pp. 839-869.

MACALISTER, D. (2005), «Use of Risk Assessments by Canadian Judges in the Determination of Dangerous and Long-Term Offender Status, 1997-2002», en Law Commission of Canada (ed.), *Law and Risk*, Vancouver y Toronto: UBC Press, pp. 20-49.

MACIEJEWSKI, M. (2017), «To do more, better, faster and more cheaply: using big data in public administration», *International Review of Administrative Sciences* 83(1-Suppl), pp. 120-135.

MACIVER, R.M. y PAGE, C.H. (1969), *Sociología*, trad. J. Cazorla Pérez, Madrid: Tecnos (1ª ed. en inglés, 1949).

MACLAUGHLIN, K., OSBORNE, S.P. y FERLIE, E. (2002), *New Public Management. Current trends and future prospects*, Londres y Nueva York: Rougledge.

MAFFESOLI, M. (1977), *La lógica de la dominación*, trad. R. Pochtar, Barcelona: Península.

MAGRO SERVET, V. (2009), «Pena de alejamiento en las faltas contra el patrimonio», *Diario La Ley* 7298.

— 2015, «La aplicación de la pena de alejamiento a los carteristas en los nuevos delitos de hurto tras la LO 1/2015», *Diario La Ley* 8614.

— 2016, «¿Es preceptiva la pena de alejamiento en los casos de violencia doméstica y de género?», *Diario La Ley* 8880.

MÁLAGA DIÉGUEZ, F. (2001), «Detención y Retención», *Justicia: revista de Derecho procesal* 2-4, pp. 143-170.

MANNHEIM, K. (2018), *El hombre y la sociedad en la época de crisis*, trad. F. Ayala, Madrid: Centro de Investigaciones Sociológicas (1ª ed. en alemán, 1935).

MANRIQUE DE ARAGÓN, J. (1977), *Peligrosidad social y picaresca*, San Antonio de Calonge (Girona): Hijos de José Bosch.

MANTELERO, A. (2016), «Personal data for decisional purposes in the age of analytics: From and individual to a collective dimension of data protection», *Computer Law & Security Review* 32(2), pp. 238-55.

— 2018, «AI and Big Data: A blueprint for a human rights, social and ethical impact assessment», *Computer Law & Security Review* 34, pp. 754-772.

MAPELLI CAFFARENA, B. (1983), *Principios fundamentales del sistema penitenciario español*, Barcelona: Bosch.

MAQUEDA ABREU, Mª.L. (2015), «La criminalización del espacio público. El imparable ascenso de las 'clases peligrosas'», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* 17, pp. 1-56.

MAQUIAVELO, N. (1992), *El Príncipe (edición comentada por Napoleón Bonaparte)*, trad. E. Leonetti Jungl, Madrid: Espasa-Calpe (1ª ed. en intaliano, 1513).

MARCO FRANCIA, Mª.P. (2016), «La peligrosidad criminal y las técnicas de prevención de riesgos. Especial referencia a la delincuencia sexual peligrosa», *Anuario de Derecho penal y Ciencias penales* LXIX(1), pp. 277-320.

MARCUSE, H. (1969), *La sociedad industrial y el marxismo*, trad. A.J. Massolo, Buenos Aires: Editorial Quintaria.

— 1993, *El hombre unidimensional*, trad. A. Elorza, Barcelona: Planeta-De Agostini (1ª ed. en inglés, 1954)

MARTELL PÉREZ-ALCALDE, C. (2017), «De la huida del Derecho Administrativo a la huida al Derecho Penal», en F.J. Bauza Martorell (dir.), *Derecho Administrativo y Derecho Penal: reconstrucción de los límites*, Barcelona: Wolters Kluwer, pp. 29-39.

MARTÍN ARAGÓN, Mª.M. (2021), *Del cumplimiento íntegro de las penas a la prisión permanente revisable*, Barcelona: Bosch.

MARTÍN DELGADO, I. (2009), «Naturaleza, concepto y régimen jurídico de la actuación administrativa automatizada», *Revista de Administración Pública* 180, pp. 353-86.

MARTÍN NÁJERA, P. (2018), «La libertad vigilada como medida post-delictual», *VII Congreso de Violencia de Género y Doméstica del Consejo General del Poder Judicial, 17 de octubre de 2018*, disponible en: https://www.poderjudicial.es

MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L. (1975), *La cláusula de orden público como límite –imprecise y creciente– del ejercicio de los derechos*, Madrid: Civitas.

MARTÍN RÍOS, P. (2018), «El derecho a la libertad personal frente a la 'retención' policial con fines de identificación», *Revista Española de Derecho Constitucional* 112, pp. 87-113.

MARTÍNEZ DE PISÓN, J. (2006), «Las transformaciones del Estado: del Estado protectoral Estado de seguridad», en Mª.J. Bernuz Beneitez y A.I. Pérez Cepeda (coords.), *La tensión entre libertad y seguridad. Una aproximación sociojurídica*, Logroño: Servicio de Publicaciones de la Universidad de La Rioja, pp. 55-70.

— 2018, «Del juicio de Dios al juicio de los hombres. Una aproximación al problema de la 'verdad' en el derecho», *Revista Electrónica del Departamento de Derecho de la Universidad de La Rioja (REDUR)* 16, pp. 7-23.

MARTÍNEZ ESCAMILLA, M. (2002), *Los permisos penitenciarios ordinarios de salida: régimen jurídico y realidad*, Madrid: Edisofer.

MARTÍNEZ ESCAMILLA, M. y SÁNCHEZ TOMÁS, J.M. (2013), «Controles de identidad, detenciones y uso del perfil étnico en la persecución y castigo del inmigrante 'sin papeles': ilegalidad e inconstitucionalidad de determinadas prácticas policiales», en F.J. Álvarez García, M.A. Cobos Gómez de Linares, P. Gómez Pavón, A. Manjón-Cabeza Olmeda y A. Martínez Guerra (coords.), *Libro homenaje al profesor Luis Rodríguez Ramos*, Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 1025-1054.

MARTÍNEZ GARAY, L. (2014), «La incertidumbre de los pronósticos de peligrosidad: consecuencias para la dogmática de las medidas de seguridad», *InDret, Revista para el análisis del derecho* 2014(2), pp. 1-77.

— 2106, «Predicción de peligrosidad y juicio de constitucionalidad de la prisión perpetua», en C. Rodríguez Yagüe (coord.), *Contra la cadena perpetua*, Cuenca: Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, pp. 139-106.

— 2020, «Evidence-based sentencing y evidencia científica. A la vez, algunas consideraciones sobre las 'políticas basadas en la evidencia' y el derecho penal», *Teoría y derecho: revista de pensamiento jurídico* 28, pp. 238-276.

MARTÍNEZ GARCÍA, J.I. (2002), «Para leer a Luhmann: avisos para juristas», en Luhmann, N., *El derecho de la sociedad*, México, D.F.: Universidad Iberoamericana, pp. 13-22.

— 2012, «Pensar el riesgo. El diálogo con Luhmann», en E. Perez Alonso, E. Arana García, P. Mercado Pacheco y J.L. Serrano Moreno (eds.), *Derecho, globalización, riesgo y medio ambiente*, Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 322-354.

MARTÍNEZ GUERRA, A. (2018), «La prisión permanente revisable. Un análisis del argumento internacional», *Revista de Derecho Penal y Crimonología* 19, pp. 83-138.

MARTÍNEZ MARTÍNEZ, F.J. (2009), «Ontología y diferencia: la filosofía de Gilles Deleuze», *Ekstasia. Revista de Filosofía* 23, pp. 33-335.

MARTÍNEZ ROLDÁN, L., J.A. FERNÁNDEZ SUÁREZ y L. SUÁREZ LLANOS (2007), *La ley desmedida. Estudios de Legislación, Seguridad y Jurisdicción*, Madrid: Dykinson.

MARTINSON, R. (1974), «What works? Questions and answers about prison reform», *The Public Interest* 35, pp. 22-54.

MARX, K. (1976), *El capital. Crítica de la economía política. Libro I: El proceso de producción del capital*, trad. V. Romano García, Madrid: Akal (1ª ed. en alemán, 1867).

— 1980, *Teorías sobre la plusvalía I. Tomo IV de El Capital*, trad. W. Roces, México, D.F.: Fondo de Cultura Económica (1ª ed. en alemán, 1956).

— 2006, «Tesis sobre Feuerbach», en F. Engels y K. Marx, *Ludwig Feuerbach y el fin de la filosofía alemana*, trad. Grupo de traductores de la Fundación

Federico Engels, Madrid: Fundación de Estudios Socialistas Federico Engels (1ª ed. en alemán, 1888), pp. 57-60.

MARX, K. y ENGELS, F. (2001), *Manifiesto Comunista*, trad. P. Ribas, Madrid: Alianza (1ª. ed. en alemán, 1848).

MARTÍNEZ ESCAMILLA *ET AL.* (2015), *«Rechazos en frontera»: ¿frontera sin derechos? Informe jurídico*, Proyecto I+D+I Iusmigrante.

MARY, P. (2001), «Pénalité et gestion des risques: vers une Justice 'actuarielle' en Europe?», *Déviance et Société* 25(1), pp. 33-51.

MASAVEU, J. (1944), «Posibilidad de integración armónica de los tipos de delito y los tipos de delincuente: hacia una tangencia de horizontes para la Medicina legal, la Biología criminal y el Derecho punitivo», *Revista General de Derecho Penal* 18.

MASUCCI, A. (2020), «L'algoritmizzazione delle decisioni amministrative tra Regolamento europeo e leggi degli Stati membri», *Diritto Pubblico* 3, pp. 943-979.

MATA BARRANCO, N. DE LA (2014), «Gravedad del hecho, circunstancias del sujeto y finalidad de la pena:la pena justa», *RevistaPenal México* 6, pp. 83-112.

MATCZAK, M. (2013), «Why legal rules are not speech acts and what follows for that», Draft for discussion purposes, to be presented at the conference Rules 2013 (September 27-29th, Krakow).

MATHIESEN, T. (1998), «Selective Incapacitation Revisited», *Law and Human Behavior* 22(4), pp. 455-469.

MAURUTTO, P. y HANNAH-MOOFFAT, K. (2006), «Assembling risk and the restructuring of penal control», *British Journal of Criminology* 46, pp. 438-454.

MAY, S. (2012), «Nuevos riesgos, seguridad y prevención: sobre las transformaciones del estado moderno y de sus formas de actuación jurídica», en E. Perez Alonso, E. Arana García, P. Mercado Pacheco y J.L. Serrano Moreno (eds.), *Derecho, globalización, riesgo y medio ambiente*, trad. P. Esquinas Valverde, Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 303-322.

MCCARTHY, T. (1987), *La Teoría Crítica de Jürgen Habermas*, trad. M. Jiménez Redondo, Madrid: Tecnos.

— 1990, «The critique of impure reason: Foucault and the Frankfurt School», *Political Theory* 18(3), pp. 437-69.

MCLAUGHLIN, K, OSBORNE, S.P. y FERLIE, E. (eds.) (2002), *New Public Management. Current trends and future prospects*, Londres y Nueva York: Routledge.

MCSHERRY, B. (2014), *Managing Fear. The Law and Ethics of Preventive Detention and Risk Assessment*, Nueva York y Hove: Routledge.

MEDINA ARIZA, J. (2017), *Políticas y estrategias de Prevención del delito y Seguridad ciudadana*, Madrid: Edisofer.

MEEHL, P.E. (2013), *Clinical Versus Statistical Prediction: A Theoretical Analysis and Review of the Evidence*, Brattleboro (Vermont, EE.UU.): Echo Point Books& Media (1ª ed., University of Minnesota, 1954).

MEIJER, A. y WESSELS, M. (2019), «Predictive Policing: Review of Benefits and Drawbacks», *International Journal of Public Administration* 42:12, pp. 1031-1039.

MELERO ALONSO, E. (2018a), «Las identificaciones policiales con perfil racial o étnico como instrumento de control migratorio: Derecho Administrativo del enemigo», *Revista española de Derecho Administrativo* 193, pp. 243-274.

— 2018b, «El 'Derecho administrativo del enemigo' como categoría general de análisis del Derecho administrativo», en F.J. Jiménez de Cisneros Cid (dir.), *Homenaje al Profesor Ángel Menéndez Rexach*, Cizur Menor: Thompson Reuters-Aranzadi, Vol. 1, Tomo 2, pp. 389-410.

MELOSSI, D. (1997), «State and Social Control *à la Fin de Siècle*: from the New World to the Constitution of the New Europe», en R. Bergalli, R. y C. Summer (eds.), *Social Control and Political Order. European Perspectives at the End of the Century*, Londres: Sage Publications, pp. 52-74.

— 2002, *Stato, controllo sociale, devianza. Teorie criminologiche e società tra Europa e Stati Uniti*, Milán: Mondadori.

MENDIOLA GONZALO, I. (2019), «El dispositivo del dron: entre la vigilancia securitaria y la necropolítica», *Convergencia. Revista de ciencias sociales* 79, pp. 1-24.

MENDOZA, I. y BYGRAVE, L.A. (2017), «The Right Not to be Subject to Automated Decisions Based on Profiling», en T.E. Synodinou, P. Jougleux, C. Markou y T. Prastitou (eds.), *EU Internet Law. Regulation and Enforcement*, Cham (Suiza): Springer, pp. 77-98.

MENDOZA BUERGO, B. (2001a), *El derecho penal en la sociedad del riesgo*, Madrid: Civitas.

— 2001b, *Límites dogmáticos y político-criminales de los delitos de peligro abstracto*, Albolote (Granada): Comares.

— 2003, «Gestión del riesgo y política criminal de seguridad en la sociedad del riesgo», en C. da Agra, J.L. Domínguez, J.A. García Amado, P. Hebberecth y A. Recasens (dirs.), *La seguridad en la sociedad del riesgo: un debate abierto*, Barcelona: Atelier, pp. 67-89.

— 2006, «Gestión de riesgo y política criminal de seguridad en la sociedad de riesgo», en J. Díaz-Maroto y Villarejo (ed.), *Derecho y justiciar penal en el siglo XXI:* liber amicorum *en homenaje al profesor Antonio González-Cuéllar García*, Madrid: Colex, pp. 351-372.

MERY, S.E. (2001), «Spatial Governmentality and the New Urban Social Order: Controlling Gender Violence Through Law», *American Anthropologist* 103(1), pp. 16-23.

MIDDENDORFF, W. (1970), *Teoría y práctica de la prognosis criminal*, trad. J.Mª. Rodríguez Devesa, Madrid: Espasa-Calpe (1ª ed. en alemán, 1967).

MILLER, L.L. (2001), «Looking for Postmodernism in all the Wrong Places: Implementing a New Penology», *British Journal of Criminology* 41(1), pp. 168-184.

MILLER, P. y NAPIER, C. (1993), «Genealogies of Calculation», *Accounting, Organizations and Society* 18(7/8), pp. 631-647.

MILLER, P. y ROSE, N. (1990), «Governing economic life», *Economy and Society* 19(1), pp. 1-31.

— 2008, *Governing the Present*, Cambridge: Polity Press.

MINISTERIO DE JUSTICIA (2011), *Protocolo médico-forense de valoración urgente del riesgo de violencia de género*, Madrid: Secretaría General Técnica del Ministerio de Justicia.

MITTELSTADT, B.D., ALLO, P., TADDEO, M., WACHTER, S. y FLORIDI, L. (2016), «The ethics of algorithms: Mapping the debate», *Big Data & Society* 3(2), pp. 1-21.

MIR PUIG, S. (1982), «Sobre la posibilidad y límites de una ciencia social del derecho penal», en S. Mir Puig (ed.), *Derecho penal y ciencias sociales*, Barcelona: Bellaterra, pp. 9-31.

— 2003, «Prisión provisional. Los aspectos más polémicos de la reforma», *Iuris: actualidad y práctica del derecho* 77, pp. 28-41.

MIRÓ-LLINARES, F. (2020), «Predictive Policing: Utopia or Dystopia? On attitudes towards the use of Big Data algorithms for law enforcement», *Revista d'Internet, Dret i Política* 30, pp. 1-18.

MÖLLER, N. (2012), «The Concepts of Risk and Safety», en S. Roeser, R. Hillerbrand, P. Sandin y M. Peterson (eds.), *Handbook of Risk Theory. Epistemology, Decision Theory, Ethics, and Social Impications of Risk*, Londres y Nueva York: Srpinger, pp. 55–85.

MONAHAN, J. (1981), *The Clinical Prediction of Violent Behavior*, Rockville (Maryland, EE.UU.): National Institute of Mental Health.

— 2011, «A jurisprudence of risk assessment: Forecasting harm among prisoners, predators, and patients», *Virginia Law Review* 92, pp. 391-345.

MONAHAN, J., STEADMAN, H.J., APPELBAUM, P.S., GRISSO, T., MULVEY, E.P., ROTH, L.H., CLARK ROBBINS, P., BANKS, S. y SILVER, E. (2006), «The Classification of Violence Risk», *Behavioral Sciences and the Law* 24(6), pp. 721-730.

MONGE FERNÁNDEZ, A. (2009), *La circunstancia agravante de reincidencia desde los fundamentos y fines de la pena*, Barcelona: Bosch.

MONTERO GÓMEZ, A. (2007), «Peligrosidad y daño en la violencia de género a la que se refiere la Ley Integral: prevención penal», *Estudios de Derecho Judicial* 139, pp. 237-307.

MONTORO BALLESTEROS, A. (2006), «El positivismo jurídico y la concepción del derecho como regla técnica», en J.A. Ramos Pascua y M.A. Rodilla González (eds.), *El positivismo jurídico a examen. Estudios en homenaje a José Delgado Pinto*, Salamanca: Ediciones de la Universidad de Salamanca, pp. 1093-1120.

MORILLAS CUEVA, L. (2016), «Reflexiones sobre la prisión preventiva», *Anales de derecho* 1/2016, pp. 1-38.

MORO ABADÍA, O. (2003), «Michel Foucault: De la épistémè al dispositif», *Revista de Filosofía de la Universidad de Costa Rica* XLI(104), pp. 27-37.

MOORE, N. (2007), «Icons of Control: Deleuze, Signs, and Law», *International Journal for the Semiotics of Law* 20(1), pp. 33-54.

MORRIS, L. (1994), *Dangerous classes. The underclass and social citizenship*, Londres y Nueva York: Routledge.

MORRISON, K. (2010), *Marx, Durkheim, Weber: las bases del pensamiento social modern*, trad. N. Cabrera, Madrid: Popular (1ª ed. en inglés, 1995).

MUCCHIELLI, L. (2001), «L'expertise policière des 'violences urbaines'», *Informations sociales* 92, pp. 14-23.

MUMFORD, L. (1978), «Técnicas autoritarias y democráticas», en M. Dranzberg y W.H. Davenport (eds.), *Tecnología y cultura*, trad. E. Riambau i Saurí, Barcelona: Gustavo Gili, 51-61 (1ª ed. en inglés, 1964).

— 1982, *Técnica y civilización*, trad. C. Aznar de Acevedo, Madrid: Alianza.

— 2010, *El mito de la máquina. Vol. 1: Técnica y evolución humana*, trad. A. Rigodón, Logroño: Pepitas de calabaza (1ª edición en inglés, 1967).

— 2011, *El pentágono del poder. El mito de la máquina (dos)*, trad. J. Rodríguez Hidalgo, Logroño: Pepitas de calabaza (1ª edición en inglés, 1970).

MUÑOZ DE BAENA SIMÓN, J.L. (2005), «El lugar de Ehrlich en el debate sobre la Ciencia jurídica», en E. Ehrlich, *Escritos sobre Sociología y Jurisprudencia*, Madrid: Marcial Pons, pp. 27-50.

MUÑOZ, J. Y VELARDE, J. (2000), *Compendio de Epistemología*, Madrid: Trotta.

MURRAY, A.D (2008), «Conceptualising the Post-Regulatory (Cyber)state», en R. Brownsword y K. Yeung (eds.), *Regulating Technologies. Legal Futures, Regulatory Frames and Technological Fixes*, Oxford: Hart Publishing, pp. 288-315.

MURRAY, J. (2006), «Nome law: Deleuze & Guattari on the emergence of law», *International Journal for the Semiotics of Law* 19(2), pp. 127-151.

— 2007, «Deleuze & Guattari's Intensive & Pragmatic Semiotic of Emergent Law», *International Journal for the Semiotics of Law* 20(1), pp. 7-32.

MUSIL, R. (2006), *El hombre sin atributos. Vol. 1*, trad. J.M. Sáenz, Barcelona: Seix Barral.

MUSSAWIR, E. (2011), *Jurisdiction in Deleuze. The Expression and Representation of Law*, Abingdon y Nueva York: Routledge.

NARVÁEZ RODRÍGUEZ, A. (2008), «Detención y 'habeas corpus': supuestos no penales», *Manuales de formación continuada* 48 (Monográfico *Detención policial y "Habeas corpus"*), pp. 105-139.

NASSEHI, A. (2005), «La diferencia de la comunicación y la comunicación de la diferencia: sobre los fundamentos de la teoría de la comunicación en la teoría social de Niklas Luhmann», en Gómez-Jara Díez, C. (ed.), *Teoría de sistemas y derecho penal. Fundamentos y posibilidades de aplicación*, trad. J.I. Piña Rochefort, Granada: Coares, pp. 21-40.

NATIONAL SCIENCE AND TECHNOLOGY COUNCIL (US GOVERNMENT) (2016), *Preparing for the Future of Artificial Intelligence*, Whasington, D.C.: Excecutive Office of the President.

NEAL, A.W. (2004), «Cutting Off the King's Head: Foucault's *Society Must Be Defended* and the Problem of Sovereignty», *Alternatives* 29, pp. 373-398.

NEIRA FOLGAR, N. (2015), «Permisos ordinarios de salida de duración inferior a dos días. Estudio sobre los criterios subjetivos de valoración empleados por la Administración Penitenciaria Catalana», *InDret* 4, pp. 1-25.

NEUMANN, U. (2006), «Derecho penal del enemigo», en M. Cancio Melía y C. Gómez-Jara Díez (coords.), *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión. Vol. 2*, trad. C. Gómez-Jara Díez, Buenos Aires: Edisofer, BdeF y Euros, pp. 391-409.

NEW, J. y CASTRO, D. (2018), «How Policymakers Can Foster Algorithmic Accountability», Center for Data Innovation, disponible en: http://www2.datainnovation.org/2018-algorithmic-accountability.pdf

NIETO, A. (1976), «Algunas precisiones sobre el concepto de policía», *Revista de Administración Pública* 81, pp. 35-75.

— 2002, *El pensamiento burocrático*, Granada: Comares.

— 2007, *Crítica de la razón jurídica*, Madrid: Trotta.

— 2012, *Derecho administrativo sancionador*, 5ª ed., Madrid: Tecnos.

NIETO, A. y GORDILLO, A. (2003), *Las limitaciones del conocimiento jurídico*, Madrid: Trotta.

NIETO MARTÍN, F. (2001), «Procedimiento preferente de expulsión de extranjeros. derechos de audiencia y tutela cautelar», *Jueces para la democracia* 41, pp. 23-28.

NIETZSCHE, F. (2008), *Fragmentos póstumos (1875-1882). Vol. II*, ed. D. Sánchez Meca, trad. M. Barrios y J. Aspiunza, Madrid: Tecnos.

— 2009, *Obras. Vol. I*, trad. L.F. Moreno, G. Cano Cuenca, J.B. Llinares Chover, A. Brotons Muñoz, Madrid: Gredos.

NINO, C.S. (1984), *Consideraciones sobre la dogmática jurídica*, México, D.F.: Universidad Nacional Autónoma de México.

NISTAL MARTÍNEZ, J. (2013), «El ingreso provisional en prisión. 'Presunción de culpabilidad' versus 'presunción de inocencia'», *Diario La Ley* 8122 (Ref. D-251).

NOBLE, D.F. (2001), *La locura de la automatización*, trad. A.J. Sewell, Barcelona: Alikornio (1ª ed. en inglés, 1993).

NOBLE, S.U. (2018), *Algorithms of oppression: how search engines reinforce racism*, Nueva York: New York University Press.

NOVOA MONREAL, E. (2012), «Algunas reflexiones sobre los delitos de peligro», *Revista de Derecho penal y Criminología* 3, pp. 291-300.

NUFFIELD, J. (1982), *Parole Decision-Making in Canada. Research Towards Decision Guidelines*, Otawa (Canadá): Communication Division, Solicitor General of Canada.

— 1989, «The SIR scale: Some reflections on its applications», *Forum on Corrections Research* 1(2).

NÚÑEZ FERNÁNDEZ, J. (2020), «Prisión permanente revisable y TEDH. Algunas reflexiones críticas e implicaciones para el modelo español», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales* LXXIII(1), pp. 267-306.

NÚÑEZ LAGOS, R. (2010), «¿Error o incertidumbre?, *conCiencia. Revista de divulgación científica de la Facultad de Ciencias de Zaragoza* 5, pp. 54-65.

NÚÑEZ VAQUERO (2012), «Ciencia jurídica realista: modelos y justificación», *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho* 35, pp. 717-747.

NYE, R.A. (1984), *Crime, Madness, & Politics in Modern France. The Medical Concept of National Decline*, Princeton: Princeton University Press.

OJAKANGAS, M. (2005), «Impossible Dialogue on Bio-power. Agamben and Foucault», *Foucault Studies* 2, pp. 5-28.

OLIVER OLMO, P. (2013) (coord.), *Burorrepresión. Sanción administrativa y control social*, Albacete: Bomarzo.

OLVER, M.E., STOCKDALE, K.C. Y WORMITH, J.S. (2013), «Thirty Years of Research on the Level of Service Scales: A Meta-Analytic Examination of Predictive Accuracy and Sources of Variability», *Psychological Assessment* 26(1), pp. 156-176.

O'MALLEY, P. (1992), «Risk, power and crime prevention», *Economy and Society* 21(3), pp. 252-275.

— 1996, «Risk and Responsability», en A. Barry, T. Osborne y N. Rose (eds.), *Foucault and Political reason. Liberalism, neo-liberalism and rationalities of government*, Chicago: The University of Chicago Press, pp. 189-207.

— 1998, (ed.) *Crime and The Risk Society*, Aldershot: Dartmouth.

— 1999a, «Governmentality and the risk society», *Economy and Society* 28(1), 138-148.

— 1999b, «Volatile and contradictory punishment», *Theoretical Criminology* 3(2), 175-196.

— 2000, «Uncertain subjects: risks, liberalism and contract», *Economy and Society* 29, pp. 460-484.

— 2001a, «Discontinuity, government and risk: a response to Rigakos and Hadden», *Theoretical Criminology* 5(1), pp. 85-92.

— 2001b, «Policing crime risks in the neo-liberal era», en K. Stenson y R. Sullivan, (eds.), *Crime, Risk and Justice: The Politics of Crime Control in Liberal Democracies*, Londres: Willan, pp. 89-103.

— 2004, *Risk, Uncertainty and Government*, Ottawa: Carleton University.

— 2005, «Introduction», en P. O'Malley (ed.) *Governing Risks*, Aldershot y Burlington: Ashgate, pp. xi-xxiv.

— 2008, «Governmentality and Risk», en en J.O. Zinn (ed.), *Social Theories of Risk and Uncertainty*, Malden, Oxford y Victoria: Blackwell, pp. 52-75.

— 2009a, *The Currency of Justice: fines and damages in consumer societies*, Abingdon y Nueva York: Routledge-Cavendish.

— 2009b, «Risk and Criminology», *Sydney Law School Legal Studies Research Paper* No. 09/87, http://ssrn.com/abstract=1473572

— 2010a, *Crime and Risk*, Londres: Sage.

— 2010b, «Fines, Risks and Damages: Money Sanctions and Justice in Control Societies», *Legal Studies Research Paper No. 10/40, May 2010*.

— 2013, «The birth of biopolitical justice», en B. Golder (ed.), *Re-reading Foucault: On Law, Power and Rights*, Abingdon y Nueva York: Routledge, pp. 151-168.

— 2015, «Uncertainty Makes Us Free: Insurance and Liberal Rationality», en L. Samimian-Darash y P. Rabinow (eds.), *Modes of Uncertainty. Anthropological Cases*, Chicago: The University of Chicago Press, pp. 13-28.

O'MALLEY, P., ERICSON, R., BRAITHWAITE, J. y WILLIAMS, T. (1994), «Section III: Primary Security and Regulation», en M. Valverde (comp.), *Radically Rethinking Regulation. Workshop Report*, Toronto: Centre of Criminology, University of Toronto, 28-43 (documento no publicado).

O'MALLEY, P. y VALVERDE, M. (2014), «Foucault, Criminal Law, and the Governmentalization of the State», en M.D. Dubber (ed.), *Foundational Texts in Modern Criminal Law*, Oxford: Oxford University Press, pp. 317-333.

OLSSEN, M. (2004), «Foucault and Marxism: rewriting the theory of historical materialism», *Policy Futures in Education* 2(3-4), pp. 454-482.

OPEN SOCIETY FOUNDATION (2019), *Under suspicion. The impact of discriminatory policing in Spain*.

OPEN SOCIETY JUSTICE INITIATIVE (2006), *Addressing Ethnic Profiling by Police. A Reporto n the Strategies for Effective Police Stop and Search Project*, Nueva York: Open Society Institute.

ORTEGA Y GASSET, J. (1997), *Meditación de la técnica y otros ensayos sobre ciencia y filosofía*, Madrid: Alianza (1ª ed., 1939).

OSWALD, M., GRACE, J., URWIN, S. y BARNES, C. (2018), «Algorithmic risk assessment policing models: lessons from the Durham HART model and 'Experimental' proportionality», *Information & Communications Technology Law* 27(2), pp. 223-250.

OWEN, D. (1999), «Orientation and Enlightenment. An Essay on Critique and Genealogy», en Ashenden, S. y D. Owen (eds.), *Foucault contra Habermas. Recasting the Dialogue between Genealogy and Critical Theory*, Londres: Sage, pp. 21-44.

PAGALLO, U. (2018), «Algo-Rythms and the Beat of the Legal Drum», *Philosophy & Technology* 31(4), pp. 507-524.

PALIDDA, S. (1999), «Polizia e immigrati: un'analisi etnografica», *Rassegna italiana di Sociologia*, Anno quarantesimo, 1, pp. 77-114.

— 2000, *Polizia postmoderna. Etnografia del nuovo controlle sociale*, Milán: Feltrinelli.

— 2007, «Politiche della paura e declino dell'agire pubblico», *Conflitti globali* 5, pp. 13-23.

PALMA ORTIGOSA, A. (2019a), «Decisiones automatizadas en el RGPD. El uso de algoritmos en el contexto de la protección de datos», *Revista General de Derecho Administrativo* 50, pp. 1-35.

— 2019b, «Garantías jurídicas en materia de protección de datos frente al uso de algoritmos en el contexto policial y judicial», comunicación en el *XVII Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España*, Universidad de Santiago de Compostela, 4 y 5 de abril de 2019.

PAREJO ALFONSO, L. (2008), *Seguridad pública y policía administrative de seguridad. Problemas de siempre y de ahora para el deslinde, la decantación y la eficacia de una responsabilidad nuclear del Estado administrativo*, Valencia: Tirant lo Blanch.

PARK, R.E. (1967), *On Social Control and Collective Behavior*, Chicago: University of Chicago Press.

PARKIN, F. (2009), *La sociología de Max Weber*, Barcelona: Hacer (1ª ed. en inglés, 1982).

PARSONS, T. (1988), *El sistema social*, trad. J. Jiménez Blanco y J. Cazorla Pérez Madrid: Alianza (1ª ed. en inglés, 1951).

PASQUALE, F. (2015), *The Black Box Society. The Secrets Algorithms That Control Money and Information*, Cambridge: Harvard University Press.

PASSERIN D'ENTRÈVES, M. (1999), «Between Nietzsche and Kant: Michel Foucault's Reading of 'What is Enlightenment?'», *History of Political Thought* XX(2), pp. 337-356.

PATTON, P. (1992), «Le Sujet de Pouvoir chez Foucault», *Sociologie et Sociétés* 24(1), trad. S. Mineau, pp. 91–102.

— 2004, «Power and Right in Nietzsche and Foucault», *International Studies in Philosophy* 36, pp. 43-61.

PAVARINI, M. (2004), «Alcune proposte per un governo della sicurezza», en R. Selmini (a cura di), *La sicurezza urbana*, Bolonia: il Mulino, pp. 295-303.

— 2007, «La giustizia penale ostile: un'introduzione», *Studi sulla questione criminale* II(2), pp. 7-20.

PEARL, J. (1988), *Probabilistic Reasoning in Intelligent Systems: Networks of Plausible Inference*, San Francisco: Morgan Kaufmann Publishers.

PEARL, J. y MACKENZIE, D. (2018), *The Book of Why. The New Science of Cause and Effect*, Nueva York: Basic Books.

PEARSALL, B. (2010), «Predictive Policing: The Future of Law Enforcement?», *National Institute of Justice Journal* 266, pp. 16-19.

PECES-BARBA, G. (1995), *Curso de derechos fundamentals. Teoría General*, Madrid: Universidad Carlos III de Madrid y Boletín Oficial del Estado.

— 2002, «El paso del Estado absoluto al Estado liberal en la Ilustración», en V. Zapatero (ed.), *Horizontes de la Filosofía del Derecho. Homenaje a Luis*

García San Migel, Tomo 2, Madrid: Servicio de publicaciones de la Universidad de Alcalá, pp. 621-652.

PEETERS, R. (2015), «The price of prevention: The preventative turn in crime policy and its consequences for the rol of the state», *Punishment & Society* 17(2), pp. 163-183.

PEETERS, H. y CHARLIER, P. (1999), «Contributions à une théorie du dispositif», *Hermès* 25, pp. 15-23.

PELTONEN, M. (2004), «From Discourse to Dispositif: Michel Foucault's Two Histories», *Historical Reflections / Reflexions Historiques* 30(2), pp. 205-219.

PEÑARANDA RAMOS, E. (2005), «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 sistemas y derecho penal. Fundamentos y posibilidades de aplicación*, Granada: Comares, pp. 223-255.

PERETTI-WATEL, P. (1999), *Les répresentations du risque*, Tesis Doctoral dirigida por M. Forsé, Institut d'études politiques (París).

PÉREZ ALONSO, E. (2012), «Expansión, riesgo y principio de precaución en el Derecho Penal», en E. Perez Alonso, E. Arana García, P. Mercado Pacheco y J.L. Serrano Moreno (eds.), *Derecho, globalización, riesgo y medio ambiente*, Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 393-414.

PÉREZ CEPEDA, A.I. (2001), «El control de la actividad penitenciaria. El Juez de Vigilancia Penitenciaria», en I. Berdugo Gómez de la Torre y L. Zúñiga Rodríguez (coords.), *Manual de Derecho Penitenciario*, Madrid: Cólex.

— 2006, «El Código Penal de la seguridad: una involución en la política criminal de signo reaccionario», en Mª.J. Bernuz Beneitez y A.I. Pérez Cepeda (coords.), *La tensión entre libertad y seguridad. Una aproximación sociojurídica*, Logroño: Servicio de Publicaciones de la Universidad de La Rioja, pp. pp. 223-243.

— 2007, *La seguridad como fundamento de la deriva del derecho penal postmoderno*, Madrid: Iustel.

— 2008, «De la sociedad neoliberal del riesgo a la expansión del derecho penal», en F. Muñoz Conde (dir.), *Problemas actuales del derecho penal y de la Criminología: estudios penales en memoria de la Profesora Dra. María del Mar Díaz Pita*, Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 163-200.

PÉREZ GONZÁLEZ, S. (2018), *Desestructuración laboral y protección penal del empleo. Una hipótesis de razón punitiva en el postfordismo*, Madrid: Iustel.

PÉREZ RIVAS, N. (2016), «La regulación de la prohibición de aproximarse a la víctima en el Código Penal español», *Ius et Praxis* 22, pp. 91-124.

PERRY, W.L., MCINNIS, B., PRICE, C.C., SMITH, S.C. Y HOLLYWOOD, J.S. (2013), *Predictive Policing. The Role of Crime Forecasting in Law Enforcement Operations*, Santa Mónica (California, EE.UU.): The RAND Corporation.

PERSONS, M.T. (2018): *Artificial Intelligence. Emerging Opportunities, Challenges, and Implications for Policy and Research. Testimony Before the Subcommittees on Research and Technology and Energy, Committee on Science, Space, and Technology. House of Representatives*, Washington, DC: United States Government Accountability Office (GAO).

PETERS, T.W. y WARREN, R.K. (2006), *Getting Smarter About Sentencing: NCSC's Sentencing Reform Survey*, Williamsburg (Virginia, EE.UU.): National Center for State Courts.

PETIT, N. (2017), «Law and Regulation of Artificial Intelligence and Robots. Conceptual Framework and Normative Implications», disponible en SSRN: https://ssrn.com/abstract=2931339

PETROCELLI, B. (1940), *La pericolosità criminale e la sua posizione giuridica*, Padova: CEDAM.

PIETERMAN, R. (2001), «Culture in the Risk Society. An Essay on the Rise of Precautionary Culture», *Zeitschrift Für Rechtssoziologie*, 22(2), pp. 145-168.

PIÑA ROCHEFORT, J.I. (2005), «Algunas consideraciones acerca de la (auto) legitimación del derecho penal. ¿Es el problema de la legitimidad abordable desde una perspectiva sistémico-constructivista?», en C. González-Jara Díez (ed.), *Teoría de sistemas y derecho penal. Fundamentos y posibilidades de aplicación*, Granada: Comares, pp. 257-293.

PITCH, T. (2006), «Prevenire e punire», *Studi sulla questione criminale* I(1), pp. 11-32.

POMED SÁNCHEZ, L. y VELASCO CABALLERO, F. (2003), «Inmigración y policía administrativa de seguridad», en C. Martínez Capdevila y A. Remiro Brotons (coords.), *Movimientos migratorios y derecho*, Madrid: Universidad Autónoma de Madrid y Boletín Oficial del Estado, pp. 135-184.

PONCE SOLÉ, J. (2019a), «Inteligencia Artificial, Derecho Administrativo y reserva de humanidad: algoritmos y procedimiento administrativo debido tecnológico», *Revista General de Derecho Administrativo* 50, pp. 1-52.

— 2019b, «El derecho a una buena administración y la personalización de los servicios públicos. Sesgos, *nudging* e inteligencia artificial», en B. Puentes Cociña y A. Quintiá Pastrana (dirs.), *El derecho ante la transformación digital. Oportunidades, riegos y garantías*, Barcelona: Atelier, pp. 51-71.

PORRAS NADALES, A.J. (2002), «El derecho regulativo», *Revista de Estudios Políticos* 117, pp. 49-72.

PORTILLA CONTRERAS, G. (2006), «La legitimación doctrinal de la dicotomía schmittiana en el derecho penal y procesal penal del 'enemigo'», en M. Cancio Melía y C. Gómez-Jara Díez (coords.), *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión. Vol. 2*, Buenos Aires: Edisofer, BdeF y Euros, pp. 657-686.

POULANTZAS, N. (1979), *Estado, poder y socialismo*, trad. F. Claudín, Madrid: Siglo XXI.

POVIĆ, M. y JIMÉNEZ BAUTISTA, F. (coords.) (2016), *Identificaciones basadas en perfil étnico en Granada. Estudio realizado mediante observación y entrevistas directas*, Granada: ADPHA e Instituto de la paz y los conflictos (Universidad de Granada).

PRATT, J. (1995), «Dangerousness, Risk and Technologies of Power», *Australian and New Zealand Journal of Criminology* 28, pp. 3-31.

— 1997: *Governing the dangerous: dangerousness, law and social change*, Sidney: The Federation Press.

PRESNO LINERA, M.A. (2014), «El primer Anteproyecto de Ley Orgánica para la protección de la seguridad ciudadana», *Teoría y Realidad Constitucional* 34, pp. 269-292.

— 2016, «La expansion del Derecho administrativo sancionador *securitario*: análisis constitucional de la Ley Orgánica para la protección de la seguridad ciudadana», en M.L. Cuerda Arnau y J.A. García Amado (dirs..), *Protección jurídica del orden público, la paz pública y la seguridad ciudadana*, Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 31-56.

PRIETO NAVARRO, E. (2000), «Teoría de sistemas, funciones del derecho y control social: perspectivas e imposibilidades para la dogmática penal», *Doxa* 23, 265-288.

— 2001, «La teoría de sistemas de Niklas Luhmann y el Derecho», en García Amado, J.A. (coord.), *El Derecho en la Teoría Social. Diálogo con catorce propuestas actuales*, Madrid: IISJ Oñati y Dykinson, pp. 325-56.

— 2005, «La teoría de sistemas y el problema del control de la conducta. Perspectivas e imposibilidades para la dogmática penal», en C. Gómez-Jara Díez (ed.), *Teoría de sistemas y derecho penal. Fundamentos y posibilidades de aplicación*, Granada: Comares, pp. 295-17.

PRINA, F. (2003), *Devianza e politiche di controllo. Scenari e tendenze nelle società contemporanee*, Roma: Carocci editore.

PRINS, A. (1910), *La Défense sociale et les transformations du droit pénal*, Bruselas y Leipzig: Misch et Thron.

PRITTWITZ, C. (2003), «Sociedad del riesgo y derecho penal», en L. Arroyo Zapatero, U. Neumann y A. Nieto Martín (eds.), *Crítica y justificación del derecho penal en el cambio de siglo: el análisis crítico de la Escuela de Frankfurt*, Cuenca: Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, pp. 259-288.

— 2012, «La función del Derecho Penal en la sociedad globalizada del riesgo: defensa de un rol necesariamente modesto», en E. Perez Alonso, E. Arana García, P. Mercado Pacheco y J.L. Serrano Moreno (eds.), *Derecho, globalización, riesgo y medio ambiente*, Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 415-427.

PROCTOR, R.N. (2008), «A Missing Term to Describe the Cultural Production of Ignorance (and Its Study)», en R.N. Proctor y L. Schiebinger, *Agnotology: The Making & Unmaking of Ignorance*, Stanford: Stanford University Press, pp. 1-36.

PROTEVI, J. (2009), «The Terri Schiavo Case: Biopolitics, Biopower, and Privacy as Singularity», en R. Braidotti, C. Colebrook y P. Hanafin (eds.), *Deleuze and Law. Forensic Futures*, Basingstoke y Nueva York: Palgrave Macmillan, pp. 59-71.

QUERALT JIMÉNEZ, J.J. (2012), «La detención preventive: previsions legales y constitucionales», en S. Mir Puig y M. Corcoy Bidasolo (dirs.), *Constitución y sistema penal*, Madrid: Marcial Pons, pp. 245-260.

QUINTANAS, A. (2016), «Epidemiología y biopolítica», en A. Estany y À. Puyol (eds.), *Filosofía de la epidemiología social*, Madrid y México: CSIC y Plaza y Valdés, pp. 203-222.

QUINTERO OLIVARES, G. (1999), *Locos y culpables*, Pamplona: Aranzadi.

— 2003, «Los delitos de riesgo en la política criminal de nuestro tiempo», en L. Arroyo Zapatero, U Neumann y A. Nieto Martín (eds.), *Crítica y justificación del derecho penal en el cambio de siglo: el análisis crítico de la Escuela de Frankfurt*, Cuenca: Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, pp. 241-248.

RABINOW, P. (1984) (ed.), *The Foucault Reader*, Nueva York: Pantheon Books.

RABINOW, P. y ROSE, N. (2006), «Biopower Today», *BioSocieties* 1, pp. 195-217.

RACIONERO CARMONA, F. (1998), «El Juez de Vigilancia Penitenciaria: historia de un afán. Minorías y prisión», *Eguzkilore* 12, pp. 37-59.

RAFFNSØE, S. (2008), «Qu'est-ce qu'un dispositif? L'analytique sociale de Michel Foucault», *Symposium. Canadian Journal of Continental Philosophy / Revue canadienne de philosophie continentale* 12(1), pp. 44-66.

RAKOFF, J.S. (2021), «Sentenced by Algorithm», *The New York Review of Books*, 10 de junio de 2021.

RAMIRO RICO, N. (1980), *El animal ladino y otros estudios políticos*, Madrid: Alianza.

RAMOS TORRE T. y GARCÍA SELGAS, F. (eds.), *Globalización, riesgo, reflexividad. Tres temas de la teoría social contemporánea*, Madrid: Centro de Investigaciones Sociológicas.

RAYNER, S. (1992), «Cultural theory and RA», en S. Krimsky y D. Golding (eds.), *Social Theories of Risk*, Westport (Connecticut, EE.UU.): Praeger, pp. 83-115.

REALE, M. (1997), *Teoría tridimensional del derecho: una visión integral del derecho*, trad. A. Mateos, Madrid: Tecnos (1ª ed. en portugués, 1968).

RECASENS I BRUNET, A. (2002), «La polizie», en R. Selmini (a cura di), *La sicurezza urbana*, Bolonia: il Mulino, pp. 233-243.

REDONDO ILLESCAS, S., PÉREZ, M. y MARTÍNEZ, M. (2007), «El riesgo de reincidencia en agresores sexuales: investigación básica y valoración mediante el SVR-20», *Papeles del Psicólogo* 2007 28(3), pp. 187-195.

REICHMAN, N. (1986), «Managing Crime Risks: Toward an Insurance Based Model of Social Control», *Research in Law, Deviance and Social Control* 8, pp. 151-172.

REITH, G. (2004), «Uncertain Times. The Notion of 'Risk' and the Development of Modernity», *Time&Society* 13(2/3), pp. 383-402.

RENN, O. (1992), «Concepts of Risk: A Classification», en S. Krimsky y D. Golding (eds.), *Social Theories of Risk*, Westport (Connecticut, EE.UU.): Praeger, pp. 53-79.

REQUEJO RODRÍGUEZ, P. (2008), «Peligrosidad criminal y Constitución», *InDret, Revista para el análisis del derecho* 2008(3).

RESTA, F. (2006), «Enemigos y criminales. Las lógicas del control», en M. Cancio Melía y C. Gómez-Jara Díez (coords.), *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión. Vol. 2*, trad. M. Cancio Meliá, Buenos Aires: Edisofer, BdeF y Euros, pp. 735-80.

RETTENGERGER, M., RICE, M.E. y HARRIS, G.T. (2017), «Actuarial Risk Assessment of Sexual Offenders: The Psychometric Properties of the Sex Offender Risk Appraisal Guide (SORAG)», *Psychological Assessment* 29(6), pp. 624-638.

REVELLI, M. (2008), *La política perdida*, trad. A. de Cabo y G. Pisarello, Madrid: Trotta (1ª ed. en italiano, 2003).

REY MARTÍNEZ, F. (1995), *El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo*, Madrid: McGraw-Hill.

RICH, M.L. (2016), «Machine Learning, Automated Suspicion Algorithms, and the Fourth Amendment», *University of Pennsylvania Law Review* 164(4), pp. 871-929.

RIEDER, B. (2018), «Scrutinizing an algorithmic technique: the Bayes classifier as interested reading of reality», en D. Beer (ed.), *The social power of algorithms*, Londres y Nueva York: Routledge, pp. 100-117.

RIEKE, A., ROBINSON, D. y YU, H. (2014), *Civil Rights, Big Data, and Our Algorithmic Future*, Leadership Conference on Civil and Human Rights, Wadhington DC: Upturn.

RIGAKOS, G.S y HADDEN, R.W. (2001a), «Crime, capitalism and the 'risk society': Towards the same olde modernity?», *Theoretical Criminology* 5(1), pp. 61-84.

— 2001b, «On continuity, risk and political economy: A response to O'Malley», en *Theoretical Criminology* 5(1), pp. 93-100.

RIVERA, I. y MONCLÚS, M. (2005), «Presentación», en A. De Giorgi, *Tolerancia cero. Estrategias y prácticas de la sociedad de control*, trad. I. Rivera y M. Monclús, Barcelona: Virus, pp. 6-28.

ROBERT, P. (2000), «Les chercherus face aux politiques de prévention», en P. Robert (dir.), *Les politiques de prévention de la délinquance a l'aunte de la recherche. Un bilan international*, París: L'Harmatan, pp. 13-27.

ROBINSON, P.H. (2001), «Punishing Dangerousness: Cloaking Preventative Detention as Criminal Justice», *Harvard Law Review* 114(5), pp. 1429-1456.

ROBINSON, W.S. (1950), «Ecological Correlations and the Behavior of Individuals», *American Sociological Review* 15(3), pp. 351-357.

ROBLES MORCHÓN, G. (2002), *Derecho vivo. Método jurídico y Sociología del Derecho en Eugen Ehrlich*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

ROBLES PLANAS, R. (2007), «'Sexual Predators'. Estrategias y límites del derecho penal de la peligrosidad», *InDret, Revista para el análisis del derecho* 2007(4).

ROCHÉ, S. (1994), *Insécurité et libertés*, París: Seuil.

— 2000, «La théorie de la 'vitre cassée en France. Incivilités et désordres en public», *Revue française de science politique* 50(3), pp. 387-412.

— 2002, *Tolérance zéro? Incivilités et insécurité*, París: Odile Jacob.

RODRÍGUEZ, P. (2013), «Prólogo. El modo de existencia de una filosofía nueva», en G. Simondon, *El modo de existencia de los objetos técnicos*, trad. M. Martínez y P. Rodríguez, Buenos Aires: Prometeo Libros, pp. 9-24.

RODRÍGUEZ CASTRO, J. (2012), «Imposición preceptiva de la pena de alejamiento en las sentencias en materia de violencia de género», *La Ley* 6707.

RODRIGUEZ DEVESA, J.Mª., y A. SERRANO GÓMEZ (1994), *Delitos de lesión y delitos de peligro, en derecho penal español*, Madrid: Dykinson.

RODRIGUEZ DRANGUET, A. (1935), *Defensa social. Tratamiento de los peligrosos. Legislación de vagos y maleantes. Ley y Reglamento*, Madrid: Góngora (Biblioteca de Derecho, Sociología y Política, Vol. XIV).

RODRÍGUEZ IBÁÑEZ, J.E. (1999), «¿Nuevos tiempos modernos? Intento de delimitación sociológica de la polémica modernidad-posmodernidad», en R. Ramos Torre y F. García Selgas (eds.), *Globalización, riesgo, reflexividad. Tres temas de la teoría*

social contemporánea, Madrid: Centro de Investigaciones Sociológicas, pp. 137-166.

RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, J. (1999), «El riesgo como utopía negativa. Notas para una reflexión», en R. Ramos Torre y F. García Selgas (eds.), *Globalización, riesgo, reflexividad. Tres temas de la teoría social contemporánea*, Madrid: Centro de Investigaciones Sociológicas, pp. 191-204.

RODRÍGUEZ YAGÜE, A.C. (2018), *La ejecución de las penas de prisión permanente revisable y de larga duración*, Valencia: Tirant lo Blanch.

ROMEO CASABONA, C.Mª. (1986), *Peligrosidad y derecho penal preventivo*, Barcelona: Bosch.

— 2002, «La peligrosidad y el peligro en la estructura del tipo del delito imprudente», en J.L. Díez Ripollés y J. Cerezo Mir (eds.), *La ciencia del derecho penal ante el nuevo siglo: libro homenaje al profesor doctor don José Cerezo Mir*, Madrid: Tecnos, pp. 950-969.

— 2005, *Conducta peligrosa e imprudencia en la sociedad del riesgo*, Albolote (Granada): Comares.

RODRÍGUEZ DRANGUET, A. (1935), *Defensa social. Tratamiento de los peligrosos. Legislación de vagos y maleantes. Ley y Reglamento*, Madrid: Góngora.

RODRÍGUEZ IBÁÑEZ, J.E. (1995), «La fascinación de la Ley: la razón normativa y sus paradojas a la luz de la teoría sociológica», en *Oñati Proceedings 19: El desarrollo y las Aplicaciones de la Sociología Jurídica en España*, Oñati: Instituto Internacional de Sociología Jurídica, pp. 155-163.

RODRÍGUEZ MOURULLO, G. (1974), «Medidas de seguridad y Estado de derecho», en VV.AA., *Peligrosidad social y medidas de seguridad (La Ley de peligrosidad y rehabilitación social de 4 de agosto de 1970)*, Valencia: Universidad de Valencia, pp. 343-372.

RODRÍGUEZ RAMOS (1984), «La prisión preventiva: ¿pena anticipada, medida cautelar y/o medida de seguridad?», *Diario La Ley*, Tomo 2, p. 1056.

ROLDÁN BARBERO, H. (2010), «El uso de la libertad condicional y su influencia en el tamaño de la población reclusa en España», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* 12(4), pp. 1-17.

ROLPH, J.E. y CHAIKEN, J.M. (1987), *Identifying High-Rate Serious Criminals from Official Records*, Santa Mónica (California, EE.UU.): The RAND Corporation.

RÖPKE, W. (2010), *La crisis social de nuestro tiempo*, trad. J. Medem Sanjuán, Madrid: El Buey Mudo (1ª ed. en alemán, 1942).

ROSE, G. (1990), *Dialéctica del nihilismo. La idea de la ley en el pensamiento postestructuralista*, trad. A. Herrera Patiño, México: Fondo de Cultura Económica (1ª ed. en inglés, 1984).

ROSE, N. (1977), «Fetishism and ideology: a review of theoretical problems», *Ideology & Consciousness* 2, pp. 27-54.

— 1993, «Government, authority and expertise in advanced liberalism», *Economy & Society* 22(3), pp. 283-99.

— 1996a, «Governing 'advanced' liberal democracies», en A. Barry, T. Osborne y N. Rose (eds.), *Foucault and Political reason. Liberalism, neo-liberalism and rationalities of government*, Chicago: The University of Chicago Press, pp. 37-64.

— 1996b, «The Death of the Social? Re-Figuring the Territory of Government», *Economy & Society* 25(3), pp. 327-356.

— 2000, «Identidad, genealogía e historia», en T. Tadeus da Silva (coord.), *Las pedagogías psicológicas y el gobierno del yo en tiempos neoliberales*, trad. Pablo Manzano Bernárdez, 2000, pp. 43-66.

— 2002, «At Risk of Madness», en T. Baker y J. Simon, *Embracing Risk. The Changing Culture of Insurance and Responsability*, Chicago y Londres: The University of Chicago Press, pp. 209-37.

ROSE, N., HUNT, A., FECTEAU, J.-M. y LACEY, N. (1994), «Section IV: Regulating 'the social'», en M. Valverde (comp.), *Radically Rethinking Regulation. Workshop Report*, Toronto: Centre of Criminology, University of Toronto, pp. 45-59 (documento no publicado).

ROSE, N. y MILLER, P. (1992), «Political Power Beyond the State: Problematics of Government», *British Journal of Sociology* 43, pp. 172-203.

ROSE, N. y VALVERDE, M. (1998), «Governed by Law?», *Social & Legal Studies* 7(4), pp. 541-551.

ROSS, E.A. (1901), *Social Control: A Survey of the Foundations of Order*, Nueva York: McMillan.

ROSSEGGER, A., GERTH, J., SEEWALD, K., URBANIOK, F. SINGH, J.P. Y ENDRASS, J. (2013), «Current Obstacles in Replicating Risk Assessment Findings: A Systmatic Review of Commonly Used Actuarial Instruments», *Behavioral Sciences and th Law* 31, pp. 154-64.

ROTH, G. (1987), «Rationalization in Max Weber's Developmental History», en Whimster, S. y Lash, S. (eds.), *Max Weber, Rationality and Modernity*, Londres: Allen&Unwin, pp. 75-91.

ROTHSTEIN, R. (2017), *The Color of Law. A Forgotten History of How Our Government Segregated America*, Nueva York: Liveright Publishing.

ROTHSCHILD-ELYASSI, G., KOEHLER, J. y SIMON, J. (2019), «Actuarial Justice», en M. Deflem (ed.), *The Handbook of Social Control*, Oxford: Wiley-Blackwell, pp. 194-206.

ROYAL SOCIETY, THE (2017), *Machine learning: the power and promise of computers that learn by example*, Londres: The Royal Society, disponible en: https://royalsociety.org/~/media/policy/projects/machine-learning/publications/machine-learning-report.pdf.

ROYO BORDONADA, M.A. y MARTÍN MORENO, J.Mª. (2006), «Epidemiología clínica: metodología y aplicaciones», en J. Frutos García y M.A. Royo (eds.), *Salud pública y epidemiología*, Madrid: Díaz de Santos, pp. 227-280.

RUANO DE LA FUENTE, Y. (1996), *Racionalidad y conciencia trágica: la modernidad según Max Weber*, Madrid: Trotta.

RUBÍN, A. (2016), *Vivir el acontecimiento. Aproximaciones desde el pensamiento contemporaneo*, Santiago de Compostela: Universidade de Santiago de Compostela, editora académica.

RUBINSTEIN, I.S., LEE, R.D. y SCHWARTZ, P.M. (2008), «Data Mining and Internet Profiling: Emerging Regulatory and Technological Approches», *The University of Chicago Law Review* 75(1), pp. 261-285.

RUIZ SUTIL, C. (2016), «El rechazo en frontera o la denominada 'devolución en caliente' y su regulación en la LOEX», *Revista Española de Derecho Internacional* 68(2), pp. 329-336.

SADIN, É. (2015), *La vie algorithmique. Critique de la raison numérique*, París: L'Échappée.

— 2017: *La humanidad aumentada. La administración digital del mundo*, trad. J. Blanco y C. Paccazochi, Buenos Aires: Caja Negra editora (1ª ed. en francés, 2013).

SALAT PAISAL, M. (2012), «Libertad vigilada e imputabilidad: regulación en derecho comparado y realidad normativa en España», *Revista General de Derecho Penal*, 17.

— 2015a, *La respuesta jurídico-penal a los delincuentes imputables peligrosos: especial referencia a la libertad vigilada*, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi.

— 2015b, «Análisis de instituto de la libertad condicional en la reforma del CP de 2015», *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña* 19, pp. 415-436.

SALDAÑA, Q. (1916), *Defensa social y perfección social. Discruso leído en la Universidad Central en la solemne inauguración del curso académico de 1916 á 1917*, Madrid: Imprenta Colonial.

— 1923: *Modernas concepciones penales en España. Teoría pragmática del derecho penal*, Madrid: Calpe.

— 1924, «Estudio preliminar. Pragmatismo jurídico de M. Duguit», en L. Duguit, *El pragmatismo jurídico*, Madrid: Francisco Beltrán.

SALTER, M.B. (2008), «Risk and Imagination in the War on Terror», en L. Amoore y M. de Goede (eds.), *Risk and the War on Terror*, Abingdon y Nueva York: Routledge, pp. 233-246.

SAMIMIAN-DARASH, L. (2009), «A pre-event configuration for biological threats: Preparedness and the constitution of biosecurity events», *American Ethnologist* 36(1), pp. 478-91.

SAMIMIAN-DARASH, L., y RABINOW, P. (2015), «Introduction», en *Ibídem* (eds.), *Modes of Uncertainty. Anthropological Cases*, Chicago: The University of Chicago Press, pp. 1-12.

SAN MARTÍN SEGURA, D. (2006), «Retórica y gobierno del riesgo. La construcción de la seguridad en la sociedad (neoliberal) del riesgo», en A.I. Pérez Cepeda y Mª.J. Bernuz Beneitez (coords.), *La tensión entre libertad y seguridad: una aproximación socio-jurídica*, Logroño: Universidad de La Rioja, pp. 71-105.

— 2011, «Gubernamentalidad y control del riesgo. Una interpretación del auge del pardigma actuarial en el control social», en I. Muñagorri y J.S. Pegoraro (eds.), *Órdenes normativos y control social en Europa y Latinoamérica en la era de la globalización*, Madrid: Dykinson e IISJ, pp. 127-148.

— 2014, «El dolor y la deuda. Mentalidades de gobierno en la crisis financiera del Estado», en R. Susín Betrán y Mª.J. Bernuz Beneitez (coords.), *Seguridad(es) y derechos inciertos*, Zaragoza: Prensas de la Universidad de Zaragoza, pp. 285-319.

— 2019, «Las lógicas de gobierno de lo fronterizo en el espacio Schengen: la frontera como estriación», *Revista CIDOB d'Afers Internacionals* 122, pp. 15-37.

SÁNCHEZ, J.J. (2010), «Quebrar la lógica del dominio. Actualidad de la crítica de Horkheimer a la razón», en M. Horkheimer, *Crítica de la razón instrumental*, trad. J. Muñoz, Madrid: Trotta, 2ª ed., pp. 9-38.

SÁNCHEZ BARRILAO, J.F. (2002), «Identificación documental de nacionales y extranjeros (comentario a la STC 13/2001, de 29 de enero», *Revista Española de Derecho Constitucional* 22, pp. 217-238.

SÁNCHEZ HERRADOR, F.J. (2020), «La nueva libertad condicional en el Código Penal. Algunas cuestiones prácticas», *Diario La Ley* 9729.

SANGUINÉ, O. (2003), *Prisión provisional y derechos fundamentales*, Valencia: Tirant lo Blanch.

SANTAMARÍA ARINAS, R.J. (2018), «Sobre el concepto de revocación en Derecho administrativo», *Revista de Administración Pública* 207, pp. 177-207.

— 2019, *Curso básico de Derecho ambiental general*, Vitoria-Gasteiz: Instituto Vasco de Administración Pública (2ª ed.).

SANTOS REQUENA, A.A. (2001), *La imposición de medidas de seguridad en el proceso penal*, Granada: Comares.

SANZ MORÁN, A.J. (2006), «De nuevo sobre el tratamiento del delincuente habitual peligroso», en Bueno Arús, F., Kury, H., Rodríguez Ramos, L. y Zaffaroni, E.R. (dirs.), Guzmán Dálbora, J.L. y Serrano Maíllo, A. (eds.), *Derecho penal y Criminología como fundamento de la Política criminal. Estudios en homenaje al Profesor Alfonso Serrano Gómez*, Madrid: Dydinson, pp. 1085-1101.

SAUMENCH, D. (1959), *Cálculo médico legal de un índice de peligrosidad*, Tesis Doctoral, Universitat de Barcelona, curso 1959-1960.

SAUQUILLO, J. (2001), *Para leer a Foucault*, Madrid: Alianza.

— 2004: «La radicalización del uso público de la razón. Foucault, lector de Kant», *Daimon. Revista de filosofía* 33, pp. 167-186.

— 2006: «Un 'ethos' para el gobierno y la administración: un debate entre el liberalismo y el jesuitismo políticos», *Isegoría. Revista de filosofía moral y política* 35, pp. 89-105.

SAURWEIN, F., JUST, N. y LATZER, M. (2015), «Governance of algorithms: options and limitations», *Digital Policy, Regulation and Governance (Info)* 17(6), pp. 35-49.

SCHEERER, M.U. (2016), «Regulating Artificial Intelligence Systems: Risks, Challenges, Competencies, and Strategies», *Harvard Journal of Law & Technology* 29(2), pp. 354-400.

SCHEERER, S. Y HESS, H. (1997), «Social Control: a Defense and Reformulation», en R. Bergalli y C. Sumner (eds.), *Control and Political Order. European Perspectives at the End of the Century*, Londres: Sage Publications, pp. 96-130.

SCHOEMAN, F.D. (1979), «On incapacitating the Dangerous», *American Philosophical Quarterly* 16(1), pp. 27-35.

SCHULZ, L. (2000), «La aceleración de las condiciones de vida: reflexiones sobre la reacción adecuada del derecho penal», en Instituto de Ciencias Criminales de Frankfurt y Área de Derecho Penal de la Universidad Pompeu Fabra (eds.), *La insostenible situación del Derecho Penal*, Granada: Comares, pp. 447-468.

SCHULZ, W. y DANKERT, K. (2017), «'Governance by Things' as a challenge to regulation by law», *HIIG Discussion Paper Series*, Alexander von Humboldt Institut für Internet und Gesellschaft.

SCHÜNEMANN, B. (1991a), «Introducción al razonamiento sistemático en derecho penal», en B. Schünemann (comp.), *El sistema moderno del derecho penal: cuestiones fundamentales. Estudios en honor de Claus Roxin en 50º aniversario*, trad. J.M. Silva Sánchez, Madrid: Tecnos, pp. 31-80.

— 1991b: «La función del principio de culpabilidad en el derecho penal preventivo», en B. Schünemann (comp.), *El sistema moderno del derecho*

penal: cuestiones fundamentales, trad. J.M. Silva Sánchez, Madrid: Tecnos, pp. 147-178.

— 1996: «Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia jurídico-penal alemana», trad. M. Cancio Meliá, *Anuario de Derecho penal y Ciencias penales* XLIX(1), pp. 187-218 .

SCOTT, D.N. (2005), «Shifting the Burden of Proof: The Precautionary Principle and Its Potential for the 'Democratization' of Risk», en Law Commission of Canada (ed.), *Law and Risk*, Vancouver y Toronto: UBC Press, pp. 50-85.

SEI, M. (2004), «Técnica, memoria e individuación: la perspectiva de Bernard Stiegler», *Logos. Anales del Seminario de Metafísica* 37, pp. 337-363.

SELMINI, R. (2004), «La prevenzione», en R. Selmini (a cura di), *La sicurezza urbana*, Bolonia: il Mulino, pp. 219-231.

SELVIN, H.C. (1958), «Durkheim's Suicide and Problems of Empirical Research», *American Journal of Sociology* 63(6), pp. 607-619.

SENELLART, M. (2006), «Michel Foucault: governmentalità e ragion di Stato», en S. Chignola (a cura di), *Governare la vita. Un seminario sui Corsi di Michel Foucault al Collège de France (1977-1979)*, trad. G. Morosato, Verona: Ombre corte, pp. 13-36.

SEOANE SPIEGELBERG, J.L. (1997), «Aspectos de la individualización de la pena en el Código Penal de 1995», *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña* 1, 517-536.

SERRANO GONZÁLEZ, A. (1992), *Como lobo entre ovejas. Soberanos y marginados en Bodin, Shakespeare, Vives*, Madrid: Centro de estudios constitucionales.

— 1987, *Michel Foucault. Sujeto, derecho, poder*, Zaragoza: Prensas Universitarias.

SERRANO MORENO, J.L. (2012), «La sociedad del riesgo y el derecho de la sociedad», en E. Perez Alonso, E. Arana García, P. Mercado Pacheco y J.L. Serrano Moreno (eds.), *Derecho, globalización, riesgo y medio ambiente*, Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 355-373.

SHEARING, C.D. y JOHNSON, L. (2005), «Justice in the Risk Society», *The Australian and New Zealand Journal of Criminology* 38(1), pp. 25-38.

SHEARING, C.D. y STENNING, P.C. (1985), «From the Panopticon to Disney World: the Development of Discipline», en A.N. Doob y E.L. Greenspan (eds.), Perspectives in Criminal Law, Ontario (Canadá): Canada Law Book, pp. 335-349.

SIERRA LÓPEZ, Mª.V. (1997), *Las medidas de seguridad en el nuevo Código Penal*, Valencia: Tirant lo Blanch.

SIMPSON, E.H. (1951), «The Interpretation of Interaction in Contingency Tables», *Journal of the Royal Statistical Society. Series B (Methodological)* 13 (2), pp. 238-241.

SINGH, J.P, GRANN, M. y FAZEL, S. (2011), «A comparative study of vilence risk assessment tolos: A systematic review and metaregression analysis of 68 studies involving 25,980 participants», *Clinical Psychology Review* 31, pp. 499-513.

SILVA SÁNCHEZ, J.Mª. (1997), «Política criminal en la dogmática: algunas cuestiones sobre su contenido y limites», en J.M. Silva Sánchez (ed.), *Política criminal y nuevo Derecho Penal. Libro homenaje a Claus Roxin*, Barcelona: José Mª. Bosch editor, 17-29.

— 2000, «Prólogo a la edición española», en Instituto de Ciencias Criminales de Frankfurt y Área de Derecho Penal de la Universidad Pompeu Fabra (eds.), *La insostenible situación del Derecho Penal*, Granada: Comares, XI-XV.

— 2001, *La expansión del derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, Madrid: Civitas (2ª ed., revisada y ampliada).

SILVA SÁNCHEZ, J., FELIP I SABORIT, D., ROBLES PLANAS, R. y PASTOR MUÑOZ, N. (2003), «La ideología de la seguridad en la legislación penal española presente y futura», en C. da Agra, J.L. Domínguez, J.A. García Amado, P. Hebberecth y A. Recasens (dirs.), *La seguridad en la sociedad del riesgo: un debate abierto*, Barcelona: Atelier, pp. 113-135.

SILVER, E. (2000), «Actuarial Risk Assessment: Reflections on an Emerging Social-Scientific Tool», *Critical Criminology* 9(1-2), pp. 123-143.

SILVER, N. (2014), *La señal y el ruido*, trad. C Andreu Saburit y C. Villalba Ruiz, Barcelona: Península (1ª ed. en inglés, 2012).

SIMON, J. (1987), «The Emergence of a Risk Society: Insurance, Law, and the State», *Socialist Review* 95, pp. 61-89.

— 1988, «The Ideological Effects of Actuarial Practices», *Law and Society Review* 22, pp. 771-800.

— 1998, «Managing the Monstrous: Sex Offenders and the New Penology», *Psychology, Public Policy and Law* 4, pp. 452-467

— 2005, «Reversal of Fortune: The Resurgence of Individual risk Assessment in Criminal Justice», *Annual Review of Law and Social Science* 1(1), pp. 397-421.

— 2007, *Governing Through Crime. How the War on Crime Transformed American Democracy and Created a Culture of Fear*, Nueva York: Oxoford University Press.

SIMON, J. y FEELEY, M. (2003), «The Form and Limits of the New Penology», en T.G. Blomberg y S. Cohen (eds.), *Punishment and Social Control (Enlarged Second Edition)*, Hawthorne (Nueva York, EE.UU.): Aldine de Gruyter, pp. 75-116.

SIMÓN CASTELLANO, P. (2021a), «El régimen jurídico-constitucional de la prisión provisional en España», *Revista Penal México* 18, pp. 171-184.

— 2021b, «Inteligencia artificial y Administración de Justicia: ¿*Quo vadis, justitia*?», *Revista d'Internet, Dret i Política* 33, pp. 1-15.

SIMONDON, G. (2005), *L'invention dans les techniques. Cours et conférences*, ed. J.-Y. Chateau, París: Seuil.

— 2013a, *El modo de existencia de los objetos técnicos*, trad. M. Martínez y P. Rodríguez, Buenos Aires: Prometeo Libros (original en francés 1954).

— 2013b, *Imaginación e invención (1965-1966)*, trad. P. Ires, Buenos Aires: Cactus (1ª ed. en francés 2008).

— 2015, *La individuación a la luz de las nociones de forma y de información*, trad. P. Ires, Buenos Aires: Cactus (original en francés 1964).

— 2017, *Sobre la técnica (1953-1983)*, trad. M. Martínez y P. Rodríguez, Buenos Aires: Cactus (original en francés 2014).

SINGH, J., FAZEL, S., GUEORGUIEVA, R. y BUCHANAN, A. (2014), «Rates of Violence in patients classified as high risk by structured risk assessment instruments», *The British Journal of Psychiatry* 204, pp. 180-187.

SITTON, J. (2006), *Habermas y la sociedad contemporánea*, trad. J.C. Rodríguez Aguilar, México, D.F.: Fondo de Cultura Económica.

SKEEM, J.L. y MONAHAN, J. (2011), «Current Directions in Violence Risk Assessment», *Psychological Science* 20(1), pp. 38-42.

SLINGENEYER, T. (2007), «La nouvelle pénologie, une grille d'analyse des transformations des discours, des techniques et des objectifs dans la pénalité», *Champ Pénal* IV.

SLOBOGIN, C. (1984), «Dangerousness and Expertise», *University of Pennsylvania Law Review* 133, pp. 97-174.

— 2003, «A Jurisprudence of Dangerousness», *Northwestern University Law Review* 98(1), pp. 1-62.

— 2006, «Dangerousness and Expertise Redux», *Emory Law Journal* 56(2), pp. 275-325.

SLOTERDIJK, P. (1999), *Normas para el parque humano. Una respuesta a la «Carta sobre el Humanismo»*, trad. T. Rocha Barco, Madrid: Siruela (1ª ed. en alemán, 1999).

— 2003, *Esferas I: Burbujas. Microsferología*, trad. I. Reguera, Madrid: Siruela (1ª ed. en alemán, 1998).

— 2012, *Has de cambiar tu vida. Sobre antropotécnica*, trad. P. Madrigal, Valencia: Pre-textos (1ª ed. en alemán, 2009).

SMART, B. (2002), *Michel Foucault (revised edition)*, Nueva York: Routledge.

SORIANO ARNANZ, A. (2021), «Decisiones automatizadas y discriminación: aproximación y propuestas generales», *Revista General de Derecho Administrativo* 56, pp. 1-45.

SPARKS, R. (2001), «Degrees of estrangement: the cultural theory of risk and comparative penology», *Theoretical Criminology* 5(2), pp. 159-76.

SOLAR CALVO, P. (2019), «Consecuencias penitenciarias de la relación de sujeción especial. Por un necesario cambio de paradigma», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales* LXXII, pp. 777-809.

SOUTO GARCÍA, E.Mª. (2013), «Las prohibiciones de residir en determinados lugares o acudir a ellos como penas privativas de (otros) derechos en el Código Penal de 1995», *Revista de Derecho Penal y Criminología* 9, pp. 173-204.

SPENCE, K. (2005), «World Risk Society and War Against Terror», *Political Studies* 53, pp. 284-302.

STAECHELIN, G. (2000), «¿Es compatible la 'prohibición de infraprotección' con una concepción liberal del derecho penal?», en Instituto de Ciencias Criminales de Frankfurt y Área de Derecho Penal de la Universidad Pompeu Fabra (eds.), *La insostenible situación del Derecho Penal*, Granada: Comares, pp. 289-304.

STALCUP, M. (2015), «Policing Uncertainty: On Suspicious Activity Reporting», en L. Samimian-Darash y P. Rabinow (eds.), *Modes of Uncertainty. Anthropological Cases*, Chicago: The University of Chicago Press, pp. 69-87.

STARR, S.B. (2014), «Evidence-Based Sentencing and the Scientific Rationalization of Discrimination», *Standford Law Review* 66(4), pp. 803-872.

STENSON, K. (1999), «Crime Control, Governmentality and Sovereignty», en R. Smandych (ed.), *Governable Places. Readings on Governmentality and Crime Control*, Aldershot: Ashgate, pp. 45-73.

STIEGLER, B. (2002), *La técnica y el tiempo. I. El pecado de Epimeteo*, trad. B. Morales, Hondarribia: Hiru (1ª ed. en francés 1994).

STOA (PANEL FOR THE FUTURE OF SCIENCE AND TECHNOLOGY, EUROPEAN PARLIAMENT) (2019), *A governance framework for algorithmic accountability and transparency*, autor principal A. Koene, Bruselas: European Parliamentary Research Service, Parlamento Europeo.

— 2020, *The ethics of artificial intelligence: Issues and initiatives*, Bruselas: European Parliamentary Research Service.

SUBIJANA ZUNZUNEGUI, I. (2010), «La igualdad y la violencia de género en el orden jurisdiccional penal. Hacia una estrategia actuarial en el tratamiento punitivo de la violencia del hombre sobre la mujer en la relación de pareja», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* 12(5), pp. 1-24.

SUCAR, L.E. (2015), *Probabilistic Graphical Models. Principles and Applications*, Londres: Springer.

SUPIOT, A. (2007), *Homo juridicus. Ensayo sobre la función antropológica del derecho*, trad. S. Mattoni, Buenos Aires: Siglo XXI Editores Argentina (1ª ed. en francés 2005).

SUMNER, K. (1997a), «Social Control: The History and Politics of a Central Concept in Anglo-American Sociology», en R. Bergalli y C. Sumner (eds.), *Control and Political Order. European Perspectives at the End of the Century*, Londres: Sage Publications, pp. 1-33.

— 1997b, «The Decline of Social Control and the Rise of Vocabularies of Struggle», en R. Bergalli y C. Sumner (eds.), *Control and Political Order. European Perspectives at the End of the Century*, Londres: Sage Publications, pp. 131-150.

SUSÍN BETRÁN, R. (2000), *La regulación de la pobreza. El tratamiento jurídico-político de la pobreza: los ingresos mínimos de inserción*, Logroño: Universidad de La Rioja.

— 2006, «La revalorización del miedo como instrumento de regulación social: de la inseguridad y otras miserias», en A.I. Pérez Cepeda y Mª.J. Bernuz Beneitez (coords.), *La tensión entre libertad y seguridad: una aproximación socio-jurídica*, Logroño: Universidad de La Rioja, pp. 123-159.

SYMONS, J.C. (1984), *Tactics for the Times. As Regards the Conditions and Treatment of the Dangerous Classes*, Nueva York y Londres: Garland Publishing (1ª ed., Londres, 1849).

SZMUKLER, G. (2003), «Risk assessment: 'numbers' and 'values'», *Psychiatric Bulletin* 27, pp. 205-207.

TADROS, V. (1998), «Between Governance and Discipline: The Law and Michel Foucault», *Oxford Journal of Legal Studies* 18, pp. 75-103.

TARRÉS VIVES, M. (2003), *Normas técnicas y ordenamiento jurídico*, Valencia: Tirant lo blanch.

TAYLOR, I., WALTON, P. y YOUNG, J. (1990), *La nueva criminología. Contribución a una teoría social de la conducta desviada*, trad. A. Crosa, Buenos Aires: Amorrortu (1ª ed. en inglés 1973).

TÉBAR VILCHES, B. (2006), «La aplicación de la libertad condicional en España», *Revista de Derecho Penal y Criminología* 18, pp. 283-315.

TERRADILLOS BASOCO, J. (1981), *Peligrosidad social y Estado de derecho*, Akal: Madrid.

— 1999, «Peligro abstracto y garantías penales», *Nuevo Foro Penal* 62, pp. 67-94.

TEUBNER, G. (1983), «Substantive and Refleive Elements in Modern Law», *Law & Society Review* 17(2), pp. 239-286.

— 1987, «Juridification. Concepts, Aspects, Limits, Solutions», en G. Teubner (ed.), *Juridification of Social Spheres*, Berlín: Walter de Gruyter, pp. 3-48.

— 1988, «The Transformation of Law in the Welfare State», en G. Teubner (ed.), *Dilemmas of Law in the Welfare State*, Berlin: Walter de Gruyter, pp. 3-10.

— 1993, *Law as an Autopoietic System*, trad. A. Bankowska y R. Adler, Oxford (Gran Bretaña): Blackwell (1ª ed. en alemán, 1989).

— 2002, «El derecho como sujeto epistémico: hacia una epistemología constructivista del derecho», trad. C. Gómez-Jara Díez, *Doxa* 25, pp. 533-571.

THORNTON, D. (2007), *Scoring Guide for Risk Matrix 2000.9/SVC*, Londres: Ministry of Justice.

TIBBITS, C. (1931), «Success or Failure on Parole Can Be Predicted: A Study of the Records of 3,000 Youths Paroled from the Illinois State Reformatory», *Journal of Criminal Law and Criminology* 22(1), pp. 11-50.

TINHOLT, D., CARRARA, W. y VAN DER LINDen, N. (2017), *Unleashing the potential of Artificial Intelligence in the Public Sector*, París: Capgemini Consulting.

TISCHBIREK, A. (2020), «Artificial Intelligence and Discrimination: Discriminating Against Discriminatory Systems», en T. Wischmeyer y T. Rademacher (eds.), *Regulating Artificial Intelligence*, Cham (Suiza): Springer, pp. 103-121.

TOMÉ GARCÍA, J.A. (2006), *Intervención del juez penal en la expulsión de extranjeros: internamiento preventivo, autorización judicial para la expulsión administrativa del inculpado o procesado, expulsión judicial sustitutiva del condenado*, Madrid: Colex.

TORÍO LÓPEZ, A. (1981), «Los delitos de peligro hipotético», *Anuario de derecho penal y ciencias penales* 33(1), pp. 825-848.

TOURAINE, A. (1993), *Crítica de la modernidad*, trad. M. Armiño, Madrid: Temas de Hoy (1ª ed. en francés, 1992).

TULKENS, F. (1988), «Un chapitre de l'histoire des réformateurs. Adolphe Prins et la defense sociale», en F. Tulkens (rec.), *Généalogie de la défense sociale en Belgique (1880-1914)*, Bruselas: E. Story-Scientia, pp. 17-46.

TULLOCH, J. (2008), «Culture and Risk», en J.O. Zinn (ed.), *Social Theories of Risk and Uncertainty*, Malden, Oxford y Victoria: Blackwell, pp. 138-167.

TRIELLI, D., STARK, J.A. y DIAKOPOULOS, N. (2017), «Algorithm Tips: A Resource for Algorithmic Accountability in Government», disponible en: http://www.nickdiakopoulos.com/wp-content/uploads/2011/07/AlgorithmTipsTrielliStarkDiakopoulos.pdf

TURCHIN, A. (2019), «AI Alignment Problem: 'Human Values' don't Actually Exist», disponible en PhilArchive: https://philarchive.org/archive/TURAPP

TURNER, B.S. (1987), «The Rationalization of the Body: Reflections on Modernity and Discipline», en Lash, S. y S. Whimster, *Max Weber, Rationality and Modernity*, Londres: Allen&Unwin, pp. 222-241.

TUTT, A. (2017), «An FDA for Algorithms», *Administrative Law Review* 69(1), 83-123.

TVERSKY, A. y KAHNEMAN, D. (1974), «Judgment under Uncertainty: Heuristics and Biases», *Science* 185(4157), pp. 1124-1131.

TYLER, T.R. (1997), «Three Strikes and You Are Out, but Why? The Psychology of Public Support for Punishing Rule Breakers», *Law & Society Review* 2, pp. 237-265.

UNHCR (2004), *Annotated Comments on the EC Council Directive 2004/838EC of 29 April 2004 on Minimum Standards for the Qualification and Status of Third Country Nationals or Stateless Persons as Refugees or as Persons Who Otherwise Need Internatioal Protection and the Content of the Protection granted* (OJ L 304/12 of 3.9.2004).

UNDERWOOD, B.D. (1979), «Law and the Crystal Ball: Predicting Behavior with Statistical Inference and Individualized Judgment», *Yale Law Journal* 88, pp. 1408-1448.

VALERO TORRIJOS, J. (2019), «Las garantías jurídicas de la inteligencia artificial en la actividad administrativa desde la perspectiva de la buena administración», *Revista catalana de dret públic* 58, pp. 82-96.

VALVERDE, M. (2000), «Alan Hunt. Governing Morals: A Social History of Moral Regulation», *Canadian Journal of Sociology Online* 25(1).

— 2003a, *Law's Dream of a Common Knowledge*, Princeton: Princeton University Press.

— 2003b, «Pragmatist and Non-pragmatist Knowledge Practices in American Law», *Pragmatism, Law and Governmentality*, Paper 1.

— 2008, «Police, Sovereignty, and Law. Foucaultian Reflections», *Carceral Notebooks* 4: *Discipline, Security, and Beyond. Rethinking Michael Foucault's 1978 & 1979 Collège de France Lectures*, pp. 15-32.

— 2015, *Chronotopes of Law. Jurisdiction, Scale and Governance*, Abingdon y Nueva York: Routledge.

VALVERDE, M., LEVI, R. y MOORE, D. (2005), «Legal Knowledges of Risks», en Law Commission of Canada (ed.), *Law and Risk*, Vancouver y Toronto: UBC Press, pp. 86-120.

VAN COILE, R. (2016), «Probability», en A. Burgess, A. Alemanno y J.O. Zinn (eds.), *Routledge Handbook of Risk Studies*, Abingdon y Nueva York: Routledge, pp. 27-38.

VAN MUNSTER, R., (2005), «Logics of Security: The Copenhagen School, Risk Management and the War on Terror», *Political Science Publications* 10.

VARELA CASTEJÓN, X. y RAMÍREZ ORTIZ, J.L. (2010), «Doce tesis en mataeria de detención policial preprocesal», *Revista Catalana de Securetat Pública* 22, pp. 207-230.

VÁZQUEZ GARCÍA, F. (1995), *Foucault. La historia como crítica de la razón*, Barcelona: Montesinos.

— 2009, «Foucault y la filosofía analítica», *Ambiente Jurídico* 11, pp. 109-143.

VÁZQUEZ GONZÁLEZ, C. (2012), «Consideraciones político-criminales sobre la nueva medida de libertad vigilada», *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid* 25, pp. 189-210.

VEALE, M. y BRASS, I. (2019), «Administration by Algorithm? Public Management meets Public Sector Machine Learning», en K. Yeung y M. Lodge (eds.), *Algorithmic Regulation*, Oxford: Oxford University Press, disponible en: https://www.researchgate.net/publication/332555598_Administration_by_Algorithm_Public_Management_meets_Public_Sector_Machine_Learning

VEGA, J. (2000), *La idea de ciencia en el derecho. Una crítica histórico-gnoseológica a partir de la idea de «ciencia normativa»*, Oviedo: Fundación Gustavo Bueno y Pentalfa Ediciones.

VEGA ALOCÉN, M. (2002), «La naturaleza jurídica de la libertad condicional», *Revista de Estudios Penitenciarios* 249, pp. 171-186.

VELASCO CABALLERO, F. (2006), «Inmigración y policía administrative de seguridad», *Revista catalana de securetat pública* 17, pp. 227-260.

VELLIDO, A., MARTÍN-GUERRERO, J.D. y LISBOA, P.J.G. (2012), «Making machine learning models interpretable», *ESANN 2012 proceedings, European Sympsium on Artificial Neural Networks, Computational Intelligence and Machine Learning, Burges – April 25-26-27 2012*, Brujas: ESANN, pp. 163-172.

VERNEGO, R.J. (1986a), «Ciencia jurídica o técnica política: ¿Es posible una ciencia del derecho?», *Doxa: Cuadernos de filosofía del derecho* 3, pp. 289-296.

VILA VIÑAS, D. (2012), *El gobierno de la infancia: análisis socio-jurídico del control y de las políticas de la infancia contemporáneas*, Tesis Doctoral dirigida por M. Calvo García, Universidad de Zaragoza, Departamento de Derecho Penal, Filosofía del Derecho e Historia del Derecho.

— 2014, *La gobernabilidad más allá de Foucault. Un marco para la teoría social y política contemporáneas*, Zaragoza: Prensas de la Universidad de Zaragoza.

VILLACRECES DEL FOSCO, M.O. (1895), *Asociación de la Medicina legal. Derecho punitivo*, Puebla (México): Benjamín Lara.

VV.AA. (1929), *The Illinois Crime Survey*, Chicago: Illinois Association for Criminal Justice y The Chicago Crime Commission.

VV.AA. (2019), *Conclusiones del I Seminario Internacional Derecho Administrativo e Inteligencia Artificial*, Toledo: Universidad de Castilla-La Mancha, 1 abril 2019.

VOLD, G.B. (1931), *Prediction Models and Parole: A Study of the Factors Involved in the Violation or Non-Violation of Parole in a Group of Minnesota Adult Males*, Hanover (New Hampshire, EE.UU.): The Sociological Press.

VON LISTZ, F. (1994), *La idea de fin en el derecho penal*, México, D.F.: Universidad Nacional Autónoma de México y Universidad de Valparaíso de Chile (1ª ed. en alemán, 1882).

WÆVER, O. (1995), «Securitization and Desecuritization», en Lipschutz, R. (ed.), *On Security*, Nueva York: Columbia University Press, pp. 46-85.

WACHTER, S., MITTELSTADT, B. y FLORIDI, L. (2017), «Why a Right to Explanation of Automated Decision-Making Does Not Exist in the General Data Protection Regulation», *International Data Privacy Law* 7(2), pp. 76-99.

WACQUANT, L. (2001a), *Las cárceles de la miseria*, trad. H. Pons, Madrid: Alianza.

— 2001b, «Delitto e castigo in America da Nixon a Clinton», *Dei delitti e delle pene. Revista di studi sociali, storici e giuridici sulla questione criminale* 1-2-3, pp. 31-50.

— 2003, «Penalización de la miseria y proyecto político neoliberal», *Archipiélago. Cuadernos de crítica de la cultura* 55, pp. 61-74.

WAGMAN, D. (2006), «Discriminación policial – Racial profiling», *Boletín Criminológico (Instituto andaluz interuniversitario de Criminología)* 87, pp. 1-4.

WAGNER, B. (2016), «Efficiency vs. Accountability? Algorithms, Big Data and Public Administration», *Wetenschappeliijk Bureau GroenLinks*, disponible en: https://wetenschappelijkbureaugroenlinks.nl/artikel-tijdschrift/efficiency-vs-accountability (acceso el 19 de noviembre de 2019).

WANDALL, R.H. (2006), «Actuarial risk assessment. The loss of recognition of the individual offender», *Law, Probability and Risk* 5, pp. 175-200.

WARNER, S.B. (1923), «Factors Determining Parole from the Massachusetts Reformatory: The Reporto f the Director of Committee on Criminal Records and Statistics», *Journal of the American Institute of Criminal Law and Criminology* 14(12), pp. 172-176.

WARREN, R.K. (2007), *Evidence-Based Practice to Reduce Recidivism: Implications for State Judiciaries*, Williamsburg (Virginia, Estados Unidos): National Center for State Courts.

— 2009, «Arming the Courts with Research: 10 Evidence-Based Sentencing Initiatives to Control Crimes and Reduce Costs», *Public Safety Policty Brief* 8, pp. 1-6.

WATSON, D. (2002), *Contra la megamáquina. Ensayos sobre el Imperio y el desastre tecnológico*, trad. A.J. Sewell y J.R. Ibáñez Ibáñez, Barcelona: Alikornio (1ª ed. en inglés, 1998).

WEBER, M. (2014), *Economía y Sociedad*, trad. J. Medina Echevarría, J. Roura Parella, E. Ímaz, E. García Máynez y J. Ferrater Mora, F. Gil Villegas, México D.F.: Fondo de Cultura Económica (1ª ed. en alemán, 1922).

— 2015, *La ética protestante y el espíritu del capitalismo*, trad. J. Navarro Pérez, Madrid: Akal (1ª ed. en alemán, 1905/1920).

WEEKS, H.A. (1943), «Predicting Juvenile Delinquency», *American Sociological Review* 8(1), pp. 40-46.

WEIR, L. (1996), «Recent developments in the government of pregnancy», *Economy and Society* 25(3), pp. 372-392.

WEISBURD, D. (2004), «The emergence of crime places in crime prevention», en G. Bruinsma, H. Elffers y J. de Keijser (eds.), *Punishment, Places and Perpetrators. Developments in criminology and criminal justice research*, Abingdon y Nueva York: Routledge, pp. 155-168.

WICKHUM, R. (2013), «Security as Dispositif: Michel Foucault in the Field of Security», *Foucault Studies* 15, pp. 164-171.

WILKINS, L.T. (1985), «The Politics of Prediction», en D.P. Farrington, *Prediction in Criminology*, Albany: State University of New York Press, pp. 34-52.

WILLKE, H. (1988), «Three Types of Legal Structure: The Conditional, the Purposive and the Relational Program», en G. Teubner (ed.), *Dilemmas of Law in the Welfare State*, Berlin: Walter de Gruyter, pp. 280-298.

WILSON, J.Q. (2013), *Thinking about Crime (revised edition)*, Nueva York: Basic Books (1ª ed., 1975).

WILSON, D. y WEBER, L. (2008), «Surveillance, Risk and Preemption on the Australian Border», *Surveillance & Society* 5(2), pp. 124-141.

WINNER, L. (2008), *La ballena y el reactor. Una búsqueda de los límites en la era de la alta tecnología*, trad. J. Bustamante, Barcelona: Gedisa (1ª ed. en inglés, 1986).

WITMER, H.L. (1927), «Some Factors in Success or Failure on Parole», *Journal of the American Institute of Criminal Law and Criminology* 18(3), pp. 384-403.

WIPO (2019), *WIPO Technology Trends 2019: Artificial Intelligence*, Ginebra: World Intellectual Property Organization.

WISCHMEYER, T. (2020), «Artificial Intelligence and Transparency: Opening the Black Box», en T. Wischmeyer y T. Rademacher (eds.), *Regulating Artificial Intelligence*, Cham (Suiza): Springer, pp. 75-101.

WITTEN, H., FRANK, E., HALL, M.A. y PAL, C.J. (2017), *Data Mining. Practical Machine Learning Tools and Techniques*, Cambridge, MA: Elsevier, 4ª ed. (1ª ed., 2000).

WONG, S.C.P. y GORDON, A. (2006), «The validity and reliability of the Violence Risk Scale. A Treatment-Friendly Violence Risk Assessment Tool», *Psychology, Public Policy and Law* 12(3), pp. 279-309.

YANG, M., WONG, S.C.P y COID, J. (2010), «The Efficacy of Violence Prediction: A Meta-Analytic Comparison of Nine Risk Assessment Tools», *Psychological Bulletin* 136(5), pp. 740-767.

YEUNG, K. (2008), «Towards an Understanding of Regulation by Design», en R. Brownsword y K. Yeung (eds.), *Regulating Technologies. Legal Futures, Regulatory Frames and Technological Fixes*, Oxford: Hart Publishing, pp. 79-107.

— 2018a, «Algorithmic regulation: A critical interrogation», *Regulation & Governance* 12(4), pp. 505-523.

— 2018b, «'Hypernudge': Big Data as a mode of regulation by design», en D. Beer (ed.), *The social power of algorithms*, Londres y Nueva York: Routledge, pp. 118-136.

YOUNG, J. (2003), *La sociedad «excluyente». Exclusión social, delito y diferencia en la Modernidad tardía*, trad. R. Bergalli y R. Sagarduy, Madrid: Marcial Pons (1ª ed. en inglés, 1999).

— 2015, *La imaginación criminológica*, trad. A. Gavela Llopis, Madrid: Marcial Pons (1ª ed. en inglés, 2011).

ZAFFARONI, E.R. (1987), *Tratado de Derecho Penal. Parte General. Volumen II*, Buenos Aires: Ediar.

ZAFIROVSKI, M. (2003), «What is Rationality? Selected Conceptions from Social Theory», *Social Epistemology* 17(1), pp. 13-44.

ZALNIERIUTE, M., MOSES, L.B. Y WILLIAMS, G. (2019), «The rule of law and automation of government decision-making», *Modern Law Review* 17(1), pp. 425-455.

ZAMORANO FARÍAS, R. y ROGEL-SALAZAR, R. (2013), «El dispositivo de poder como medio de comunicación: Foucault–Luhmann», *Política Sociedad* 50(3), pp. 959-980.

ZARKA, Y.C. (2002), «Foucault et l'idée d'une histoire de la subjectivité: le moment moderne», *Archives de Philosophie* 65, pp. 255-267.

— 2006, *La otra vía de la subjetividad: seis estudios sobre el sujeto y el derecho natural en el siglo XVII*, trad. M.V. Grau, Madrid: Dykinson.

ZARSKY, T. (2017), «An Analytic Challenge: Discrimination Theory in the Age of Predictive Analytics», *I/S: A Journal of Law and Policy for the Information Society* 14(1), pp. 11-35.

— 2016: «The Trouble with Algorithmic Decisions: An Analytic Road Map to Examine Efficiency and Fairness in Automated and Opaque Decision Making», *Science, Technology & Human Values* 41(1), pp. 118-132.

ZEDNER, L. (2007), «Pre-crime and post-criminology?», *Theoretical Criminology* 11(2), pp. 261-281.

— 2009a, *Security*, Londres y Nueva York: Routledge.

— 2009b, «*Fixing the Future?* The Pre-emptive Turn in Criminal Justice», en B. McSherry, A. Norrie y S. Bronitt, *Regulating Deviance. The Redirection of Criminalisation and the Futures of Criminal Law*, Portland: Hart Publishing, pp. 35-58.

ZINN, J.O. (2008), «Introduction: The Contribution of Sociology of the Discourse of Risk and Uncertainty», en J.O. Zinn (ed.), *Social Theories of Risk and Uncertainty. An Introduction*, Malden, Oxford y Victoria: Blackwell, pp. 1-17.

ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L. (2001), «Relaciones entre Derecho Penal y Derecho Adminsitrativo sancionador. ¿Hacia una 'administrativización del Derecho Penal o una 'penalización' del Derecho Administrativo sancionador?», en L.A. Arroyo Zapatero e I. Berdugo Gómez de la Torre (coords.), *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos: «in memoriam»*, Cuenca: Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha y Universidad de Salamanca, vol 1., pp. 1417-1444.

ZURITA BAYONA, J. (2014), *Violencia contra la mujer. Marco histórico evolutivo y predicción del nivel de riesgo*, Tesis Doctoral dirigida por L.F. García Rodríguez, Universidad Autónoma de Madrid, Facultad de Psicología.