

La tensión entre libertad y seguridad

Una aproximación sociojurídica

M^a José Bernuz Beneitez
y Ana Isabel Pérez Cepeda (coord.)



UNIVERSIDAD
DE LA RIOJA

Colección Jurídica

Tensión

LA TENSION ENTRE LIBERTAD Y
SEGURIDAD

UNA APROXIMACION SOCIO-JURIDICA

COLECCIÓN JURÍDICA

n.º 22

M^a José Bernuz Beneitez
Ana Isabel Pérez Cepeda
(Coordinadoras)

LA TENSION ENTRE LIBERTAD Y
SEGURIDAD
UNA APROXIMACION SOCIO-JURIDICA

UNIVERSIDAD DE LA RIOJA
Servicio de Publicaciones
2023



La tensión entre libertad y seguridad. Una aproximación socio-jurídica

de M^a José Bernuz Beneitez, Ana Isabel Pérez Cepeda (coordinadoras) (publicado por la Universidad de La Rioja) se encuentra 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.

© Las autoras

© Universidad de La Rioja, Servicio de Publicaciones, 2023

publicaciones.unirioja.es

E-mail: publicaciones@unirioja.es

ISBN: 978-84-09-51628-5

SUMARIO

PRESENTACIÓN.....	9
PRIMERA PARTE	
UN MARCO CONCEPTUAL PARA UBICAR LA HISTORIA DE UNA TENSIÓN INEVITABLE.....	17
“ <i>La levedad de la seguridad frente al caos</i> ”, María José Bernuz Beneitez y María José González Ordovás.....	19
“ <i>Libertad y seguridad ¿binomio incompatible?</i> ”, José María Aguirre Oraa.....	43
“ <i>Las transformaciones del Estado: del Estado protector al Estado de seguridad</i> ”, José María Martínez de Pisón.....	55
“ <i>Retórica y gobierno del riesgo. La construcción de la seguridad en la sociedad (neoliberal) del riesgo</i> ”, David San Martín Segura.....	71
“ <i>Libertad, seguridad, sociedad del riesgo y derecho penal del enemigo</i> ”, Eduardo Demetrio Crespo.....	107
SEGUNDA PARTE	
ALARMA, MIEDO Y VIOLENCIA. LIBERTAD VERSUS SEGURIDAD.....	121
“ <i>La revalorización del miedo como instrumento de regulación social. De la inseguridad y otras miserias</i> ”, Raúl Susín Betrán.....	123
“ <i>La excepción como regla</i> ”, José Ignacio Lacasta Zabalza.....	159
“ <i>La decisión judicial, la prisión provisional y la alarma social</i> ”, M ^a Luisa Casares Villanueva y Andrés García Inda.....	181
“ <i>El carácter instrumental de la violencia</i> ”, Gloria María Gallego García.....	201
TERCERA PARTE	
ALGUNOS ÁMBITOS DE LA TENSIÓN-DISTENSIÓN.....	221
“ <i>El código penal de la seguridad: una involución en la política criminal de signo reaccionario</i> ”, Ana Isabel Pérez Cepeda.....	223

<i>“La respuesta jurídica frente a la violencia familiar de género. Análisis de la ley orgánica 1/2004, de medidas de protección integral contra la violencia de género”</i> , Manuel Calvo García	245
<i>“La seguridad de la víctima de violencia doméstica frente a los derechos del imputado”</i> , Raquel Asensio Calvo	277
<i>“Doctrina de la seguridad nacional versus ius ante bellum. En torno a la nula constitucionalización del conflicto armado”</i> , Francisco Palacios Romeo	297
<i>“La estrategia de seguridad nacional de Estados Unidos de América analizada desde la perspectiva de la Teoría de la Elección Racional”</i> , Philippe Harrison Eyquem	317

PRESENTACIÓN

Este libro, como su propio título indica, aborda un tema: el de la tensión entre la libertad y la seguridad, que cuenta ya con una larga tradición en la historia del pensamiento jurídico y político. De hecho, el liberalismo político o el contractualismo, que parten de una cierta medida y ponderación de ambos, aparecen como referencias ya consolidadas y clásicas. Teniendo siempre en cuenta la tradición de la dualidad y partiendo de la misma, las diferentes contribuciones que se integran en este volumen colectivo nos ofrecen una visión renovada, porque también es nuevo el contexto en el que se surge la reflexión. En primer lugar, se puede afirmar sin ambages que la expansión del terrorismo a nivel nacional e internacional, la consolidación de la sociedad del riesgo, la invasión de una cultura del miedo, o el incremento de los índices de alarma social, así como de la violencia estatal o individual se perfilan como ejes fundamentales en el análisis de las transformaciones del estado y de la realidad jurídica y social actual. En segundo lugar, la complejidad de las causas y consecuencias de la tensión libertad-seguridad plantean como imprescindible su estudio y análisis desde una perspectiva pluridisciplinar. En concreto, este libro ofrece –entre otras cosas– desde la visión del Derecho Penal y la Política-criminal, de la Filosofía del Derecho, la Filosofía Política, o de la Sociología Jurídica. Finalmente parece claro que se trata de una tensión que se proyecta a nivel global y mueve los estados y las sociedades de ambos lados del océano. Y esa diversidad es recogida por los autores que proceden y examinan contextos y realidades tan diferentes como son las de Europa, Estados Unidos o América Latina.

En realidad, elaborar un libro que, de nuevo, vuelva sobre la dualidad entre la libertad y la seguridad tiene mucho sentido en los comienzos del siglo XXI. De hecho, basta estar al tanto de los Congresos, Simposiums, Seminarios o Jornadas que se organizan a todos los niveles y en todas las disciplinas, para percibir que muchos de ellos tienen como tema central o tangencial el de la seguridad a nivel cotidiano, a nivel nacional o mundial, el de sus causas y consecuencias en la conformación de una sociedad del riesgo, el de la elevación de la seguridad a derecho fundamental e, incluso, en su consolidación como valor superior. Sin embargo, las diversas aportaciones que a continuación se presentan, pese a su distancia, tienen un punto en común. Y es el de poner en evidencia que el canto de sirenas de la seguridad total no se puede concebir al mar-

gen de sus consecuencias, esto es, la pérdida de libertad y de libertades. Por ello, porque a veces parecen olvidarse ingenuamente u ocultarse pérfidamente las derivaciones de la seguridad total, los autores apuestan por recordárnoslas. En el fondo de todas las colaboraciones que se presentan en este libro de factura colectiva late la vieja pero constantemente renovada cuestión de cuánta libertad estamos dispuestos a ceder a cambio de qué nivel de seguridad y a qué precio.

En realidad, se parte de que reabrir –o evitar que se cierre– la caja de Pandora que contiene esa vieja pero persistente tensión tiene sentido –y mucho– en nuestro país, en nuestro contexto europeo, y también –más aún, si cabe– al otro lado del océano. Así, el debate tiene mucho sentido en nuestro país por su propia evolución política en la consolidación de la democracia en los últimos 30 años. Como nos recuerda el profesor Da Agra¹ (2002, p. 193-194) –en relación a un país con una tradición ‘similar’ a la nuestra, Portugal– durante el período de consolidación de las democracias, la libertad es el valor que sobresale incondicionalmente, de manera que “el dispositivo de seguridad es válido en la medida en que asegura la libertad, los derechos y las garantías de los ciudadanos”. Ahora bien, denuncia que en un momento en que la democracia se encuentra más o menos consolidada el valor que se coloca en la cúspide es “la exigencia de una nueva categoría de bienestar: la seguridad como elemento primordial del bienestar, un bienestar posdisciplinario. El bien esencial es el “*ser en seguridad*”. Pero también tiene sentido el debate en países donde el recurso a la violencia resulta algo cotidiano que fomenta la inseguridad y coarta las libertades individuales en la vida diaria. La discusión está servida.

La obra que se presenta se divide en tres partes distintas pero claramente interrelacionadas. La primera parte nos ofrece elementos que nos permiten establecer el marco conceptual de la historia de una tensión que perdura durante siglos y se actualiza constantemente. Sea a través del planteamiento de la dualidad como irresoluble, a través de la presentación de un nuevo concepto de estado que pasa de ser social a consolidarse como un estado de seguridad, o de la categoría del riesgo que resulta clave en la conformación de una ya casi indiscutida sociedad del riesgo y también del miedo. La segunda presenta algunos de los elementos que alientan esta demanda incondicional de seguridad absoluta al estado. Así, se aprecia que la alarma social, generada principalmente por los medios de comunicación de masas, engendra y propaga inseguridad y miedo, demanda más información, que a su vez causa más miedo y acaba con una exigencia desgarrada e inconsciente de seguridad total a cambio de lo que sea. Incluso a costa de perder en el camino derechos, garantías y libertades. Y a costa de crear graves situaciones de excepcionalidad. En realidad, la renuncia ingenua e irresponsable a las garantías constitucionales se produce porque pensamos que nosotros nunca seremos los otros: excluidos o perseguidos. La tercera parte presenta algunos campos de la realidad social en los que el conflicto es patente: en las situaciones de violencia domés-

1. Vid. Cândido Da Agra, J. Quintas y E. Fonseca (2002): “De la seguridad democrática a la democracia de seguridad: el caso portugués”, *Revista Catalana de Seguretat Pública* 11.

tica omnipresentes en la realidad diaria de las sociedades actuales, en la guerra y su declaración al margen del derecho o, entre otros, en la definición de la seguridad nacional.

La **primera parte** comienza con un trabajo conjunto de María José Bernuz y María José González en el que reflexionan sobre las razones o sinrazones –si es que las tiene– de la demanda actual de seguridad total en las sociedades complejas. Y se cuestiona la razonabilidad de la exigencia cuando es fácilmente observable que la exigencia de seguridad no es gratuita y se cobra al alto precio de libertades y garantías en el ámbito nacional y de conflictos bélicos a nivel mundial. En realidad, el trabajo nos lleva a pensar que pretender alcanzar la seguridad en un contexto que, cada vez más frecuentemente, es analizado en términos de caos resulta algo así como un tópico utópico. Y quizás de lo que se trata es de buscar los medios para convivir en medio de ese “nuevo desorden mundial” al que se refiere Todorov (2004).

Atinadamente, José María Aguirre reflexiona sobre cómo la experiencia del pensamiento nos muestra la dinámica de libertad inscrita en la misma tarea humana de la reflexión. Pero hay más. El hombre es estructuralmente una existencia libre, condicionada por el mundo, pero abierta a las posibilidades de los proyectos humanos, trascendiéndose siempre en ejercicio de su libertad. La acción humana, en su quehacer, está animada internamente por el objetivo de instaurar efectivamente en la praxis histórica y social las libertades humanas en todos los campos. La tarea ética, según este autor, fiel a su dinamismo de realizar la humanidad de cada uno y de todos, consiste en construir un mundo de sujetos libres e iguales. Por esta razón, la organización social, en todos sus campos, no deberá buscar la seguridad de las personas y de las sociedades, inmolándolas en el altar del orden, de lo establecido. Lo adecuado es lo contrario: basar la seguridad de personas y sociedades en el respeto y promoción jurídicas y reales de la libertad humana. Seguridad es libertad.

Martínez de Pisón sobre la base de que la organización política de la sociedad ha sufrido a lo largo de la historia de la humanidad numerosos cambios y transformaciones. Analiza cómo en la actualidad, el “Estado” que ha sido la forma política a través de la cual se han organizado las sociedades occidentales durante los últimos siglos, está siendo objeto de una profunda transformación. En el artículo, el autor pretende examinar histórica y teóricamente estos cambios –lo que denomina una auténtica mutación de sus funciones– que están originando una nueva variación del Estado que recibe el nombre de “Estado de seguridad”. Las reflexiones sobre esta transformación se vuelcan sobre la doctrina política imperante –esto es, el neoliberalismo–, al tiempo que quedan enmarcadas en el contexto pragmático en el que se producen –esto es, la globalización–. La tesis central del artículo es que esta nueva versión del Estado está directamente ligada a las teorías y funciones que, desde el siglo XVII, han justificado su existencia: la obtención de protección y seguridad.

Desde una perspectiva novedosa, San Martín Segura indaga en la virtualidad del concepto de *riesgo*, en un sentido político-jurídico, para analizar el proceso de reordenación axiológica –como priorización y reconstrucción del valor seguridad– que esta-

mos experimentando en el terreno político en las últimas décadas. El artículo plantea una lectura de la tesis de la «sociedad del riesgo» (Ulrich Beck) como marco teórico que permite describir un contexto socio-político relatado en términos de inseguridad y riesgo, y gobernado crecientemente en términos de aseguramiento y prevención del riesgo. En la medida en que dicho concepto constituye hoy una semántica específica de las situaciones de peligro, debemos interrogarnos sobre la funcionalidad de la representación de la inseguridad en términos de riesgo: su dimensión simbólica y su papel en los procesos de legitimación de las renovadas políticas securitarias. Por otro lado, el riesgo puede ser considerado como un instrumento de gobierno característico de la racionalidad política neoliberal emergente en las últimas décadas, aplicada especialmente al terreno del control social, que es configurado crecientemente en términos *actuariales* (de prevención y neutralización del riesgo). Paralelamente, el riesgo permite introducir la referencia a la igualdad, como valor afectado, junto a la libertad, en la actual priorización de la seguridad, a través del proceso de individualización del riesgo social parejo al desmantelamiento del Estado providencia.

Para cerrar esta primera parte, Demetrio Crespo, sitúa la discusión en el contexto del Derecho penal actual, donde la contraposición libertad-seguridad se vincula a aspectos referentes a la «sociedad del riesgo», y el llamado «derecho penal del enemigo». Se intenta elaborar una crítica a este último teniendo en cuenta la evolución dogmática y político-criminal previa acerca de los fines de la pena. La tesis principal, que desarrolla el autor, consiste en defender el sistema garantista del Derecho penal, que toma como punto de partida la protección de bienes jurídicos, frente a la teoría (preventivo general positiva) *funcionalista sistémica*. Esta última ha puesto los cimientos para que se eleve sobre sus bases el «derecho penal del enemigo», un derecho penal realmente existente, pero contrario al Derecho penal del hecho, que quiere derivar su validez de una presunta eficacia en busca de mayor seguridad. La pregunta acerca de la contraposición entre libertad y seguridad en el Derecho Penal debe resolverse pues en el ámbito de los Derechos Fundamentales de «todas las personas» en el Estado de Derecho. Debe reformularse por tanto en el sentido de cómo estos Derechos Fundamentales se ven afectados cuando el Derecho penal se configura a partir del valor de la seguridad y no del valor de la dignidad humana.

La **segunda parte**, como destacábamos previamente, analiza algunos conceptos que se encuentran en el origen y en el fin de una demanda incontrolada e incondicional de seguridad. En concreto, Susán Betrán trata de aportar algunos elementos que puedan servir para el análisis de las relaciones entre el Estado, la sociedad y los individuos que las componen, partiendo de que estas relaciones se ven mediadas por la vulnerabilidad y la incertidumbre propias de la condición humana y por el temor, el miedo y la angustia que éstas provocan. Así, según este autor, tras un tiempo instalados en unos aceptables niveles de seguridad materializados en el modelo de regulación social que suponía el Estado del bienestar, hoy nos encontramos con un proceso de corrección de dichos niveles, lo que tiene que ver con la mutación del Estado del bienestar en un Estado penal o de seguridad. Según se plantea en el trabajo, la comprensión de la vulnerabilidad y la incertidumbre como los materiales conductores del miedo adquiere además hoy más

valor en un momento en el que tras el 11 de septiembre han venido a pensarse y aplicarse una serie de discursos y políticas que acaban por instalar el miedo entre nosotros de una forma especialmente intensa; utilizándose esta situación para limitar la libertad, justificar intervenciones militares, legitimar la tortura. En definitiva, para reconvertir al ciudadano en súbdito.

En esta línea, el siguiente estudio representa una llamada a la conciencia y la responsabilidad. El profesor Lacasta Zabalza dedica sus páginas, tanto a analizar las raíces ilustradas del concepto de ley sometido a la razón y a la voluntad general (Beccaria, Rousseau, Diderot), como a estudiar el rescate que hace Ferrajoli de un pensamiento ilustrado y liberal que rechaza la excepción a las normas. En sentido contrario, el autor evidencia la defensa de la excepción por parte de Hegel y Carl Schmitt, que se proyecta en la oposición amigo/enemigo, en la legitimidad del discurso de la guerra, en el descrédito del Derecho Internacional, en una filosofía colonial del reparto de las materias primas en el mundo a cargo de los países poderosos y la negación de derechos a sus legítimos poseedores, o –entre otras– en el ‘choque de civilizaciones’. En particular, se llama la atención sobre el actual nudo gordiano existente entre la excepción exterior y la política interior de los Estados proclives a la guerra, lo que se traduce en un cercenamiento de las libertades democráticas y en un descontrol legal de las acciones de los Estados en la mal denominada “guerra al terrorismo”.

Por ende, parece claro que, en los últimos años, la noción de “alarma social” se ha convertido en una referencia imprescindible no sólo a la hora de interpretar la realidad social, sino también a la hora de valorarla jurídicamente. Uno de los temas más controvertidos es el de la incidencia de la alarma social en las decisiones de justicia. Precisamente, el trabajo que presentan Andrés García Inda y Luisa Casares hace una aproximación crítica a la utilización de dicha noción como criterio interpretativo en la decisión judicial, sobre todo en relación con la prisión provisional, cuya referencia desapareció con la reforma de 2003 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. La referencia a la noción implica una vinculación de las decisiones judiciales a los vaivenes de la opinión pública que puede erosionar gravemente el principio de legalidad.

En suma, el último trabajo de esta parte, de Gloria María Gallego, denuncia la impotencia y omnipresencia de la violencia en los asuntos humanos. Una y otra le llevan a constatar que, en realidad, la violencia constituye el aspecto trágico de algunas formas de responder a las dificultades que plantea la convivencia humana. De hecho, tanto su experiencia personal como su trayectoria académica, le llevan a defender que ignorar o subestimar la violencia, así como el dolor, la crueldad y la devastación que la misma conlleva, sería una grave insensatez. Está claro que sólo se puede cambiar la realidad a partir de su conocimiento y desde ella misma. Y por ello, desde este punto de partida, apuesta por trabajar sobre el uso que hacen individuos, grupos e instituciones de la violencia en tanto instrumento que les permite obtener ciertos fines complejos. Y siempre al margen de que algunos de esos fines puedan ser considerados tan loables como la libertad, la seguridad, o la justicia social.

Como ya destacábamos previamente, la **tercera parte** del libro presenta algunos ámbitos de la realidad jurídica y social en los que se evidencia la tensión y distensión de la libertad y la seguridad. Igualmente, los autores avanzan posibles soluciones o defienden la imposibilidad de las mismas.

El hecho de que sea el Derecho penal un ámbito donde la tensión libertad-seguridad adquiere mayor virulencia, explica que se inicie esta tercera parte con un estudio de la política criminal que se desarrolla en la actualidad, y que ha quedado plasmada en el “Código Penal de la seguridad”. Este Código, producto de las sucesivas reformas llevadas a cabo en el 2003, como denuncia Pérez Cepeda, se aproxima a la criminalidad exclusivamente desde los síntomas, patrocina un modelo de intervención penal sin complejos, en su extensión y en su intensidad, que revela una ideología profundamente represiva y reaccionaria. Entre otras razones, porque ha habido una descarada dramatización del fenómeno delictivo, utilizada para llevar a cabo una política de gestos, cara a la opinión pública. Este cambio de orientación de la política criminal es sustentado por una ideológica de signo autoritario, desplegando su estrategia cuando da paso al peligroso principio “tolerancia cero” hacia los infractores (sobre todo y especialmente si son pequeños delincuentes). Se rescita también lo que Jakobs llamaba “Derecho penal del enemigo”, con el que se pretende adoptar medidas dirigidas a la neutralización de la pobreza, a los disidentes políticos o a los sectores no productivos del sistema. Todo ello, se plasma en una legislación que responde a la idea de traducir lo excepcional en normal y la seguridad del Estado en seguridad de los ciudadanos. Por ende, se han reavivado los sentimientos de venganza o retribución por la ruptura del principio de igualdad entre las víctimas.

La tensión entre la libertad y la seguridad en el contexto de la violencia de género es abordado por dos trabajos. El primero de ellos, propuesto por Calvo García, estudia en profundidad un tema que ha generado una gran cantidad de susceptibilidades desde diversas perspectivas. Aborda el tema de la violencia doméstica a la vista de las tensiones a que la Ley integral de violencia de género somete los valores de libertad y seguridad. Sobre la misma problemática, pero desde una perspectiva y orientación distinta, Raquel Asensio denuncia cómo la creciente inclinación garantista de nuestro Ordenamiento Jurídico hacia la seguridad de las víctimas, en este ámbito, está poniendo en peligro el necesario equilibrio de las partes en el proceso penal.

Desde una perspectiva constitucionalista, el profesor Palacios Romeo aborda un tema apenas estudiado, pero de una importancia crucial: la inseguridad implícita en la no regulación exhaustiva y precisa del derecho de la guerra. En concreto, parte de que la moderna doctrina de la seguridad –de origen estadounidense– ha sido y sigue siendo una clásica coartada para la limitación, excepción o anulación de derechos y libertades, que tiene en el conflicto bélico su recurso más extremo y grave. El autor destaca que la regulación de las circunstancias y condiciones que permiten activar un conflicto armado (*ius ante bellum*) tiene, en la práctica totalidad de las ocasiones, una constitucionalización pobre, o incluso nula que facilita la entrada en conflictos armados por parte de los Estados con la sola activación institucional de la decisión ejecutiva. Si Espa-

ña es un ejemplo de esa débil normatividad que facilita la reproducción de la ideología de la seguridad, parece que la nueva Constitución europea presenta las mismas e inquietantes carencias.

Finalmente, Philippe Harrison centra su estudio en el documento elaborado recientemente por el Gobierno de los Estados Unidos de América relativo a su Estrategia de Seguridad Nacional. El autor ha optado por analizar su coherencia desde la perspectiva de la Teoría de la Elección Racional. En concreto, el trabajo indaga sobre la posibilidad de concordar el discurso sostenido por el Gobierno de Estados Unidos con las normas jurídicas relativas a Derechos Humanos que le obligan tanto en el ámbito nacional, como a nivel internacional. Más precisamente al autor le interesa llegar a determinar si la estrategia de seguridad que presenta Estados Unidos resulta sostenible o no en términos de coherencia con los patrones normativos y las exigencias que imponen los derechos fundamentales y las libertades públicas.

En todo caso, es preciso poner de relieve que con estos trabajos se trata de presentar el resultado y las conclusiones de las investigaciones que se han cuajado en el interior de diversos grupos de investigación integrados en diversas Universidades españolas y participantes en redes de investigación nacionales e internacionales. Igualmente hay que destacar que este libro surge bajo el aval y en el marco que ofrece un proyecto de investigación del Ministerio de Ciencia y Tecnología que vincula a algunos de sus autores por una temática de preocupación común y que une de nuevo a las Universidades de La Rioja y de Zaragoza. Se trata del proyecto titulado: “La tensión entre la libertad y seguridad: un análisis sociojurídico” (BJU2003-07869-C02-02) y sus investigadores principales son José Martínez de Pisón (Universidad de La Rioja), así como Andrés García Inda y María José Bernuz (Universidad de Zaragoza). Cabe en todo caso, y antes de ceder el turno a los autores, agradecer el apoyo del Servicio de Publicaciones de la Universidad de La Rioja que han creído en este proyecto colectivo y han hecho posible, indudablemente, su materialización.

Las coordinadoras

PRIMERA PARTE

UN MARCO CONCEPTUAL PARA UBICAR LA
HISTORIA DE UNA TENSIÓN INEVITABLE

LA LEVEDAD DE LA SEGURIDAD FRENTE AL CAOS

MARÍA JOSÉ BERNUZ BENEITEZ
MARÍA JOSÉ GONZÁLEZ ORDOVÁS¹
Universidad de Zaragoza

ÍNDICE: 1. LA UTOPIA DE LA SEGURIDAD TOTAL; 1.1. LA BÚSQUEDA DE LA SEGURIDAD FRENTE AL RIESGO Y EL MIEDO; 1.2. SOBRE LA PERCEPCIÓN DE LOS OTROS COMO MONSTRUOS; 1.3. LA SEGURIDAD COMO LEMA ELECTORAL; 1.4. UNA SOCIEDAD MÁS PUNITIVA Y DESCONFIADA; 2. "FÁBULA DEL MUNDO VERDADERO"; 2.1. PACTO CON LA IGNORANCIA; 2.2. MÁS ALLÁ DEL ORDEN Y EL DESORDEN; 2.3. DE LA DESTRUCCIÓN: LA GUERRA; 2.4. ÉSA ES LA COSA... EL MIEDO; BIBLIOGRAFÍA CITADA.

1. La utopía de la seguridad total

"La libertad total para los lobos es la muerte para los corderos, la libertad total para los poderosos, los dotados, no es compatible con el derecho a una existencia decente de los débiles y los menos débiles"

Isaiah Berlin

La aspiración y la exigencia de quienes conviven en las sociedades actuales a una seguridad total e incondicional en las personas y en los bienes se ha convertido en un lugar común, en un tópico utópico. Por ello, empieza a ser también una tendencia bastante habitual la de concebirla como un fin en sí mismo, concentrando todos los esfuerzos en materializarla, y olvidando en el empeño que su sentido debería ser, en todo caso y por encima de todo, lograr el máximo de libertad. Volvemos a encontrarnos ante la tensión ya antigua y aparentemente irresoluble entre la libertad y la seguridad. De hecho, es algo de sobra conocido que esta tensión entre la libertad y la seguridad tiene sus orígenes en la tradición filosófica y política liberal que viene a defender que "sin seguridad, la libertad es efímera y transitoria", y que "mientras que la libertad es lo que más desean las personas, su seguridad y la seguridad de la propiedad es la condición necesaria para que la libertad se realice" (Hudson 2003, p. 40).

1. La primera parte la ha realizado María José Bernuz Benítez y la segunda María José González Ordovás.

E igualmente resulta familiar la dualidad para las teorías contractualistas que se construyen sobre esa permuta de libertad a cambio de algo más de seguridad.

Es preciso avanzar que esta intimidad, interdependencia y tensión entre ambos términos, que se mantiene a lo largo del tiempo, va a exigir una constante vigilancia para que la libertad siga siendo uno de los valores superiores del ordenamiento jurídico y para que la seguridad sea una garantía para la libertad². Ahora bien, lo que sin ninguna duda resulta una cuestión clave a resolver y requiere una reflexión en profundidad es la de cuánta libertad estamos dispuestos a ceder –esto es, hasta qué punto, por cuánto tiempo y con qué justificación– a cambio de qué nivel de seguridad.

1.1. *La búsqueda de la seguridad frente al riesgo y el miedo*

Para empezar, podemos avanzar la hipótesis de que la vuelta a la tensión originaria entre la libertad y la seguridad, al ensalzamiento de esta última y a la discusión sobre sus consecuencias, se encuentra en el miedo y –como veremos más adelante– también en la inconsciencia. De hecho, ya destacábamos que era el miedo a no poder disfrutar plenamente de la libertad el que se encontraba en el origen de la cesión de una pequeña parte de la misma al estado a cambio de que éste promoviera y asegurase un entorno más seguro. Y es el miedo el que ahora, en unos ambientes cada vez más seguros y en unas sociedades blindadas, nos lleva a exigir cotas cada vez más elevadas de seguridad, incluso a costa de perder despreocupada e inconscientemente considerables niveles de libertad y de libertades. A lo largo del tiempo, lo que queda claro es que siempre hay un precio a pagar por intentar satisfacer un deseo inagotable de seguridad y por alcanzar la utopía de una seguridad absoluta. Y el precio es invariablemente la reducción incesante de las libertades individuales y sociales.

En todo caso, la generalización del miedo y de la sensación de inseguridad en la vida cotidiana es palpable. Las encuestas mensuales del CIS ponen de manifiesto una impresión extendida de que las cosas van cada vez peor ante la impotencia *versus* pasividad de los poderes públicos, y muestran una sociedad cada vez más informada y atemorizada por un número creciente de factores de riesgo y circunstancias peligrosas. Ante esta realidad, Bauman (1999, p. 154-155) hace referencia a la ‘autopropulsión del miedo’ que se realimenta diariamente con documentales, dramas, noticieros o dramatizaciones disfrazadas de documentales. En tanto que Beck (2002, p. 221), en la misma línea, reafirma la insaciabilidad del propio riesgo cuando asegura que “cuanto más

2. En ese sentido Baltasar Garzón y Araceli Manjón-Cabeza (1992, p. 4) destacaron en su día que “la seguridad bien entendida es un presupuesto necesario para que se logre el máximo desarrollo de la libertad y, aun suponiendo posibles conflictos entre una y otra, la primacía corresponde a la libertad, pues la misma no sólo se plasma en distintos derechos individuales, sino que además es un valor superior del ordenamiento jurídico (artículo 1.1. CE) característica esta que no se predica con respecto a la seguridad”. En el mismo sentido el CGPJ destacaba que “el artículo 17.1 equipara libertad y seguridad; pero la seguridad de que habla no es la seguridad material colectiva o ciudadana, sino la seguridad como garantía de la libertad” (García y Susín 1995, p. 344).

intentemos ‘colonizar’ el futuro con la categoría del riesgo, tanto más escapa a nuestro control”. Una de las consecuencias de la imponente del peligro y de la multiplicación constante de las fuentes de riesgo es la exculpación del poder público que se asume como débil (Bauman 1999, p. 155). Otra es el incremento correlativo en el nivel de responsabilización de los individuos.

Este panorama social ha llevado a algunos –muchos ya a estas alturas– a denominar a estas mismas sociedades en las que se suceden las generaciones de derechos, sociedades del miedo o sociedades del riesgo³. Se trata de contextos sociales en los que el miedo y el riesgo se han convertido en un elemento central para el análisis de las instituciones y las políticas sociales y también del comportamiento individual de los sujetos. Los cuales, como diría Foucault, ven disciplinado su comportamiento –e incluso sus intenciones– por el miedo y la percepción de los riesgos (Medina 2003, p. 3). Partiendo de que ambos condicionan el comportamiento de los individuos, se ha destacado, de un lado, que éstos acaban pensando fundamentalmente en términos negativos y de riesgo, en lugar de pensar y actuar atendiendo a los beneficios que ofrece el desarrollo⁴. Como destacaría Prieto Navarro (2003, p. 39) se actúa sobre el conservador principio de la precaución y se tiende a desechar el principio de la tolerancia. De otro lado, se evidencia que las propias características del riesgo –entre otras, la invisibilidad, la imponente o la potencialidad destructiva– fomentan la consolidación de un tipo de sociedad que ve en el otro precisamente eso, un peligro⁵.

3. En estos momentos podemos encontrar una bibliografía extensísima sobre la sociedad del riesgo y sobre su proyección en los más diversos ámbitos de la vida social. En todo caso, entre los ya ‘clásicos’ –y aparte de los trabajos que se recogen en este volumen–, podemos citar a título anecdótico a Beck, Giddens, Luhmann, Culpitt, Douglas, Furedi (vid. bibliografía anexa). Por su parte, creo interesante el apunte de Díez Ripollés (2005, p. 10-13) que considera oportuno distinguir la sociedad del riesgo, de los riesgos sociales. En ese sentido, destaca el error de identificar “los riesgos derivados del uso de las nuevas tecnologías con aquéllos asentados en la vida cotidiana como consecuencia de la creciente presencia de bolsas de desempleo y marginación social”.

4. Los riesgos –indica Beck (2000, p. 224)– “únicamente sugieren qué no debería hacerse, no qué debería hacerse”. De manera que la prevalencia e imponente de los riesgos, fundamentalmente paraliza. En el mismo sentido, Furedi (2002, p. 25) observa que, en lugar de dar a la población información para que tome sus propias decisiones, se les advierte de que están en riesgo. Ello le lleva a asegurar que “el miedo a asumir riesgos está creando una sociedad que celebra las víctimas más que los héroes” (ibídem. 2002, p. 13).

5. Más precisamente, para Hebberecht (2003, p. 359) “el desarrollo de sentimientos de seguridad y de inseguridad en una persona depende de su posición económica, social, cultural, ideológica y política”. En nuestro país, el estudio ya clásico de Rico y Salas (1988, p. 27) destacó que el aumento de la seguridad se relaciona con una mayor presencia de la policía en las calles y, en menor medida con el cambio político y la existencia de una mayor información. La sensación de inseguridad se debe principalmente al incremento de la delincuencia y el desempleo, a una excesiva libertad, a la falta de autoridad, a la desestabilización y a la falta de vigilancia. Se puede consultar también el estudio de Ruidíaz sobre el miedo al delito (1992). Así como las encuestas mensuales de opinión del CIS; en especial, los apartados que inciden en la inseguridad ciudadana o el terrorismo (HYPERLINK <http://www.cis.es>).

Antes de centrarnos en la concepción de la persona que subyace a la sociedad del miedo, puede resultar interesante evidenciar cómo un sector de la doctrina ha defendido que es la propia naturaleza de las sociedades –individualistas o solidarias– la que nos da la clave para comprender este giro en la forma de percibir al otro⁶. En concreto, se ha destacado que, en comunidades caracterizadas por una convivencia –*versus* coexistencia– individualista, por el hedonismo consumista –que alienta la sensación de que tenemos algo que perder–, o por una falta de confianza en la actividad del Estado, se incentiva el deseo de mantener lo que tenemos a cualquier precio⁷. Lo que queda patente cada día es que la seguridad total, alentada principalmente por el miedo, deviene un valor esencial y se convierte en un derecho de primera necesidad⁸. Esta situación se radicaliza en momentos de máxima alarma social y de psicosis colectiva en que la seguridad personal aparece, incluso, como más radical que la libertad que, como destacábamos, siempre ha estado en la base y en el fin de la protección de todos los demás derechos. En estas circunstancias, como destaca Da Agra (2002, p. 194), “el bien esencial es el ser *en seguridad*”.

1.2. *Sobre la percepción de los otros como monstruos*

Una de las cuestiones que se encuentra detrás del reforzamiento de la sociedad del miedo es su concepción de la persona. Así, parece claro que no es lo mismo ver en el otro alguien hacia el que tenemos una cierta responsabilidad individual y colectiva, que apreciar en su comportamiento el de una ‘bestia’ sin sentimientos y sin escrúpulos. Una concepción liberal –y no tan liberal– del hombre como libre, racional y que decide sobre su futuro, junto con un declive en las responsabilidades del estado, lle-

6. Furlong y Cartmel (1997, p. 5-6) consideran que la propia sociedad individualista debe, para proteger a sus miembros, ampliar el sentimiento de riesgo. A mayor temor, mayores medidas adoptará el grupo y el individuo y menores serán las posibilidades de que se materialicen los efectos negativos del riesgo. Por su parte, también se apoya en esta idea la teoría de los riesgos desarrollada por la antropóloga Mary Douglas (1992, p. 25-29).

7. En ese sentido, Alan Scott (2000, p. 39) asegura que “quienes ocupan posiciones más seguras son los más conscientes del riesgo y lo son por razones más sutiles que ‘son los que más tienen que perder’”. Quizás sea porque, como asegura Giddens (1993), la confianza está siempre vinculada a una falta de información.

8. Hay que tener en cuenta que, como apunta Parejo Alfonso (2003, p. 6), “la libertad aparece expresamente consagrada como tal valor supremo”, en tanto que la seguridad “sólo implícitamente puede entenderse consagrada en el orden de los valores superiores y el fundamento del orden político, concretamente a través, de un lado, de la justicia entendida como bien común y, de otro, de la paz social entendida como comprensiva del orden público”. Por su parte, Peces-Barba (1984, p. 133-134) asegura que “el valor superior libertad, que el Estado social y democrático de Derecho propugna, para ser realizado por el Derecho, es una libertad medial instrumental, que facilita el recorrido de la moralidad conectando la libertad psicológica con la libertad moral, y supone un conjunto de normas jurídicas que permiten el ejercicio de ambas, considerándolas, no como incompatibles, sino como complementarias”. Igualmente Freixes y Remotti (1993, p. 10), en relación al artículo 17 CE, destacan que la libertad personal es un ‘derecho base’, en tanto que el derecho a la seguridad es un derecho, que aunque autónomo, es un derecho garantía.

van a creer que aquellas personas que colocan conscientemente al resto de los miembros de la comunidad en peligro son unos monstruos y, por tanto, enemigos de la colectividad⁹. En esa dirección se ha orientado Jakobs cuando se refiere al ‘derecho penal del enemigo’ dirigido, en principio¹⁰, hacia quienes han atentado de forma grave y de manera reiterada –o no tanto– contra la sociedad. Las consecuencias que acarrea el calificativo de ‘enemigo’ las sintetiza perfectamente Hudson (2003, p. 70) cuando destaca que “las personas que generan riesgos a los demás, no pueden esperar que se les proteja de ningún riesgo de vigilancia, castigo o exclusión porque sus derechos (a la intimidad, a un proceso con todas las garantías, a la libertad de movimientos, etc.) no han sido ganados y por ello se han perdido”.

Ahora bien, esa concreta concepción de la persona, que favorece la creación de monstruos y el fomento de su aislamiento e invisibilización tiene que ver también con una determinada coyuntura social que no los necesita. En un mundo donde hay sobreabundancia de *bellas*, se ha dejado claro que las *bestias* sobran. Sáez Valcárcel (2002, p. 3) se hace eco de esta idea destacando que ya no se necesitan a los pobres ni a los marginados, ni tampoco necesitamos prepararlos, protegerlos, disciplinarlos porque no hay trabajo. Y ello aún cuando esta posición supone, por un lado, desconocer que, como afirma Pérez Luño (1992, p. 275), “la seguridad en cuanto estado de cosas que permite el desarrollo normal de la vida individual y colectiva, se halla también agredida por la abdicación fáctica del poder público de responsabilidades que inmediatamente le incumben”. Al tiempo de que, por otro lado, supone pensar en el hombre como un medio y no como un fin en sí mismo.

Al hilo de estas cuestiones es preciso volver sobre algo que apuntábamos al inicio; esto es, que la demanda de seguridad procede por encima de todo del miedo, pero también de la inconsciencia. Y, más precisamente, se puede hablar de irresponsabilidad o ingenuidad social porque parece claro que si se pide conscientemente más seguridad a costa de un recorte de las libertades y una negligencia en el respeto de derechos es porque se cree tener claro que los beneficiarios de la seguridad seremos siempre nosotros y los que verán restringidos sus derechos y garantías serán siempre los otros. Cuando, en realidad, como asegura Javier De Lucas –en relación a otros temas próximos–, “nosotros somos los otros” y sigue Bauman (1996, p. 91) afirmando que nos reafirmamos con y en su existencia. Por ello, resulta curioso y también alarmante ver cómo en sociedades teó-

9. Apunta Díez Ripollés (2004, p. 8-9) que “ahora los delincuentes son vistos, sin que procedan distinciones según la gravedad o frecuencia de su comportamiento delictivo, como seres que persiguen sin escrúpulos y en pleno uso de su libre arbitrio intereses egoístas e inmorales, a costa de los legítimos intereses de los demás”. Asegura (ibídem. 2004, p. 8) que “ha desaparecido la actitud de comprensión hacia la criminalidad tradicional”. O que, en realidad, “ha llegado el momento de degradar al delincuente para poder así justificar el rigor de las intervenciones penales que se planean” (ibídem. 2005, p. 19).

10. Aunque, en principio, eran calificados de enemigos los terroristas, o traficantes de droga, se puede observar una tendencia a generar una lista cada vez más larga –delincuentes sexuales, maltratadores en el ámbito doméstico, etc.– de enemigos y a hacer que el enemigo sea la regla y no la excepción.

ricamente estables y con sistemas democráticos más o menos consolidados se ha pasado de pedir protección *contra* el poder público a pedir protección *del* poder público porque se piensa –simple y llanamente– que el riesgo de un poder arbitrario no es posible (Garland 2002, p. 12)¹¹. Contra este error advierte certeramente Robles Planas (2004, p. 2) cuando subraya que “quien pretenda estar completamente a salvo de los malvados, deberá aceptar que las fuerzas de orden público sospechen hasta de él, le investiguen y le vigilen, pues obviamente los demás ciudadanos le temerán como él teme a los demás”.

1.3. *La seguridad como lema electoral*

Una de las cuestiones que reiteradamente se plantean ante este continuo de tensiones y contradicciones es la de por qué seguir agitando el fantasma del miedo y por qué seguir insistiendo en la búsqueda incondicional de la seguridad si los resultados no son ni seguros, ni tampoco son incondicionalmente positivos. Algunas voces se apresuran a apuntar que quien sale decididamente beneficiado es el mercado de la seguridad. Es claro que aunque el sentimiento de inseguridad pueda ser algo subjetivo, creado y provocado –como diría Hudson (2003, p. 70) “un estado de la mente”– lo cierto es que condiciona la conducta de los individuos y, por ello, se convierte en un negocio a explotar. Así, es en esa posibilidad de comprar y vender la seguridad en el mercado libre en la que se encuentra la mayor desigualdad que genera la sociedad del riesgo y del miedo. Y por ello, resulta cínica la afirmación de Beck de que el riesgo es democrático, ya que parece claro que no todos estamos en iguales condiciones para protegernos de los peligros y sentirnos o estar realmente seguros.

De manera que se puede avanzar como hipótesis que son las desigualdades sociales que generan la exposición a los riesgos y la compraventa de la seguridad, las que reclaman su protección como si de una necesidad básica se tratase¹². Y para ello, para la cobertura de las necesidades básicas, se mira de nuevo al Estado que, a la vista de la Constitución se quiere máximo y –paradójicamente–, desde el punto de vista de las responsabilidades sociales para mantenerlo, se pretende mínimo¹³. Esta unánime demanda

11. En el ámbito del derecho penal, Díez Ripollés (2004, p. 16) apunta con sorpresa la “ausencia de recelo ante el poder sancionatorio estatal (...) se está generalizando la idea de que hay que renunciar a las cautelas existentes encargadas de prevenir los abusos de los poderes públicos contra los derechos individuales a cambio de una mayor efectividad en la persecución del delito (...) los ciudadanos no delinquentes ya no temen a los poderes públicos en el ejercicio de sus funciones represivas, no se sienten directamente concernidos por los excesos que con este fin puedan llevar a cabo”.

12. Por ejemplo Da Agra (2002, p. 185, 186) avanza que “la seguridad ha dejado de ser una lejana garantía constitucional para convertirse en un bien o, incluso, en un derecho exigido por los ciudadanos. De ahí surge la demanda social de una nueva política de seguridad dirigida al Estado”.

13. Resultan claras las palabras de Prieto Sanchís (2003, p. 280) cuando destaca que: “el modelo constitucional parece postular un ‘Estado máximo’ en el que muy pocas cosas pueden resultar indiferentes a la acción de los poderes públicos (...) un Estado máximo que, en definitiva, si se pretendiera convertir sin más en objeto de la intervención punitiva, resultaría difícilmente armonizable con el postulado Derecho penal mínimo”.

social ha fomentado que hoy en día todos los gobiernos, sin distinción ideológica, concentren su energía sobre la cuestión de la seguridad y la protección del público. Entre otros, Díez Ripollés (2004, p. 12) asegura que todos los partidos políticos quieren satisfacer –aunque sea de manera simbólica– las demandas populares de más seguridad y aparentar ser los más duros contra el crimen. Y ello al margen de que hay que apuntar algunos ‘matices’.

Así, los programas y discursos electorales evidencian que ‘la derecha’ apuesta principalmente por fomentar una seguridad ‘a la carta’ en la que el propio individuo sea parte activa. Es decir, subraya que cada uno debe asumir los riesgos conocidos y anunciados¹⁴. Asegura Beck (2000, p. 216, 229) que el lema es: “Ahora que ‘nosotros’ sabemos que ‘existen’ riesgos posibles, ‘nosotros’ nos enfrentamos a una responsabilidad”. Por su parte, ‘la izquierda’ también ha adaptado su discurso a este nuevo *air du temps* y su consigna podría ser algo así como “seguridad para todos”. De manera que, en cualquier caso, y a la vista de las dos tendencias se puede destacar que lo que se está produciendo es un reforzamiento de la protección de la seguridad a dos niveles: individual y estatal. Al Estado se le exige que promueva más políticas de seguridad mediante la gestión de los riesgos y la eliminación del peligro. Al tiempo que, a quienes no observan un comportamiento preventivo, se les califica de irresponsables y transgresores “del nuevo consenso moral” (Furedi 2002, p. 4)¹⁵. En realidad, para Robles Planas (2004, p. 1) lo que se está discutiendo es “si ‘seguridad para todos’ o sólo para ‘los que se la puedan pagar’”.

En todo caso, puede que antes de ver monstruos en los otros y de diseñar políticas de aislamiento o de culpabilización, sea preciso cuestionarse sobre si el miedo está justificado. En realidad, si partimos de que la seguridad se ha convertido en un negocio rentable y en un lema electoral que funciona, puede convenir cuestionarse sobre si el miedo y los riesgos sociales se ‘fabrican’ –como diría Beck (2002, p. 232)– artificial e interesadamente y, en consecuencia, es exagerada y adulterada la preocupación social que generan. Larrauri (2000, p. 235) constata que aunque el riesgo tiene una parte objetiva y otra subjetiva y social, lo cierto es que “la traducción política que de ese miedo se hace –más policía, más penas, menos derechos– y la consecuencia económica –más empresas de seguridad, más policía privada– no tiene nada de natural”. La consecuencia más evidente de esta confusión entre lo que es real y lo que resulta creado y asumido es que se genera una gran fluctuación –a veces infundada– en la inquietud de las personas.

En esa construcción e inducción del miedo es recurrente la alusión al papel que juegan los medios de comunicación. De hecho, medios de comunicación, miedo y demanda creciente de seguridad parecen constituir una tríada autopoiética –en terminología de Luhmann. Para explicar la vinculación de los tres, Díez Ripollés (2005, p. 14)

14. Bauman (1999, p. 32) ha puesto de manifiesto que “las élites han optado por el aislamiento, pagan por él generosamente y de buen grado. El resto de la población se encuentra excluida y obligada a pagar el fuerte precio cultural, psicológico y político del nuevo aislamiento”.

15. Beck (2000, p. 222) asegura que la teoría de la sociedad del riesgo representa la antítesis de la jaula de hierro que diagnosticó Weber. Defiende que la sociedad del riesgo parte de que se puede construir la utopía de una modernidad responsable.

parte de varios presupuestos. El primero es que en nuestras sociedades se perciben tasas cada vez más altas de miedo –en concreto de miedo al delito– que no reflexionan sobre su posible construcción e inducción mediáticas y que exigen, como única respuesta posible, la inocuización del peligroso. Este punto de partida fomenta, como veremos a continuación, una tendencia de la política a ofrecer respuestas fáciles y rápidas a problemas de gran envergadura que demandarían respuestas pensadas y adoptadas en frío¹⁶. Por su parte, los partidos políticos, preocupados como están por los resultados electorales, renuncian a su tarea social de creadores y formadores de opinión, para convertirse en receptores y transmisores de cuanto la opinión pública desea y demanda. Y, para ello, resulta primordial intentar controlar o someter a los medios de comunicación dada su condición de “generadores de los discursos sociales” (Díez Ripollés 2004, p. 26) y lugar de consumo –que no de producción– de ideas¹⁷.

Concluye Calvo García (1995, p. 111), que esta realidad “propicia la construcción de un imaginario social y una sensibilización pública que, a su vez, genera un proceso de ‘retroalimentación’ que alienta una acción política oportunista y el despliegue de políticas informativas tendentes a prestar mayor atención a los problemas de seguridad, en general, y a un tratamiento sensacionalista de este fenómeno en particular. Esta espiral comunicativa configura un marco de producción ideológica tremendamente eficaz que determina el

16. Díez Ripollés (2003, p. 20-ss) ha estudiado cuidadosamente el proceso que da lugar a una norma penal. Así destaca que el proceso se inicia cuando un agente social evidencia y ‘hace creíble’ –al margen de que sea real o aparente– la existencia de una disfunción social, que deberá despertar la atención social –por dramática, próxima o vinculada a la experiencia directa de la mayoría de los ciudadanos– y resultar útil –en cuanto resuelva los efectos negativos de la disfunción social. Una vez incluida la disfunción en la agenda temática social se debe tender a su ‘estabilización cognitiva’ y a involucrar emocionalmente a la población general. Es evidente que, de nuevo, el miedo al delito, vinculado a las actitudes punitivas de la sociedad, juegan un papel importante. También tienen su importancia en la visibilidad del problema social –aunque no siempre claro para todos los autores– los medios de comunicación. Si bien los grupos de presión expertos favorecen que un programa social adquiera respetabilidad social, aun a costa de resolver la cuestión desde la perspectiva de sus propios intereses. En todo caso, destaca Díez Ripollés (2003, p. 34, 36), que “los grupos de presión mediáticos anticipan y sustituyen la intervención de los grupos expertos *estricto sensu*”. Al tiempo que apunta que en algunos países aparece “la plebe como agente suficiente para activar la fase legislativa penal”, “la experiencia cotidiana del pueblo, su percepción inmediata de la realidad y los conflictos sociales han pasado a ser un factor de primera importancia a la hora de configurar las leyes penales (...) demandan ser atendidas (sus demandas) sin intermediarios” (Díez Ripollés 2004, p. 11).

17. Desde la criminología, Garrido Genovés (2003, p. 145) apunta que la mayor parte de la población forma su opinión sobre la delincuencia en base a los reportajes de los medios de comunicación que optan claramente por una vía y un planteamiento alarmista y sobredimensionado. Un ejemplo de vinculación inversa entre miedo y medios de comunicación lo ofrece Wagman (2004, p. 2) cuando destaca que posiblemente Suiza es uno de los países donde la alarma social por el delito es menor debido a que “la prensa tradicionalmente minimiza enfatizar en las noticias sobre delincuencia”. Concluye Barata (2002, p. 84) destacando que “si el discurso es poder, parece evidente que para el Poder es de vital importancia intentar el dominio, la sumisión o simplemente el control más o menos directo de los grandes generadores de los discursos sociales, es decir, los medios de comunicación”. Se critica que, en muchas ocasiones, la ley del mercado les lleva a que su trabajo se plantee al margen de que “se incrementa sin fundamento real la preocupación y miedo por el delito”.

aumento progresivo de las demandas de seguridad por parte de la sociedad civil y, consiguientemente, la depuración de las técnicas de control social y el aumento de los márgenes de actuación y los recursos que despliegan las políticas estatales de seguridad". Algunos autores, como Furedi (2002, p. 53), prefieren pensar que "los medios amplifican o atenúan, pero no causan la sensación de riesgo en la sociedad. Hay una disposición hacia los resultados adversos que es captada por los medios de comunicación". En todo caso, lo que parece resultar ineludible es el sentimiento de inseguridad ontológico.

1.4. *Una sociedad más punitiva y desconfiada*

La cuestión que domina el discurso social, psicológico, jurídico o antropológico es la de qué medidas tomar para calmar ese sentimiento de inseguridad persistente. En esa dirección ya se ha avanzado que la exageración del miedo –sobre todo del miedo al delito– y la exacerbación de aquéllo que puede suponer un riesgo lleva a exigir su prevención, su gestión o su erradicación, tanto a través de políticas sociales más criminalizantes¹⁸, como –sobre todo– a través de políticas de seguridad y leyes penales cada vez más duras. Evidencia Díez Ripollés (2005, p. 4) que, en estos momentos, "la contundencia y capacidad socializadora del derecho criminal se consideran más eficaces en la prevención de tales conductas que otras medidas de política económica y social". Ahora bien, es indiscutible que esta tendencia hacia la máxima criminalización de los comportamientos 'de riesgo' –percibidos como la antecámara de comportamientos delictivos– tiene una contraparte y un lado oscuro que necesariamente hay que admitir. De un lado, hay que aceptar que el derecho penal pase a ser *prima ratio*, la única solución, o –según palabras de Díez Ripollés (1998, p. 48)– incluso, que se establezca como una "moral social poco definida". De otro lado, nos lleva a aceptar que se trata de una vuelta de tuerca sin retorno posible¹⁹.

En concreto, Larrauri (2000, p. 229) se hace eco de algunos de los cambios que afectan al derecho penal y observa con preocupación la proliferación de leyes simbólicas y la conformación de un derecho penal con funciones exorcizantes –que diría Maqueda (2003, p. 7)²⁰. Precisamente Díez Ripollés (1998, p. 50) identifica los efectos

18. En este sentido Calvo García (1995, p. 98) pone de manifiesto que "algunas políticas liberales actuales muestran cómo pueden restringirse los derechos distributivos, al mismo tiempo que se incrementa la intervención del estado en la vida social".

19. Como subraya Larrauri (2000, p. 224), "la introducción de nuevos delitos raramente comporta la desaparición de verdaderas antiguallas". Además, es evidente que si la tipificación de nuevos delitos o su endurecimiento resulta relativamente fácil y apoyado por la opinión pública, su exclusión del Código Penal es mucho más complejo y menos admitido.

20. Aparte, la autora (Larrauri 2000, p. 229) retiene otros cambios en el derecho penal. Así, destaca que "el derecho penal propio de una sociedad del riesgo se caracteriza por la imposibilidad de respetar principios liberales como el de exclusiva protección de bienes jurídicos y por su tendencia a proteger la regulación de funciones estatales; por la criminalización anticipada y el desarrollo de múltiples leyes complementarias; por la multiplicación de delitos de peligro abstracto; por la tendencial vulneración de los principios liberales en materia de causalidad, autoría, grados de ejecución; por su tensión entre un derecho eficaz y al propio tiempo garantista". También Díez Ripollés (2005, p. 5) insis-

simbólicos del derecho penal con “la puesta de manifiesto de la identificación del legislador con determinadas preocupaciones de los ciudadanos; la demostración de la fuerza coactiva en general de los poderes públicos; la demostración de la rapidez de reflejos del legislador ante problemas nuevos; el apaciguamiento de determinadas reacciones emocionales de la ciudadanía ante sucesos que producen alarma o inquietud; la satisfacción de la necesidad social de hacer algo frente a problemas irresueltos; la manifestación de la vigencia de determinadas opciones éticas; el mensaje de que hay que modificar determinadas actitudes sociales”. Parece claro que con este derecho penal simbólico se intenta dar una ‘impresión’ de seguridad a una ‘sensación’ de miedo e inseguridad. Y se hace desconociendo que, como asegura Carbonell (2000, p. 19), la aplicación no efectiva de la ley conlleva una nueva y mayor deslegitimación del sistema penal y un ‘contra-efecto simbólico (negativo)’ puesto que las expectativas de seguridad que se suscitaron quedan frustradas. De manera que, finalmente, se acaba generando una evidente trivialización de la libertad.

De hecho, a esa banalización de la libertad también contribuye otra de las tendencias del derecho penal más criticadas: su disposición a la expansión e intensificación (Silva 2001). De entrada, es criticada porque, como diría Ferrajoli (1995), supone desconocer que la máxima libertad se protege siempre limitando al máximo la intervención del derecho penal. Además, advierte Mendoza (2003, p. 82-83) de que el nuevo modelo penal “podría abocar a un modelo preventivo exasperado dirigido a la seguridad de los bienes jurídicos; todo ello podría acabar conduciendo a un Estado excesivamente intervencionista y, en un cierto modo, a un Estado de la seguridad, en el que resulta prioritaria ésta frente a la consolidación de las garantías y los derechos del individuo”. Muy acertadamente, Prieto Sanchís (2003, p. 280) concluye que es exagerado “suponer que todo aquello que en la Constitución se propone como valioso ha de gozar de protección penal (...) convertiría esa protección en un instrumento obligado de la política legislativa, con lo cual la idea de bien jurídico, en lugar de desempeñar una función limitadora del Derecho Penal, se convertiría en una invitación permanente a la incriminación”. Y todo ello cuando, quizás, lo que habría que aceptar es la natural tendencia individual y social al desorden y la anomia²¹.

2. “Fábula del mundo verdadero”

A mi amiga Conchi que, sin querer, se fue sin despedirse.

María José González Ordovás

El de paz y el de guerra son dos estados que tradicionalmente se han identificado con orden y desorden. El sesgo cartesiano de esa referencia no resulta ni evidente ni

te en la multiplicación de bienes jurídicos de naturaleza colectiva y de los delitos de peligro abstracto, en la anticipación del momento de la intervención penal, o en las modificaciones en las garantías procesales y penales.

21. Se puede encontrar un desarrollo más completo sobre la cuestión de la anomia en el trabajo de González Ordovás (2003).

indiferente. Nos proponemos analizar qué hay detrás de dichos conceptos en la medida en que la defensa del orden, conseguido fundamentalmente gracias a la eliminación de su contrario, actúa como justificación suficiente para desplegar cuantas iniciativas bélicas se consideren precisas.

El contexto actual en que discurre este análisis adquiere de por sí un gran significado pues cualquier consideración habrá de ser entendida en el ámbito de una sociedad compleja con tendencias disipativas en la que los proyectos ordenatorios basados en esquemas lineales incapaces de reflejar la creciente interacción de las decisiones humanas no son aptos para reflejar dicha naturaleza social y por tanto inadecuados para su conducción consciente²². A esa peculiar e invasiva condición de nuestro presente, interpretado cada vez más a menudo a la luz de la teoría del caos, habrá de añadirse un rasgo que de forma crónica ha venido acompañando a la política de Estado: la voluntad de poder. Hasta aquí las principales piezas de un rompecabezas al que ciertos autores han decidido denominar “el nuevo desorden mundial”²³ y que a continuación serán objeto de un análisis más propedéutico que exhaustivo.

2.1. *Pacto con la ignorancia*

Frente a la visión propugnada por los clásicos (Platón y los estoicos especialmente) en virtud de la cual el orden es armonía y belleza, en el proyecto occidental de razón y progreso las nociones de desorden y caos han conocido una importante carga peyorativa y pesimista (probablemente los epicúreos serían la excepción que refuerza la regla). El caos como superlativo de desorden ha sido considerado sinónimo de desastre y antesala de lo peor. Sin embargo son cada vez más los investigadores sociales que, siguiendo los pasos de matemáticos y de físicos tratan de aplicar la teoría del caos a nuestra coyuntura con objeto de clarificar las paradojas actuales y de paso entrever cuál es el horizonte al que nos aproximamos.

Durante mucho tiempo, la teoría tradicional del Derecho quiso ver en la matemática (entendida entonces como cálculo) la mejor guía para conseguir que el razonamiento jurídico adquiriese la certeza científica precisa para toda aseveración objetiva. El contar con un método no sospechoso de subjetivismo resultaba crucial para quienes asistían con envidia y admiración a los progresos de las matemáticas y las ciencias empíricas. La aportación filosófica del Discurso cartesiano consagró el esfuerzo de objetividad y racionalidad latente en el trasunto del *more mathematicus* a las ciencias sociales. El Derecho dejó de ser visto como mera casuística y adquirió la categoría de

22. Así se desprende de la ponencia *El derecho posmoderno: un sistema lejos del equilibrio*, presentada por Ernesto Grün al XVIII Congreso Mundial de la Asociación Internacional de Filosofía del Derecho (Buenos Aires 1997) Cfr. www.filosofiyderecho.com.

23. *El nuevo desorden mundial* es precisamente el título del influyente libro en el que Tzvetan Todorov (2003, p. 142) lleva a cabo un interesante análisis de la política internacional con especial hincapié en la fundamentación de los debates surgidos a raíz de la guerra de Irak.

ciencia. Ya sólo cabía dejar en manos de los expertos el perfeccionamiento resultante de la sincronización entre normas y moral. El éxito del planteamiento lo avala el hecho de que todavía hay quien, aplica ese esquema, *mutatis mutandis*, a su entorno socio-jurídico.

Y sin embargo, ya hace tiempo que se conocen los sacrificios de realidad que el cálculo exige. “Su campo son fenómenos expresables linealmente, con funciones o curvas simples, periódicas, graduales. Como la naturaleza desemboca sin cesar en ecuaciones no lineales, donde se halla en juego la cualidad, el calculista no sólo tiende a maquillar las aristas de cada problema (...) sino que “linealiza” las ecuaciones de antemano, ya al plantearlas, omitiendo pura y simplemente su versión no-lineal o cualitativa” (Escotado 1999, p. 70).

La transposición a lo social de los paradigmas estrictamente científicos no asombró a nadie, cómo iba a sorprender si desde antiguo la historia de la filosofía y del pensamiento ha estado jalonada de matemáticos y físicos cuyos análisis, haciendo honor al origen etimológico del término (*analyo*), han resultado cruciales para plantear y des-atar problemas metodológicos de primer orden.

Menos receptivos ahora que antes, algunos estudiosos del “orden social” son reacios a incorporar a su ámbito las novedades y descubrimientos que sus homólogos científicos vienen llevando a cabo en los últimos tiempos, decididos a reflejar en el nuevo paradigma cuantos matices, variantes y complicaciones albergue la realidad a la que pretenden acercarse. Sin ser este el lugar ni el autor adecuado para extenderse en los por menores científicos del mismo hay una idea nueva aceptada por cuantos autores aun desde perspectivas heterogéneas, se han sumado a la nueva corriente. Es “el hecho de que el universo del no equilibrio sea un universo coherente, que la inestabilidad de las estructuras sea compatible con duración y evolución” (Escotado 1999, p. 98). Eliminar de la consideración científica aquellas nociones que como el caos puedan resultar inoportunas excede la simplicidad y raya insensatez. Primero porque con anterioridad se reconoció la autoridad de aquellos a quienes se prefiere desoír y segundo porque “orden y desorden son inseparables cualquiera que sea el camino que lleve de uno a otro” (Balandier 1999, p. 42). La pertenencia de Katherine Hayles al mundo de las ciencias y las letras legitima su discernimiento a la hora de avalar su respaldo a la teoría del caos como aproximación epistemológica a la sociedad contemporánea y sus manifestaciones. A su entender, “sería un error pensar que la teoría del caos no tiene significativas consecuencias para las humanidades” (Hayles 2000, p. 36) ya que su fundamento cognoscitivo descansa en la tesis de que la variación en la escala afecta a los hechos. Lo local subsumido bajo lo global lo somete a su textura totalizadora. Todo es autosimilar, todo autodispar.

En el ámbito estrictamente social ello supone que el acrecentamiento de la complejidad, hoy indubitado, se traduce en un acrecentamiento del desorden. Parece claro que la tradicional dicotomía orden-desorden no puede por sí misma dar explicación de acontecimientos que escapan a su guión cognoscitivo, lo cual no convierte a la teoría del caos en una teoría opuesta a la “ciencia normal”, es ciencia “normal” que sigue los

parámetros y protocolos aceptados de investigación y evaluación de resultados. Su constatación de las limitaciones contrastadas de la mecánica newtoniana²⁴ no la convierten en una teoría imprudente ni desafiante que socave la visión omnisciente que de la ciencia se espera. En realidad, se limita a revelar en el plano científico y por extensión al humano “un tercer territorio que se sitúa entre el orden y el desorden” una vez agotadas las virtualidades cognoscitivas de las oposiciones binarias. Eso sí, el hacerlo “en el marco de una profunda crisis de representación en el pensamiento occidental” (Hayles 2000, p. 37) parece acentuar su significado discrepante.

Poco ayuda la polisemia del término caos. Se trata de una polisemia de sesgo histórico. Así, la idea renacentista de caos como “falta de diferenciación” fue siendo paulatinamente abandonada por la de caos como “adversario del orden” unidos en relación dialéctica. Las dos guerras mundiales diseminan la duda acerca de lo predecible. Una sociedad asustada ante el reflejo de sí misma, descubre que orden y normalidad no siempre van juntos. Una lectura hostil desconocida hasta entonces ensombrece las benéficas consignas atribuidas al orden. ¿Coloca eso al caos en el lugar que antes perteneció al orden? No, nada garantiza la bondad del concepto caos *per se*, tampoco su perversidad. La incorporación del mismo en su acepción actual viene a ponernos en la pista de trayectorias imprevisibles, lo que a su vez hace que el principio de seguridad bajo el que nos ha gustado cobijarnos tienda a ser reemplazado por el de incertidumbre. Así las cosas, el reto no viene dado por la teoría del caos, sino por la búsqueda de un equilibrio bajo el impulso de principios tan discordantes. Y el desafío es sobre todo para el Estado que si a una causa obedece su creación y existencia es precisamente la de combatir la inseguridad.

2.2. *Más allá del orden y el desorden*

La ciencia es el único árbitro que nuestra sociedad está dispuesta a admitir²⁵. Por mucho que los expertos pongan en duda la impotencia de la ciencia para satisfacer las necesidades actuales de seguridad no por causa de su subdesarrollo sino, al revés, como “producto de su progresiva diferenciación, hipercomplejidad, autocrítica y reflexividad” (Beck 1998, p. 227) las mejoras tecnológicas son apreciadas como la mejor, e incluso única, recompensa. En el caso de que lo hubieran sido, el conocimiento del mundo natural y su aplicación han dejado de percibirse como innovación práctica añadida a nuestra cultura para convertirse en la razón de ser de la cultura misma. El impacto está fuera de duda, los nuevos descubrimientos, teorías y conceptos alteran la naturaleza del mundo social en la medida en que lo lanzan en nuevas direcciones para

24. Nos referimos a la analogía existente entre la concepción newtoniana de los objetos y la hobbesiana según la cual la sociedad es un grupo de individuos autónomos o la de Adam Smith para quien el todo es en realidad un conjunto de clientes. Al respecto cfr. Hayles (2000, p. 271 y ss.)

25. Entre varias posibles recojo aquí las palabras de Luhmann (1999, p. 159) para apoyar tal afirmación: “Contra la ciencia moderna no se puede mantener un supuesto saber, por más que ocasionalmente fuentes de saber paracientíficas den que pensar a los investigadores”.

las que no sirve la experiencia acumulada²⁶. Y es que, “aunque el conocimiento sobre el mundo natural no afecte al mundo en forma directa, la circularidad del conocimiento social incorpora elementos de la naturaleza a través de componentes tecnológicos que están presentes en los sistemas abstractos.” (Giddens 1990, p. 144).

El peaje ético impuesto en algunos casos y ámbitos por la tecnología ha favorecido la desconexión del hombre con algunos de sus mensajes y proyecciones. Los efectos de esa pérdida se aprecian en campos como el de la tecnología militar, la biogenética o la información. “Yo estaba en la artillería (dice Primo Levi) que no es lo mismo que tener un rifle. Uno prepara la pieza, apunta, dispara, y no ve absolutamente nada... ¿Quién sabe cuántos hombres han muerto por mi mano? Quizá mil, quizá ninguno. Uno recibe órdenes por teléfono o por radio, a través de los auriculares: a la izquierda, disparar, obedece y eso es todo. Es como en los aviones de bombardeo; o como cuando ponemos veneno en un hormiguero: mueren cien mil hormigas y uno no siente nada, ni siquiera se da cuenta de que han muerto”²⁷.

Adentrarse en una condición cultural que separa al hombre de las consecuencias inmediatas de su acción hace que se desdibuje la carga de responsabilidad individual y colectiva. Lo que resulta tremendamente preocupante, ya que, atendiendo a la Historia de las pocas cosas que podemos dar por sentadas es que el combinado de razón y pasión que es el hombre recurre a la violencia cuando teme. Por eso, dice Von Holst (1989, p. 283) “no porque seamos racionales, sino porque somos además seres de instintos muy primitivos, está en peligro nuestra existencia en la era tecnológica.”

En la información, la primacía de la rapidez y la cuantificación presiona para que el mensaje se separe de su contexto, roto el vínculo entre ambos el contenido de la noticia pierde buena parte de su significado. Hoy el asunto ha de quedar necesariamente reflejado en imágenes que acabarán siendo las únicas fedatarias de la noticia. Como iconos de memoria las imágenes ofrecen un “modo expeditivo de comprender algo.” (Sontag 2004, p. 31) El deleite humano ante el tormento como espectáculo, secularmente presente en el arte, y más tras el arraigado elogio cristiano al sacrificio, ha impulsado el protagonismo y mercadeo de imágenes “en una cultura en la que la conmoción se ha convertido en la principal fuente de valor y estímulo de consumo.” (Sontag 2004, p. 32)

La imagen puede resultar clave en la acción ética de recordar pero también puede morir de éxito si su reiteración hace del dolor trivialidad. La sobreexcitación informativa de palabras y fotografías a que nos vemos sometidos embota “nuestras capacidades mentales de discernimiento” (Sontag 2004, p. 122). La realidad se reduce a las repre-

26. Desde un punto de vista bien diferente, Luhmann (1997, p. 152) llega a una conclusión parecida: “una sociedad que se encuentra inmersa en evidentes crisis estructurales (...) apenas puede vivir de lo heredado. Quizá por eso sea aconsejable partir, incluso sin grandes diseños teóricos, de una ecología de la ignorancia.”

27. Levi (1989, p. 110-111) describe de este modo alguna de sus acciones como judío partisano contra los nazis durante la Segunda guerra mundial.

sentaciones que de ella se difunden y mientras ello merma nuestra capacidad reactiva no deja de crecer el espectáculo mediático de la guerra (Sontag 2004, p. 125). A costa de la reflexión se alienta un culto yermo a la memoria y el recuerdo.

El alcance social de la desconexión entre espacio y tiempo está servido (así se fundamenta la desvinculación del individuo con el contexto). Y aunque no sólo, depende de las fórmulas actuales de comunicación que pese a los impresionantes avances tecnológicos no consiguen mejorar la forma de representación del mundo, sometida a una burda simplificación basada en la decisión unilateral de lo importante y en su machacona insistencia. Las nociones de realidad y causalidad saltan por los aires. En esas condiciones resulta muy difícil esperar que la sociedad pueda resistirse ante “semejante red recursiva de comunicación de la ignorancia” (Luhmann 1997, p. 166).

2.3. De la destrucción: la guerra

“¡Serbia ha de morir!
¡Cada tiro un ruso!
¡Cada golpe un francés!
¡Cada patada un inglés!”²⁸

Lo que mayor agitación produce es la búsqueda y afirmación de la verdad. Sólo el uso del término resulta hoy una “hipótesis demasiado extrema.”²⁹ Únicamente en el ámbito científico considerado reserva exclusiva puede aludirse al término sin que produzca una cierta sensación de abuso. Pero incluso allí toma cuerpo la idea de que la verdad es inasible³⁰. La falta de certidumbre auspiciada entre otras causas por la celeridad del cambio incesante confiere un especial valor a la interpretación. No hay hechos, sólo su exégesis y sólo hay voluntad de poder, pero incluso ella es hermenéutica.

El poder, por encima de la fuerza, vive a cuenta de su vocación de espacio y tiempo. Siendo la rapidez condición de su existencia, la cualidad del poder se ha acrecentado de todas las maneras posibles como resultado de nuestra era técnica³¹.

Con, pero también sin, las potencialidades emergentes del poder, “no se trata de explicar la posibilidad de la guerra sino su facilidad.”³² Puede que “en el centro de las

28. Fragmentos de la canción que a Canetti (1994, p. 118) le enseñaron en 1914 cuando cursaba 4º grado de la escuela primaria en Viena. Ese y otros textos aparecen recogidos en el capítulo “El estallido de la guerra” de su *Autorretrato de infancia*.

29. En realidad ésa es la forma con que Nietzsche (1967, p. 199) se refirió a la mención de Dios.

30. Dicho así, la pregunta casi surge sola, si la verdad es inasible ¿para qué buscar? Al observar la observación de la sociedad vemos cómo ésta desarrolla figuras intelectuales con las que soportar la inobservabilidad del mundo.” Para su supervivencia y desarrollo necesita “hacer productiva su intranparencia” (Luhmann 1997, p. 203)

31. Si para Canetti (2000, p. 332, 335) resultaba superfluo detenerse en la demostración y ejemplificación de tal afirmación ¿cómo no lo va a ser para nosotros?.

32. De Maistre (1998, p. 329). Me ampararé de nuevo en Canetti (1986, p. 252) para fundamentar lo dicho y la fuente: “Entre los pensadores terribles que admiro se hallan Hobbes y De Maistre. Admiro de ellos el hecho de que sepan decir lo terrible (...) Por eso los cito a ambos (...) De Maistre ha

esperanzas y de la sensibilidad ética modernas esté la convicción de que la guerra, aunque inevitable, es una aberración. De que la paz, si bien inalcanzable, es la norma. Desde luego, no es así como se ha considerado la guerra a lo largo de la historia. La guerra ha sido la norma y la paz la excepción” (Sontag 2004, p. 87). De hecho, “hay algo de lo que hoy se puede estar seguro: la evolución siempre ha actuado en gran medida de forma autodestructiva. A corto y largo plazo. Poco de lo que se ha creado se ha conservado” (Luhmann 1997, p. 139). Con anterioridad cada cultura sustituía a la anterior y procuraba borrar las huellas de su civilización para que las propias brillasen más y con luz propia. Ahora no, con la aceleración del tiempo y por tanto de los cambios, es la propia cultura en la vorágine actualizadora la que acaba por instalar la crisis allí donde quería borrarla y creía haberlo logrado. La sucesión de acontecimientos y su propagación en tiempo real dejan poco hueco para la reflexión a la que, sin embargo, estamos abocados en el marco de lo incierto. Malos tiempos para los cartesianos en cuyos esquemas cualquier atisbo de desorden sea interpretado como una amenaza.

Con nuestros antiguos esquemas de oposiciones y valores binarios no conseguimos superar la prueba de los Balcanes y, a juzgar por el desconcierto alimentado por conceptos como el de “guerra preventiva” no parece que nos vaya demasiado bien. También tengo para mí que el “error es necesario para la vida”³³ pero bien podríamos haber aprendido algo de lo que ya en 1771 dijera Voltaire, entre lúcido y profético.

“El célebre Montesquieu, que pasaba por humano, ha dicho no obstante que es justo entrar a sangre y fuego en casa de los vecinos, si se teme que lleguen a ser demasiado poderosos. Si tal es el espíritu de las leyes, leyes son dignas de Borgia y de Maquiavelo. Si desgraciadamente dijese verdad, es preciso escribir contra esta verdad, aunque sea probada por los hechos. He aquí lo que dice Montesquieu: ‘Entre las sociedades el derecho de defensa natural empuja algunas veces a la necesidad de atacar, cuando un pueblo ve que una más larga paz pondría a otro en estado de destruirle, y que el ataque es en aquel momento el único medio de impedir esta destrucción.’

“¿Cómo el ataque en plena paz puede ser el único medio de impedir esta destrucción? (...) Si hubo alguna vez una guerra evidentemente injusta, es la que proponéis; es ir a matar a vuestro prójimo por miedo a que vuestro prójimo (que no os ataca) esté en estado de atacaros: es decir, que es preciso que os aventuréis a arruinar vuestro país con la esperanza de arruinar sin razón el de otro; esto, en verdad, ni es honrado ni útil, pues jamás se está seguro del éxito como muy bien sabéis.”³⁴

No es que no haya una verdad, hay tantas pretendidas verdaderas verdades como intérpretes (observadores de segundo grado que una vez observada la realidad la explican conforme a su examen). Es fácil caer en un atajo y decir: “todo es subjetivo”. (Inclui-

dicho cosas más terribles que Nietzsche. Pero las dice porque están presentes en el mundo como instrumento suyo, no por codicia (...) La resistencia que provocan sus respectivos pensamientos es sana”.

33. Gianni Vattimo (2001, p. 148).

34. Voltaire (1966, p. 293 y 294). El texto forma parte de la *addenda* incorporada en 1771 por el autor a su voz “guerra” respecto a las ediciones de 1764 y 1767.

da la percepción del peligro, la necesidad de la guerra o la inminencia de un ataque). Pero es que eso es ya una interpretación, el 'sujeto' no es nada dado, es sólo algo añadido por la imaginación, algo añadido después." Entendido el mundo como juego de interpretaciones que parten de "centros de fuerza" o configuraciones interpretativas de "duración relativa" ¿por qué camino concebir una crítica a la guerra? Nietzsche aún: "existe únicamente un conocer perspectivista; y cuantos más sentimientos dejemos hablar sobre una cosa, cuantos más ojos, ojos distintos, sepamos emplear para una misma cosa, tanto más completo será nuestro concepto de ella, tanto más completa será nuestra objetividad"³⁵. Desde parámetros que, desde luego, nada tienen que ver con la moderna teoría del caos Nietzsche acepta e incluso pregona lo caótico y feo de la realidad, en contra del mito de la ciencia objetiva defiende con vehemencia la multiplicidad de puntos de vista en términos "disolutivos"³⁶ como único camino del pensamiento.

2.4. *Esa es la cosa... el miedo*

"El miedo es la mayor fuerza que existe si uno logra acomodarse a él, instalarse, convivir con él con buen temple. Entonces puede sacarle uno provecho y utilizarlo en su beneficio, y llevar a cabo proezas que ni el sueño más fatuo, combatir con gran coraje, o resistirse, y hasta vencer a uno más fuerte. Las madres en primera línea con sus niños bien cerca, serían los mejores guerreros en las batallas."³⁷

Según parece, el conocimiento y su baluarte, la ciencia, no son ya máquinas de certidumbre. Nada es ajeno al movimiento perpetuo y a mayor movimiento, mayores son las posibilidades de desorden. Las estructuras sociales registran crisis dado el creciente alejamiento entre los valores cristalizados en las instituciones y los inestables valores sociales, dado el lento ritmo con que aquéllas registran unos cambios que a la ciudadanía ya le resultan superados. La sociedad comienza a percibirse a sí misma como un "orden improbable"³⁸ y discontinuo. El desorden no es una patología ajena al orden al que hay que curar para que vuelva a su estado ideal y originario libre de anomalías perjudiciales. El desorden es un elemento del orden, "sin caos no hay orden", protagonistas gemelares de la incierta modernidad (Bauman 1996, p. 77 y 81). El uno es al otro lo que el silencio a la palabra: para bien o para mal van unidos. Nuestro proyecto ya no puede ser el de captar la secuencia: orden-turbulencia-desorden-reparación-orden.

35. El propio Nietzsche denomina perspectivismo a su doctrina en el último período. Cfr. su *Genealogía de la moral*.

36. Así lo entiende Vattimo (2001, p. 152).

37. Marías, Javier (2004): *Tu rostro mañana. Baile y sueño*, Madrid: Alfaguara, 2004, p. 390.

38. Como dice Beriaín, (1996, p. 11) "el orden es siempre una meta a conseguir, nunca una realidad instituida per se (...) el orden deviene más improbable conforme evolucionan las sociedades debido a que las condiciones de su estabilización, al mismo tiempo son condiciones de su puesta en peligro."

Más que una necesidad el orden es una probabilidad, una isla en la infinidad de posibles que es el desorden.

Además de la tradicional connotación destructora del desorden, descubrimos con cierto asombro que el desorden puede ser creador “cuando produce una pérdida de orden acompañada de una ganancia de orden, que es generador de un orden nuevo reemplazante del antiguo y puede ser superior a él. El proceso de complejización opera según esta lógica, no por adición sino por sustitución a un nivel más elevado.” (Balandier 1999, p. 44). Y si no estamos en condiciones de garantizar el orden ya podemos ir despidiéndonos del sentido progresivo de la historia que la Razón nos había prometido. No queda más remedio que redimensionar el papel asignado a las contradicciones y las paradojas.

En esa hipótesis, el primer y más importante efecto del desorden es el miedo. El miedo es un factor desencadenante de cuantos conatos de reinstauración del orden podamos imaginar. Hace saltar todas las alarmas, para las más pesimistas, “desde el momento en que se instala en la conciencia colectiva, los extremistas ganan la partida, tanto a nivel religioso como étnico o político” (Minc 1993, p. 128). Tememos la pérdida, no sólo pero sí especialmente tememos a la muerte como pérdida de la vida. Hobbes es quien más se ha ocupado de ello, en su filosofía política la muerte ocupa un papel clave. Dice Hannah Arendt que lo decisivo para él no es la igualdad ante la muerte “sino la igualdad del temor ante la capacidad de matar que comparten todos los que convencen a los hombres en un estado de naturaleza de vincularse en una mancomunidad” (Arendt 1970, p. 61).

Es esa facultad de acción y decisión la que hace del hombre un ser político (Arendt 1970, p. 73). Por ello hablar de orden es hablar de orden político, para lograrlo se precisan dos elementos. Lo primero es el sentimiento de estar juntos, lo demás es organización (Delmas 1995, p. 19). Querrán estar juntos quienes compartan “bien común” porque converge su justificación del sacrificio (Resta 1995, p. 167-173). En esa dialéctica composición de deseo y razón se atribuye a la conexión social la clave para catalizar desórdenes y crisis. A mayor conciencia de desorden, mayor miedo. Pero esa cómoda lección no cabe aplicarse al ámbito internacional, allí, “por más poderosos y activos que sean, los factores de integración no son factores de orden” (Delmas 1995, p. 182). Tal vez porque allí, la organización es débil, el deseo de estar juntos inexistente. “En materia de seguridad, el orden internacional reposa sobre el principio de Estados soberanos, es decir, capaces de asegurar su propia cohesión. Codifica con esmero sus conflictos de poder, pero acalla sus crisis de debilidad” (Delmas 1995, p. 176).

¿Qué tenemos? Tenemos algunos Estados fuertes porque su legitimidad y soberanía no ha sido puesta en duda; tenemos Estados que dejaron de serlo porque el deseo de sus ciudadanos de estar juntos era una ficción y tenemos un des-orden, nuevo-orden internacional que alimenta el desconcierto.

La salida difícil es la paz, la fácil, la guerra. La guerra, alimentada del miedo, pugna con la paz y el Derecho en competencia desleal por el restablecimiento de las certidumbres. Y en medio de todo, el poder. Ésta es una de las pocas cosas que concitan

“consenso entre los teóricos tanto de la izquierda como de la derecha en el sentido de que la violencia no es sino la manifestación más flagrante del poder.” Con la convicción de que “la cuestión política más importante de todas es, y siempre ha sido, el problema de quién domina a quién.” (Arendt 1970, p. 34 y 41).

El poder es la incógnita de la ecuación paz-guerra. Presente allí y presente también en la ecuación derecho-fuerza, incluso por partida doble:

“La función de la violencia en la creación jurídica es, en efecto doble, en el sentido de que la creación jurídica, si bien persigue lo que es instaurado como derecho, como fin con la violencia como medio, sin embargo –en el acto de fundar como derecho el fin perseguido– no depone en modo alguno la violencia, sino que sólo ahora hace de ella en sentido estricto, es decir, inmediatamente, violencia creadora de derecho, en cuanto instaura como derecho, con el nombre de poder, no ya un fin inmune e independiente de la violencia, sino íntima y necesariamente ligado a ésta. Creación de derecho es creación de poder, y en tal medida un acto de inmediata manifestación de la violencia” (Benjamin 1971, p. 192).

No se trata de una vinculación bastarda. Sin fuerza, ni el Derecho es Derecho ni la organización organización, a no ser que los admitamos en términos de la más absoluta ineficacia. Lo privativo del Derecho en el que nos refugiamos y del que esperamos casi todo es que también introduce la paz. De todos modos y como siempre, en caso de duda Kelsen³⁹, tanto para el orden nacional:

“El ordenamiento jurídico, al determinar las condiciones en cuya presencia ha de tener lugar el uso de la fuerza y los individuos que han de hacerlo, así como al crear un monopolio coercitivo en beneficio de la comunidad jurídica, introduce la paz precisamente en la comunidad que dicho ordenamiento constituye. Pero la paz del derecho es sólo relativa, no absoluta. En efecto, el derecho no excluye el uso de la fuerza (...) El derecho es una reglamentación de la coerción.”

como internacional:

“Mientras en las relaciones entre Estados, el derecho internacional no prohíba la guerra, no se puede afirmar con fundamento que el Estado de derecho sea necesariamente un Estado de paz y que el derecho tenga como función esencial asegurar la paz. Lo único que se puede decir es que el derecho tiende a ello” (Kelsen 1991, p. 51-52).

Esa tendencia al máximo de “pacifismo” posible pone al Derecho en el camino de la virtud del que procede, dado que, “el escribir la ley corresponde en el fondo a la necesidad de encontrar remedios a la ausencia de virtud” (Resta 1995, p. 43). Desde luego, no se trata de un camino de rosas, la conjugación de deseo e impotencia en un derecho cada día más fluido hacen temer la inconsistencia de los resultados. La pregunta es: ¿se puede garantizar la paz? Probablemente la evolución del concepto de

39. Antes de Kelsen, Kant (1989, p. 40) ya se había encargado de teorizar sobre el inherente nudo que une el derecho a la fuerza a través de su facultad de coacción.

soberanía tenga mucho que ver con ello. Su virtual debilitamiento no debe causar obsesión, nos interesa más la aceptación.

Históricamente la multiplicidad de órdenes coexistentes no fue percibida como hoy como un síntoma del caos. Así las cosas, nuestro orden internacional no puede permitirse el lujo de ser el discípulo más aventajado de inflexibles dogmas políticos decimonónicos, desde luego, la imprevisibilidad contemporánea no lo aconseja. La aficción al concepto de soberanía se nutre de un objetivo casi único: “el interés nacional y por consiguiente, la seguridad interior”. En ese contexto, resulta muy dificultoso “invocar la primacía del derecho, el respeto a las leyes o las normas colectivas, ya que los contratos vigentes entre países, que siempre es posible romper unilateralmente, no son leyes.” Sencillamente, más allá de las fronteras de la Unión Europea “lo que conocemos como derecho internacional no se incluye en la misma categoría que el poder militar.” (Todorov 2003, p. 31 y 84) Y si el derecho no lo hace, ¿quién convence al poderoso de que no puede hacer todo lo que puede hacer?

Bibliografía citada

- ARENDDT, H. (1970): *Sobre la violencia*, México: Editorial Joaquín Mortiz.
- BALANDIER, G. (1999): *La teoría del caos y las ciencias sociales. Elogio de la fecundidad del movimiento*, Barcelona: Gedisa.
- BARATTA, F. (1995): “Las nuevas fábricas del miedo. Los mass media y la inseguridad ciudadana”, *Oñati Proceedings* 18, p. 83-94.
- BAUMAN, Z. (1996): “Modernidad y ambivalencia”, en BERIÁIN, J. (coord.): *Las consecuencias perversas de la modernidad*, Barcelona: Anthropos, p. 73-119.
- , (1999): *La globalización. Consecuencias humanas*, México: Siglo XXI.
- BECK, U. (1998): *La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad*, Barcelona: Paidós.
- , (2000): “Risk Society Revisited: Theory, Politics and Research Programmes”, en ADAMS, B.; U. BECK y J. VAN LOON (eds.), *The Risk Society and Beyond*, London: Sage, p. 211-229.
- , (2002): *La sociedad del riesgo global*, Madrid: Siglo XXI.
- BENJAMIN, W. (1971): *Angelus Novus*, Barcelona: Edhasa.
- BERIÁIN, J. (comp.), (1996): *Las consecuencias perversas de la Modernidad. Modernidad, contingencia y riesgo*, Barcelona: Anthropos.
- CALVO GARCÍA, M. (1995): “Políticas de seguridad y transformaciones del Derecho”, *Oñati Proceedings* 18, p. 95-134.
- CANETTI, E. (1986): *La provincia del hombre*, Madrid: Taurus.
- , (1994): *La lengua absuelta. Autorretrato de infancia*, Barcelona: Muchnik Editores.
- , (2000): *Masa y poder*, Madrid: Alianza-Muchnik.
- CARBONELL MATEU, J. C. (2000): “Reflexiones sobre el abuso del derecho penal y la banalización de la legalidad”, *Revista de Ciencias Penales* 3/1-2, p. 9-24.
- CULPITT, I. (1999): *Social Policy and Risk*, London: Sage.

- DA AGRA, C.; J. QUINTAS y E. FONSECA (2002): "De la seguridad democrática a la democracia de seguridad: el caso portugués", *Revista Catalana de Seguretat Pública* 11, p. 177-196.
- DE MAISTRE, J. (1998): *Las veladas de San Petersburgo*, Madrid: Espasa-Calpe.
- DELMAS, P. (1996): *El brillante porvenir de la guerra*, Santiago de Chile: Editorial Andrés Bello.
- DÍEZ RIPOLLÉS, J. L. (1998): "Exigencias sociales y política criminal", *Claves para la Razón Práctica* 85, p. 48-53.
- , (2003): *La racionalidad de las leyes penales. Práctica y teoría*, Madrid: Trotta.
- , (2004): "El nuevo modelo penal de la seguridad ciudadana", *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* 06-03, 34 pp. Disponible en: <http://criminnet.ugr.es/recpc/06/recpc06-03.pdf> [Consulta: 28/11/2005].
- , (2005): "De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: un debate desenfojado", *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* 07-01, 37 pp. Disponible en: <http://criminnet.ugr.es/recpc/07/recpc07-01.pdf> [Consulta: 28/11/2005].
- DOUGLAS, M. (1992): *Risk and Blame. Essays in Cultural Theory*, London: Routledge.
- ESCOHOTADO, A. (1999): *Caos y orden*, Madrid: Espasa.
- FERRAJOLI, L. (1995): *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Madrid: Trotta.
- FREIXES SANJUÁN, T. y J. C. REMOTTI CARBONELL (1993): *El derecho a la libertad personal. Análisis de Constitución, legislación, Tratados internacionales y jurisprudencia*, Barcelona: PPU.
- FUREDÍ, F. (2002): *Culture of Fear. Risk-taking and the Morality of Low Expectation*, London: Continuum.
- FURLONG, A. y F. CARTMEL (1997): *Young People and Social Change. Individualization and Risk in Late Modernity*, Buckingham: Open University Press.
- GARCÍA INDA, A. y R. SUSÍN BETRÁN (1995): "Libertad y seguridad en la crisis del bienestar", *Cuadernos de Política Criminal* 55, p. 329-366.
- GARLAND, D. (2002): *The Culture of Control. Crime and Social Order in Contemporary Society*, Oxford: Oxford University Press.
- GARRIDO GENOVÉS, V.; P. STANGELAND y S. REDONDO (2001): *Principios de criminología*, Valencia: Tirant lo Blanch.
- GARZÓN, B. y A. MANJÓN-CABEZA (1992): "La Ley de Seguridad Ciudadana: ¿Solución o problema?", *Claves para la Razón Práctica* 24, p. 2-8.
- GIDDENS, A. (1990): *Consecuencias de la Modernidad*, Madrid, Alianza Universidad.
- , (1993): *Consecuencias de la modernidad*, trad. A. Lizón Ramón, Madrid: Alianza.
- GONZÁLEZ ORDOVÁS, M. J. (2003): *Ineficacia, anomia y fuentes del derecho*, Madrid: Dykinson-Instituto de Derechos Humanos 'Bartolomé de las Casas' de la Universidad Carlos III.
- GRÜN, E. (1997): "El derecho posmoderno: un sistema lejos del equilibrio", *Revista telemática de filosofía del derecho (RTFD)* 1. Disponible en: <http://www.filosofiayderedrecho.com/rtfd/numero1/posmoderno.html>. [Consulta: 28/11/2005].
- HAYLES, C. (2000): *La evolución del caos. El orden dentro del desorden en las ciencias contemporáneas*, Barcelona: Gedisa.

- HEBBERECHT, P. (2003): “Sociedad de riesgos y política de seguridad”, en DA AGRA, C. y otros (eds.), *La seguridad en la sociedad del riesgo. Un debate abierto*, Barcelona: Atelier, p. 353-364.
- HUDSON, B. (2003): *Justice in the Risk Society*, London: Sage.
- KANT, I. (1989): *Metafísica de las costumbres*, Madrid: Taurus.
- KELSEN, H. (1991): *Teoría pura del derecho*, México: Porrúa-U.N.A.M.
- LARRAURI, E. (2000): *La herencia de la criminología crítica*, 2^a ed., Madrid: Siglo XXI.
- LEVI, P. (1989): *Si ahora no, ¿cuándo?*, Madrid: Alianza Editorial.
- LUHMANN, N. (1993): *Risk: A Sociological Theory*, Berlin: Walter de Gruyter.
- , (1997): *Observaciones de la Modernidad. Racionalidad y contingencia en la sociedad moderna*, Barcelona: Paidós.
- MAQUEDA ABREU, M. L. (2003): “Crítica a la reforma penal anunciada”, *Jueces para la Democracia* 47, p. 6-11.
- MEDINA, J. (2003): “Inseguridad ciudadana, miedo al delito y policía en España”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* 05-03, 21 pp. Disponible en: <http://criminnet.ugr.es/recpc/05/recpc05-03.pdf>. [Consulta: 28/11/2005].
- MENDOZA BUERGO, B. (2003): “Gestión del riesgo y política criminal de seguridad en la sociedad del riesgo”, en DA AGRA, C. y otros (eds.), *La seguridad en la sociedad del riesgo. Un debate abierto*, Barcelona: Atelier, p. 67-89.
- MINC, A. (1994): *La nueva Edad Media. El gran vacío ideológico*, Madrid: Temas de hoy.
- NIETZSCHE, F. (1967): *Fragmentos póstumos*, G. Colli y M. Montinari (eds.), Milán: Adelphi, Vol. VIII, tomo I.
- , (1994): *Genealogía de la moral*, Madrid: Alianza Editorial.
- PAREJO ALFONSO, L. (2003): “Reflexiones sobre la libertad, la seguridad y el Derecho”, *Justicia Administrativa* 21, p. 5-19.
- PECES-BARBA, G. (1984): *Los valores superiores*, Madrid: Tecnos.
- PÉREZ LUÑO, A. E. (1992): “La seguridad como función jurídica”, en *Funciones y fines del derecho. Estudios en homenaje al profesor Mariano Hurtado Bautista*, Murcia: Universidad, p. 273-289.
- PRIETO NAVARRO, E. (2003): “Sobre los límites y posibilidades de la respuesta jurídica al riesgo”, en DA AGRA, C. y otros (eds.), *La seguridad en la sociedad del riesgo. Un debate abierto*, Barcelona: Atelier, p. 27-46.
- PRIETO SANCHÍS, L. (2003): *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Madrid: Trotta.
- RESTA, E. (1995): *La certeza y la esperanza. Ensayo sobre el derecho y la violencia*, Barcelona: Paidós.
- RICO, J. M. y L. SALAS (1988): *Inseguridad ciudadana y policía*, Madrid: Tecnos.
- ROBLES PLANAS, R. (2004): “Violencia y seguridad”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* 06-r1, p. r1: 1-3. Disponible en: <http://criminnet.ugr.es/recpc/06/recpc06-r1.pdf> [Consulta: 28/11/2005].
- RUIDÍAZ GARCÍA, C. (1992): “El miedo al delito. Apuntes para la reflexión”, *Cuadernos de Política Criminal* 48, p. 931-944.

- SAEZ VALCARCEL, R. (2002): “La inseguridad, lema de campaña electoral”, *Jueces para la Democracia* 45: p. 3-8.
- SCOTT, A. (2000): “Recasting Risk Culture”, en ADAMS, B.; U. BECK y J. VAN LOON (eds.), *The Risk Society and Beyond*, London: Sage, p. 33-46.
- SILVA SÁNCHEZ, J. M. (2001): *La expansión del derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, 2ª ed., Madrid: Civitas.
- SONTAG, S. (2004): *Ante el dolor de los demás*, Madrid: Punto de lectura.
- TODOROV, T. (2003): *El nuevo desorden mundial*, Barcelona: Península.
- VATTIMO, G. (2001): *Introducción a Nietzsche*, Barcelona: Península.
- VOLTAIRE (1966): *Diccionario filosófico*, Madrid: Clásicos Bergua.
- VON HOLST, E. (1969): *Zur Verhaltensphysiologie bei Tieren und Menschen, vol. I*, Munich: Gesammelte Abhandlungen.
- WAGMAN, D. (2004): “Los cuatro planos de la seguridad”, *Gobernanza y Seguridad Sostenible* 17: 3 pp.

LIBERTAD Y SEGURIDAD ¿UN BINOMIO INCOMPATIBLE?

JOSÉ MARÍA AGUIRRE ORAA
Universidad de La Rioja

ÍNDICE: 1. EXISTENCIA HUMANA, MUNDO Y SITUACIÓN 2. EL HOMBRE Y LA LIBERTAD 3. LIBERTAD E INTERSUBJETIVIDAD 4. PROYECTO DE LIBERTAD E INSTITUCIONALIZACIÓN BIBLIOGRAFÍA CITADA.

«La libertad, en la medida en que puede coexistir con la libertad de cualquier otro según una ley universal, es este derecho único, originario, que corresponde a todo hombre en virtud de su humanidad» (Immanuel KANT)

A lo largo de la historia de la reflexión filosófica y del pensamiento político estos dos conceptos, libertad y seguridad, han mantenido con frecuencia una relación tensional, cuando no un enfrentamiento abierto y casi diríamos a muerte. Con gran asiduidad las autoridades sociales, políticas y religiosas han primado la búsqueda de la «seguridad» y del «orden establecido» de las sociedades antes que promover el desarrollo de las libertades humanas. Por esta razón la lucha por la libertad siempre ha sido una lucha tenaz y constante, con connotaciones sociales, políticas y religiosas, que ha buscado la extensión, la ampliación y el desarrollo de las libertades humanas. Incluso habría que decir más. Una de las claves fundamentales de comprensión de la historia humana y de su desarrollo lo constituye precisamente el constante y persistente empeño por hacer avanzar la libertad efectiva en todos los ámbitos de la existencia humana, en el campo del pensamiento, de la política, del orden económico, de las relaciones sociales, del entramado jurídico...

1. Existencia humana, mundo y situación

Ya desde el nacimiento de la filosofía en el mundo griego se abre una perspectiva de reflexión que no se contenta con la realidad aparente e inmediata y con las concepciones que están establecidas, sino que intenta desvelar las claves profundas de la existencia del mundo y del hombre. La libertad frente a lo «evidente», frente a lo que existe sin más, frente a lo naturalmente aceptado, es el dinamismo constitutivo de un

pensamiento que se interroga, que se cuestiona, que busca respuestas más sólidas y fundadas, que criba las verdades aparentemente sólidas a primera vista para embarcarse en la búsqueda incesante de verdaderas más altas o más profundas. «Si la filosofía puede ser “útil” en nuestro presente, no lo será quizás más que en la medida en que es capaz de proponer una perspectiva a partir de la cual el presente puede ser juzgado y se puedan abrir otros caminos. [...] La presencia de la filosofía en la ciudad es sin duda el esfuerzo de clarificación que intenta discernir, dentro mismo de la actualidad de las prácticas, el camino secreto del sentido. Pero, al mismo tiempo es el esfuerzo por pensar las condiciones que deben permitir a la existencia habitar el mundo en verdad» (Ladrière 2004, p. 15-16). Podríamos decir que el dinamismo de la libertad es el núcleo de la reflexión, del pensamiento.

Pero incluso tendríamos que apuntar y señalar a una realidad más fundamental. La libertad no es sólo un rasgo fundamental de la actividad reflexiva humana; es también el dinamismo de la propia existencia humana, si se la considera en la totalidad unitaria de todas sus dimensiones. La libertad remite la acción humana al campo de la temporalidad humana y al campo de la historia. La libertad tiene una dimensión espacio-temporal intrínsecamente constitutiva. La libertad se hace y se «deshace» en la historia humana. Nunca hay que olvidar (sería trágico) que el ser humano es radicalmente un ser histórico, con su pasado, su presente y su futuro como dimensiones estructurales y unitarias de su misma existencia.

Esta característica histórica, con su triple dimensión constitutiva, ha sido puesta de manifiesto por la corriente fenomenológica, y en especial por los análisis de Martin Heidegger en su primera época. La «pertenencia» (*Befindlichkeit*) a una situación, a las tradiciones, a una historia, constituye un rasgo de la finitud histórica del ser humano y ella es tan original y esencialmente constitutiva del ser humano como el hecho de que este ser-ahí (Da-sein), este ser humano, está siempre proyectado hacia sus posibilidades futuras. Para Heidegger los dos momentos del «ser-situado» («ser-yecto» en traducción de José Gaos) (*Geworfenheit*) y del «pro-yecto» (*Entwurf*) deben ser pensados en íntima relación, en mutua imbricación. La existencia humana que se pro-yecta hacia su «poder ser futuro» es un ser que desde siempre «ha sido». El ser-ahí (la existencia humana) es un pro-yecto situado (yecto) lo que significa que es un pro-yecto finito. La hermenéutica de la facticidad es una hermenéutica de la situación y de la finitud. El ser-ahí encuentra como un presupuesto infranqueable todo lo que, al mismo tiempo, limita pero hace posible su proyecto.

Avanzando en estas fructíferas perspectivas fenomenológicas, hay que considerar al hombre como un ser-en-el-mundo o dicho de otra manera como un ser «mundano». El mundo no es en un estricto análisis una realidad exterior que está junto al hombre o que se encuentra más allá de él, sino que forma parte constitutiva de la existencia humana. Puesto que el hombre constitutivamente es pro-yecto, el mundo no es de manera originaria y primaria una realidad que haya que contemplar, sino un conjunto de «instrumentos» para el hombre, un conjunto de utensilios, de cosas que hay que emplear, al alcance de la mano, y no un conjunto de cosas que haya que contemplar. La existencia humana

es fundamentalmente «poder ser», pro-yecto, trascendencia hacia el mundo: estar en el mundo significa originariamente convertir el mundo en proyecto de las acciones y de las actitudes posibles del hombre. Esta trascendencia instituye el proyecto o el bosquejo de un mundo; es un acto de libertad, más aún, para Heidegger consiste en la libertad misma. Sin embargo, aunque es cierto que todo proyecto está radicado en un acto de libertad, también es verdad que cada proyecto limita de manera inmediata al hombre, quien se encuentra en dependencia de las necesidades y limitado por el conjunto de instrumentos constituidos por el mundo. Ser en el mundo o estar en el mundo, por consiguiente, quiere decir que el hombre manifiesta cuidado por las cosas necesarias para sus proyectos, se relaciona con una realidad-utensilio, medio necesario para la realización de su vida y para sus acciones.

Puesto que el «ser-ahí» (la existencia humana) es constitutivamente pro-yecto, el mundo existe como conjunto de cosas utilizables: el mundo llega a ser gracias a su ser utilizable. El «ser» de las cosas equivale a su «ser utilizadas por el hombre». El hombre, en consecuencia, no es un espectador en el gran teatro del mundo: el hombre está en el mundo, implicado en él y en sus vicisitudes. Al transformar el mundo, se forma y se transforma a sí mismo. La actitud teórica y contemplativa del espectador desinteresado (sobre la cual Husserl había insistido tanto, como en general toda la tradición filosófica occidental) sólo es uno de los aspectos de la utilizabilidad de las cosas, que representa una realidad más amplia y general. Las cosas siempre son instrumentos: si es preciso, serán consideradas como instrumentos que satisfacen un placer estético, pero en caso necesario podrán ser vistas objetivamente, científicamente, sobre el trasfondo de un proyecto total. El hombre entiende una cosa o una realidad, cuando sabe qué hacer de ella, al igual que se entiende a sí mismo cuando sabe qué puede hacer de sí mismo, cuando sabe qué puede ser.

Si el ser-en-el-mundo (*in der Welt sein*) es un «existencial» (o existenciario), una estructura fundamental de la existencia humana, también lo es el ser-con-los-otros (*mit-sein*). No hay un sujeto sin mundo, como tampoco es concebible «un yo aislado sin los otros». En el quinto apartado de su libro *Meditaciones cartesianas* Edmund Husserl había propuesto y fundamentado una fenomenología de la intersubjetividad: los demás no son inferidos de manera deductiva y teórica en calidad de otros «yos», sino que desde el origen *nos son dados, se nos muestran como otros tantos «yos»*. Puesto que la existencia es constitutivamente apertura, los otros «yos» son en cuanto tales desde un principio partícipes del mismo mundo en el que vivo. Por otro lado, al igual que el «ser en el mundo» del hombre se expresa a través del «manifestar cuidado por las cosas», del mismo modo su estar con los otros se traduce en tener cuidado de los demás, lo cual constituye la estructura básica de toda posible relación entre los hombres. El tener cuidado de los demás puede asumir dos direcciones: en la primera se trata de substraer a los otros de sus propios cuidados, mientras que la segunda consiste en ayudarles a conquistar la libertad de asumir su propio cuidado. En el primer caso se da un simple «estar juntos» y nos hallamos ante una forma inauténtica de coexistencia; en el segundo, en cambio, hay un auténtico coexistir.

2. El hombre y la libertad

En su célebre obra *Fenomenología de la percepción* Maurice Merleau-Ponty ofrece unas perspectivas muy certeras sobre la libertad humana. Comienza resumiendo brevemente la teoría expuesta por Jean Paul Sartre en *El ser y la nada* y sometiéndola a crítica. Sartre defiende que la libertad es *absoluta*, incluso mantiene que nuestras decisiones no son determinadas por los motivos, pues «el presunto motivo no influye de hecho nada en mi decisión; al contrario, es mi decisión la que da al motivo su fuerza» (Merleau-Ponty 1945, p. 497). Depende de mí, de mi voluntad soberana, de mi libertad, el que yo vea a los hombres como cosas o como seres humanos, como objetos o como sujetos libres; y depende de mi voluntad de hacer alpinismo el que una roca me parezca inescalable o me parezca sólo un obstáculo difícil.

Sin embargo, esta alternativa por la que el acto del hombre o deriva del yo y es libre (racionalismo) o deriva del mundo y no es libre (determinismo) resulta carente de sentido para explicar las relaciones del hombre con el mundo y con su pasado. Ante esta aparente disyuntiva Merleau-Ponty argumenta que si se dice que la libertad es absoluta e ilimitada, se le quita a la palabra «libertad» toda significación definida. «Si en efecto hay igual libertad en todas nuestras acciones y hasta en nuestras pasiones, si ella existe sin medida común con nuestra conducta, si el esclavo testimonia tanta libertad viviendo en el temor como rompiendo sus cadenas, no se puede decir que haya ninguna *acción libre*, la libertad está más acá de todas las acciones. En ningún caso se podrá declarar: “Aquí aparece la libertad”, ya que la acción libre, para que pueda ser constatable, debería destacarse sobre un fondo de vida que no existió de ninguna manera o al menos existió en menor medida. La libertad está por doquier, si así se quiere, pero también en ninguna parte» (Merleau-Ponty 1945, p. 499).

Es indiscutible que soy yo quien da a ese precipicio el significado de ser un «obstáculo» para la ascensión de la montaña que yo estoy planeando; pero mi diálogo con el mundo, en el que este significado se produce, es un diálogo, no un monólogo. La relación entre el precipicio y mi cuerpo no depende simplemente de mí. Cuando doy al precipicio el significado de ser un obstáculo, yo ya estoy implicado y situado en una situación. De la misma manera, mi conducta pasada y los hábitos que he ido adquiriendo constituyen también una situación para mi existencia. De lo cual no hay que concluir errónea e ingenuamente que mi opción actual esté determinada, sino más bien que la libertad no es nunca absoluta, sino siempre «*situada*», *condicionada*: condicionada por el mundo en el que vive y por el pasado que ha vivido. Esto no quiere decir tampoco que la acción libre sea divisible, como si constara de una parte que fuera propiamente libre y de otra parte que estuviera determinada. Lo que quiere realmente significar es que el hombre no es una pura conciencia, sino que el nivel de la conciencia y de la libertad está condicionado por otro nivel preconsciente.

Un ejemplo clarificador (y además políticamente relevante) que pone Merleau-Ponty es el del intelectual burgués que rompe con la lógica de su clase y se identifica con el movimiento revolucionario proletario, haciéndolo todo ello de manera libre y consciente. Sin embargo, este intelectual llega a tomar esa decisión socio-política, no

como una conciencia pura que exista aparte y separada de todas las clases sociales, sino como alguien que por su nacimiento y por su formación está ya situado socialmente. Su decisión, aunque libre, es la decisión de un burgués intelectual; elige precisamente en cuanto tal, y aunque al final consiga cerrar la fisura entre el burgués intelectual y el miembro de la clase proletaria, esto no puede lograrlo mediante una decisión inicial de romper con su propia clase y abrazar la causa del otro. Su ejercicio de la libertad está condicionado por una situación preexistente. «Esto vuelve a decir que nosotros damos su sentido a la historia, pero no sin que ella nos lo proponga. La donación de sentido no es solamente centrífuga y ésta es la razón de que el sujeto de la historia no sea el individuo. Hay intercambio entre la existencia generalizada y la existencia individual, cada una recibe y da.» (Merleau-Ponty 1945, p. 513).

¿Qué es por consiguiente la libertad? «Nacer es a la vez nacer del mundo y nacer al mundo. El mundo está ya constituido, pero a la vez nunca completamente constituido. Bajo la primera relación nos vemos solicitados, bajo la segunda estamos abiertos a una infinitud de posibles. Pero este análisis es todavía abstracto, porque nosotros existimos bajo las dos relaciones *a la vez*. Por tanto, no hay jamás determinismo y jamás elección absoluta, nunca soy una cosa y nunca soy una conciencia desnuda» (Merleau-Ponty 1945, p. 517). La alternativa entre el racionalismo y el determinismo no es válida. El análisis fenomenológico nos enseña a reconocer el buen orden de los fenómenos. Nos encontramos mezclados con el mundo y con los otros en una confusión inextricable. La idea de situación excluye la libertad absoluta en el origen de nuestros compromisos. Nuestra libertad siempre es una libertad situada, condicionada. Nada me determina desde el exterior. La libertad existe, «no porque yo no me vea solicitado por nada, sino a la inversa, porque de inmediato me encuentro fuera de mí y abierto al mundo» (Merleau-Ponty 1945, p. 520). Por lo tanto nuestra libertad no destruye la situación en la que me encuentro, sino que se integra en ella. No es posible que la libertad despliegue su vuelo sin una rampa de lanzamiento concreta que lo posibilite. Por este motivo las situaciones permanecen abiertas, ya que la inserción del hombre en ellas las configurará de un modo u otro, en la medida en que lo permitan las situaciones. No se produce ninguna huida con respecto a los hechos. «Yo no puedo fallar a la libertad más que si intento superar mi situación natural y social rehusando asumirla previamente, en vez de unirme a través de ella al mundo natural y humano» (Merleau-Ponty 1945, p. 520).

Al igual que el psicoanálisis infló en exceso la noción de sexualidad en la explicación del comportamiento humano, el marxismo ortodoxo infló en demasía la noción de economía. Este es un punto fundamental. Condicionamiento, aunque sea importante, no equivale a determinación. No obstante «la economía no es un mundo cerrado, y todas las motivaciones se entrelazan en el corazón de la historia». En definitiva Merleau-Ponty no descarta las motivaciones económicas, de gran significación e importancia en la historia humana individual y colectiva, pero no las absolutiza. «Sería absurdo considerar la poesía de Valery como un simple episodio de la alienación económica: la poesía pura puede tener un sentido eterno. No es absurdo, sin embargo, buscar en el drama social y económico —en el modo de nuestro *Mitsein*— el motivo de esta toma de conciencia». Por esta razón Merleau-Ponty concluye que «la concepción del derecho, la moral, la reli-

gión, la estructura económica, se intersignifican recíprocamente en la unidad del acontecimiento social, de la misma forma en que las partes del cuerpo se implican recíprocamente en la unidad de un gesto o los motivos fisiológicos, psicológicos y morales se entrelazan en la unidad de la acción. En consecuencia resulta imposible reducir la vida humana a las relaciones económicas o a las relaciones jurídicas y morales pensadas por los hombres, del mismo modo que es imposible reducir la vida individual a las funciones corporales o al conocimiento que tenemos acerca de esta vida».

De ahí se deriva que la acción humana en el mundo, a la hora de sus elecciones históricas, no puede eliminar el elemento de la racionalidad, pero tampoco el elemento de la audacia, ni el riesgo del error y el fracaso. A la historia se le reconoce tanto el elemento de la *contingencia*, sin la cual no seríamos responsables en la acción social y política, como el elemento de la *racionalidad*, sin la cual no seríamos más que locos o insensatos. La historia está atravesada por una dialéctica cuya dinámica no es enteramente previsible y que incluso puede transformar las intenciones del hombre en su contrario. Pero, por otro lado, en algunos momentos la historia está abierta a nuevas posibilidades y nuestra intervención o nuestra pasividad puede orientarla en una u otra dirección. «El mundo humano es un sistema abierto e incompleto y la misma contingencia fundamental, que lo amenaza de discordancia, lo sustrae a la fatalidad del desorden e impide desesperar de él: a condición de que se recuerde que sus instrumentos son hombres y de que se mantengan y multipliquen las relaciones de hombre a hombre» (Merleau-Ponty 1947, p. 206). Por eso la dialéctica histórica es constante y permanente. No hay un final de la historia asignable y determinable, de manera que podamos afirmar: «Ahí está», «Ya hemos llegado», «Éste es». Por eso nadie es sujeto y libre por sí solo y las libertades se contrastan y se exigen recíprocamente. La historia es historia de su discusión y esto se inscribe y es visible en las instituciones, en las civilizaciones y en los grandes hechos históricos. Es absurda y pretenciosa, y con frecuencia trágica, sobre todo tras nuestras últimas experiencias históricas, la pretensión de hacer terminar la dialéctica con un fin de la historia o con un orden socio-político que ha alcanzado su plenitud y que no puede ser contestado.

3. Libertad e intersubjetividad

Ahora bien, junto a lo señalado anteriormente, hay que subrayar que el reconocimiento de la radical libertad del hombre no está en contraposición con el carácter constitutivamente interpersonal de su existencia. Más bien hay que afirmar lo contrario. Estas dos dimensiones humanas (libertad e intersubjetividad) deben ser vistas como componentes necesarios y esenciales de una única existencia humana, como realidades estructuralmente unidas, como el anverso y el reverso de una misma moneda, que sólo en su unidad tiene valor «legal» y «práctico». Sin embargo, este reconocimiento de las otras personas significa mucho más que la mera constatación empírica de la existencia de otras personas. Esta constatación primaria se nos impone de manera bastante evidente a cualquier persona corpórea y mundana. De lo que se trata es de entrar en el ámbito, no de

lo que existe meramente, de lo que simplemente es o existe, sino de lo que *debe ser*. Éste es un dato ético y como tal un dato de conciencia. Con Kant diríamos que es un tema de razón práctica, un *hecho (Faktum)* de la razón práctica.

Para Kant la libertad y la autonomía del sujeto suponen inexorablemente el reconocimiento recíproco de todos los demás sujetos humanos como sujetos libres y autónomos también. Repugna a la razón práctica (evidentemente «trabajada» históricamente por las corrientes de pensamiento «humanista», lo que vendría a modular y concretar una razón concebida por Kant de modo bastante a-histórico) concebir a las demás personas como medios. En su obra *Fundamentación de la metafísica de las costumbres* señalaba en una conocida formulación: «Actúa de modo que consideres a la humanidad, tanto en tu persona como en la persona de todos los demás, siempre como fin y nunca como medio». Aunque posteriormente Kant abandonó esta formulación en la *Crítica de la Razón práctica* por un imperativo más formal: «Actúa de modo que la máxima de tu voluntad tenga siempre validez, al mismo tiempo, como principio de legislación universal» (Kant 1994, p. 49), es decir que la máxima (subjetiva) se convierta en ley universal (objetiva), la sustancia ética que la atraviesa es fundamentalmente la misma: el reconocimiento recíproco e igualitario de todos los hombres y de su dignidad. En palabras de Levinas: «ser libre es construir un mundo en el que todos puedan ser libres».

Los filósofos modernos que han buscado esclarecer de forma sistemática la existencia humana han señalado que desde el momento en que hay otros seres humanos, aparece una responsabilidad inexcusable frente a ellos que se «impone» a nuestra conciencia. Mi libertad es, de manera originaria y constitutiva, una exigencia frente a otra libertad: en consecuencia la libertad debe hacerse responsable de sí misma frente a esta otra libertad. Pero esto implica también *hacerse realmente responsable* de esta otra libertad. José Manzana afirmaba: «La elección consciente por la cual ex-siste el hombre, implica, por lo tanto, la atención a una posible universalidad y el “con-sentimiento” con la libertad de los otros y en último término con todo hombre» (Manzana 1999, p. 602).

Ahora bien, sabemos que la acción moral del hombre, su responsabilidad moral, no pueden reducirse a una ética de la intención y de la interioridad, sino que tienen que consistir en el establecimiento de las condiciones reales de una comunicación e interacción interpersonal y social en libertad. Ésta fue la gran crítica que Fichte hizo a Kant. El establecimiento de la libertad humana tiene que pasar necesaria y obligatoriamente al campo de la praxis colectiva, para que sea eficaz y tenga una impronta real. Esta misma crítica fue luego recogida por Marx, aunque éste no lo admitiera explícitamente¹, haciendo ver la necesidad de una praxis de la humanidad que no se quedara en el cielo impotente de la ideología, sino que mordiera la tierra del establecimiento real de condiciones de vida sociales, económicas y políticas que fueran libertadoras de los yugos y alienaciones rea-

1. Aunque la tradición marxista siempre ha polemizado contra el idealismo en general, desde su perspectiva materialista, un estudio más pausado pone de manifiesto las grandes deudas del marxismo con relación al idealismo kantiano y fichteano. No hay más que señalar el austromarxismo y la Escuela de Frankfurt, además de otros autores como Alexis Philonenko y José Manzana.

les de esa misma humanidad. No una moral de intención, sino una moral de subversión de las condiciones económicas y sociales alienadas y alienantes.

Importantes corrientes modernas de pensamiento, como el planteamiento dialógico, el personalismo, la Escuela de Francfort, la fenomenología incluso, han insistido en las consecuencias interpersonales, sociales y políticas de la responsabilidad del hombre. El mismo Husserl pondrá de manifiesto que el fenomenólogo tiene como profesión por vocación la responsabilidad por el ser humano de la comunidad humana; es un «funcionario de la humanidad», que trabaja para la humanidad en cuanto tal, debiendo ser el portavoz de los intereses supremos de los seres humanos en cuanto seres humanos. Mounier, que defendía la necesidad de conjugar las perspectivas de Marx y de Kierkegaard, señalaba que la responsabilidad hacia las otras personas fundamentada en el amor y en la comunión, se realiza, «cuando la persona toma sobre sí, asume el destino, el sufrimiento y la alegría, el deber de los otros». Nada de solipsismo, ni de individualismo.

Por ello me parece necesario destacar y poner de relieve la importancia del clásico término filosófico de emancipación o el más reciente de liberación para establecer pautas y perspectivas para la acción humana. La perspectiva de la libertad se expande en horizonte de liberación. La inexcusable responsabilidad por la suerte y la libertad de los otros significa liberar al hombre de todas sus servidumbres y opresiones, siguiendo la propia lógica constitutiva de la autonomía humana. «El sentido de la acción voluntaria es asegurar progresivamente la realización [de su propia esencia] y, en definitiva, hacer existir un reino de libertad, donde la voluntad sea verdaderamente reconciliada consigo misma. Reconciliación que no es, por lo demás, posible más que en una reciprocidad incondicional de las voluntades, en el reconocimiento mutuo sin reservas de las voluntades libres entre sí, dicho de modo conciso en una sociedad ella misma reconciliada» (Ladrière 1977, p. 139). Una sociedad reconciliada es una sociedad sin dominaciones ni alienaciones, una sociedad emancipada. La responsabilidad ética no sólo tiene una dimensión interpersonal (que le es absolutamente constitutiva), sino unas implicaciones mucho más amplias, sociales y políticas. En palabras de José Manzana: «La meta del empeño humanista es la humanización de la *realidad de la convivencia humana* superando tanto la disociación entre interpersonalidad (privada) y sociedad como la falsa subsistencia abstracta de “evidencias” que giran sobre sí mismas y se alimentan de su propia substancia “desencarnada”. El empeño humanista deberá, por lo tanto, poner de manifiesto los condicionamientos y las implicaciones mundano-sociales de las relaciones interpersonales y buscar la mediación y el tránsito de las exigencias morales al campo de las decisiones prácticas» (Manzana 1999, p. 632).

Pasar de las exigencias éticas a la concreción de las decisiones prácticas requiere dos elementos imprescindibles: por una parte, *análisis de la situación* (tanto interpersonal como estructural) y por otra, *empatía* para poder hacerse «responsable» en verdad de los desafíos humanos a los que nos enfrentamos. Si la realidad se está convirtiendo progresivamente en una realidad mundial «planetaria», la responsabilidad, en consecuencia, también deberá convertirse en planetaria, en «cosmopolita». Desarrollar una responsabilidad de dimensiones éticas y políticas, dentro de una realidad planetaria y con una conciencia

planetaria, consiste fundamentalmente en responder a los desafíos que tienen planteados las mayorías de nuestro planeta, a su grave situación de pobreza, de explotación y de inhumanidad, si no queremos permanecer enclaustrados en nuestra ceguera etnocéntrica «occidental». Con certeza señalaba Ignacio Ellacuría: «No se puede querer rectamente ningún bien particular y ningún derecho, si no se refieren ese bien y ese derecho a conseguir el bien común de la humanidad y la plenitud del derecho. Ahora bien, en un mundo dividido y conflictivo, no radicalmente por las guerras sino por la injusta distribución de los bienes comunes, esa comunidad y esa humanidad no es estática ni unívoca, por lo cual debe ponerse en vigor el principio de lo común y de lo humano sobre lo particular. Eso se logra dando prioridad teórica y práctica a las mayorías populares y a los pueblos oprimidos a la hora de plantear con verdad, con justicia y con justeza el problema de los derechos humanos» (Ellacuría 1990, p. 158).

Solamente a partir de una reflexión y una acción responsabilizada vitalmente (de manera afectiva e intelectual) con la situación de las mayorías populares y de los pueblos oprimidos se hace posible producir fermentos de liberación capaces de establecer un espacio social verdaderamente humano para todos. Sentirnos y hacernos responsables de las otras personas tiene evidentemente una dimensión universal y global inexcusable, que va más allá de las relaciones interpersonales de respeto y amor.

4. Proyecto de libertad e institucionalización

Por eso, organizar socialmente la convivencia humana en todos sus ámbitos deberá hacerse no con el empeño o el interés de mantener una situación de seguridad, de orden (¿con cuánta frecuencia podemos hablar con Mounier de la existencia de un «desorden establecido»!), sino con el afán de hacer efectivo y de extender de manera progresiva el amplio campo de las libertades humanas, de todas las libertades humanas, que se derivan del carácter estructuralmente libre de la persona. Y la organización jurídica y la tarea del derecho tendrán esa misma función: instituir y construir en el entramado jurídico de las sociedades el mayor respeto y promoción posibles de la libertad humana. Buscar la seguridad de las personas y de las sociedades no es inmolarse en el altar del orden, de la tranquilidad, de lo establecido, de lo legal sin más, el desarrollo de la libertad humana. Lo adecuado es precisamente lo contrario: basar la seguridad de personas y sociedades en el respeto jurídico y real de la libertad humana. Convendría recordar aquellas palabras de Herbert Marcuse: «en la exigencia de la razón no resuena otra cosa que una antigua verdad, a saber la exigencia de *crear una organización social* en la que los individuos regulen en común sus vidas de acuerdo con sus necesidades» (Habermas 1985, p. 70).

La existencia humana es una existencia no realizada y que descubre la necesidad, en virtud de su constitución esencial, de determinarse para realizarse en realidad. El movimiento profundo (el *telos*, la finalidad) que lleva a la existencia humana siempre más allá de sí misma, en constante trascendencia de lo existente, tiene como sentido llevarla hacia su bien. Y el bien del ser humano es la realización integral de la humanidad en él, es decir la realización de todas las condiciones que deben permitir que su

existencia efectiva coincide con lo que encuentra exigido por su modo de ser específico. Por eso, esta realización de la existencia es una tarea confiada a la existencia misma, a su propia responsabilidad. La existencia es responsable de su propio futuro. Y al mismo tiempo experimenta que esta realización constituye el desafío más esencial de su existencia, ya que en definitiva se trata del destino de su ser mismo, de su libertad. «La existencia está constitutivamente atravesada por un deseo fundamental, por un querer profundo, que tiene como objetivo la realización auténtica de sí misma y a la vez la tarea de asumir por sí misma, en su acción, esta misma realización. Dicho de otro modo, la problemática ética se refiere a la adecuación entre el querer profundo de la existencia y su querer efectivo, es decir a la responsabilidad que le es confiada en relación con su propio ser [...]. Pero el ser que ha recibido es un ser de iniciativa [...] que está llamado a construirse a sí mismo en su acción. Se podría decir que lo que está en juego en esta construcción no es de ninguna manera la simple realidad de su ser, que, hay que volver a repetirlo, le es dada, sino la calidad de su ser. Esta calidad depende de ella. La expresión "la vida buena" designa precisamente una forma de vida en la cual la existencia se confiere de manera efectiva la calidad que existe en su vocación de darse» (Ladrière 1997, p. 34).

Pero esta perspectiva es necesario trasladarla al ámbito de la determinación concreta de las normas en las situaciones inéditas de la vida humana. El objetivo de la vida ética es la determinación de lo humano en el hombre. Sin embargo, esta idea reguladora es muy general, muy formal, y debe concretizarse. Y esta concreción, esta determinación, debe efectuarse a través del análisis y apreciación de las situaciones de la vida humana y a través de la elaboración de normas adecuadas. Es cierto que esta determinación es práctica, en el sentido que se efectúa en y por medio de la acción humana. Pero, no es menos cierto que esta acción, si quiere ser verdaderamente humana, debe ser esclarecida por la razón. Este trabajo reflexivo es siempre un trabajo hermenéutico, de interpretación. Es necesaria la mediación de una interpretación para encontrar, en las situaciones, aquello por lo que éstas son significativas para la preocupación ética. Y esto representa una tarea inmensa, que demanda la crítica, la discusión, la confrontación de perspectivas y de puntos de vista «con la convicción de que debe buscarse una convergencia y de que en principio es posible un acuerdo [...] La esperanza de la convergencia, que está implícita en el proceso reflexivo, tiene su justificación en la creencia en la universalidad de la ética. Pero, es que además esta creencia está inscrita en la conciencia ética, que es la conciencia, en cada uno, de lo que significa la humanidad del hombre y en la que cada existencia individual se ve desde sí misma en su cualidad más auténtica» (Ladrière 1997, p. 100).

Pero la dinámica ética no pertenece únicamente al registro de la reflexión, sino que apela también a la instauración del orden ético en cuanto tal, ya que esta instauración requiere el concurso de la propia acción humana. En esta instauración ética encontramos una doble dimensión: la invención y el descubrimiento. Hay un aspecto de invención, porque la relación con el orden ético no comporta la determinación precisa, de antemano, de lo que requiere concretamente con respecto a cada tipo de situación. Lo hemos señalado anteriormente. Pero, al mismo tiempo hay un aspecto de descubrimiento, ya que

el orden ético se revela concretamente a la acción en las circunstancias que la propia acción encuentra, en cuanto hace la lectura de estas circunstancias bajo la inspiración de su responsabilidad. Esto puede y debe ser aplicado a todos los ámbitos de la existencia humana (la economía, la política, la bioética, la genética, etc.) donde se juega el sentido y el objetivo de la reflexión ética y de la instauración concreta del orden ético.

Lo político debe estar definido por el *telos*, por el objetivo constitutivo de la libertad realizada, pero la efectividad de su realización se da en medio de condicionamientos múltiples, en debate constante con los avatares de la historia, con las sorpresas del destino, con las incertidumbres de la acción, con la ineluctable fuerza de las cosas. Por eso, lo político debe contar y asignar su justo lugar a la reivindicación identitaria, a la lógica del poder y a la voluntad de dominio. Pero, a partir de aquí tiene la inexcusable tarea de inventar las mediaciones institucionales que deben en principio hacer posible una integración de los condicionamientos humanos dentro de un proyecto más auténtico y de más amplio alcance, que es el proyecto de la libertad. Hay que ser plenamente lúcidos y conscientes de que este proyecto queda indeterminado, mientras no se encarne en instituciones sociales y políticas que lo mantengan y en marcos jurídicos que lo garanticen.

La reflexión filosófica no puede, con sus recursos propios, asegurar la tarea de la invención institucional y jurídica. Esta tarea tiene sus lógicas propias, sus saberes específicos, sus acciones pertinentes. Sin embargo, la reflexión filosófica no resulta ni inútil ni superflua. Ella puede, y yo diría sin duda que debe, ayudar a los actores políticos, que son directamente los portadores del proyecto de lo político, a captar con mayor lucidez lo que está en juego en sus prácticas y lo que emerge de éstas. Incluso puede también intentar avanzar en el pensamiento el esfuerzo de la acción, aunque se haga con la relativa indeterminación de lo que es solamente de orden conceptual. Esta es la razón de que la reflexión filosófica tenga una tarea utópica. La libertad es utópica. Y la verdad también lo es. Y no hablo de una utopía inauténtica, que sería la representación imaginaria de un estado de cosas futuro que se diseña de antemano, en un gabinete, como si se tratara de construir una máquina o un supermercado. Hay una utopía auténtica o una dimensión utópica de la existencia humana, en el sentido de un pensamiento que se dirige a lo que está «sin lugar» (u-topos), fuera de los condicionamientos, no localizable, no representable, que evoca los deseos y los conceptos necesarios para articular una sociedad en libertad, emancipada.

Una sociedad segura, un mundo seguro es una sociedad, un mundo, que aseguren un espacio efectivo a la dinámica de la libertad humana, un respaldo institucional-jurídico al ancho espectro de las libertades fundamentales. Si los Estados y las autoridades políticas niegan de hecho o limitan sibilinamente las libertades políticas, sociales y económicas (aunque se les llene la boca de soflamas de libertad y de promoción del bienestar de sus ciudadanos), no estamos ante Estados que garanticen la seguridad de los ciudadanos, sino ante Estados que potencian su sumisión, su obediencia o su esclavitud. Sin libertad, no hay seguridad. Sin libertades, no hay seguridades.

Por eso sigue siendo necesaria la reflexión, el esfuerzo del pensamiento. Para explorar nuevos caminos de sentido para la praxis humana, para esclarecer posibilida-

des de emancipación. En el mundo actual existen las luchas de los imperios y el cinismo de los poderes políticos, económicos y mediáticos. Lo vemos a menudo, en el panorama propio y en el escenario internacional. La última guerra que padecemos, la invasión de Irak por el coloso estadounidense, no se desencadena para garantizar la libertad de los irakíes (ése es el banderín de enganche, la propaganda sibilina), sino para garantizar el dominio geoestratégico y económico de los Estados Unidos y la seguridad de su aliado en la zona, Israel, por muchas soflamas de libertad que se pronuncien y se exhiban. Pero también existe en el mundo la proclamación de los derechos humanos y la reivindicación siempre actuante de la libertad. Muchos pueblos a lo ancho del planeta reivindican y construyen su libertad. Ciertamente la reflexión no asegura las victorias de la libertad, pero ayuda significativamente a movilizar los pensamientos y las voluntades de todas aquellas personas que buscan con ahínco y con decisión la realización de la humanidad en todos, sin dominaciones, en paz y en libertad.

Bibliografía citada

- AGUIRRE, J.M. (1998): *Raison critique ou raison herméneutique?*, Paris: Cerf.
- AGUIRRE, J.M. e INSAUSTI, X. (1990): *Pensamiento crítico, ética y Absoluto*, Vitoria: Eset.
- , (1999): *Obras Completas de José Manzana Martínez de Marañón. Vol. II: Artículos y escritos inéditos*, Vitoria: Diputación Foral de Alava.
- KANT, I. (1994): *Crítica de la razón pura*, traducción de E. Miñano y Villagrasa y M. García Morente, Salamanca: Sígueme.
- HABERMAS, J. (1985): “Psychic Termidor and Rebirth of Rebellious Subjectivity”, en BERSTEIN R. (Ed.), *Habermas and Modernity*, Cambridge: Polity Press.
- , (1999): *La inclusión del otro. Estudios de teoría política*, Barcelona-Buenos Aires-México: Paidós.
- HEIDEGGER, M. (1951): *Ser y tiempo*, traducción de J. Gaos, México: Fondo de Cultura Económica.
- HORKHEIMER, M. (1973): *Teoría crítica*, Barcelona: Seix Barral.
- LADRIÈRE, J. (1977): *Les enjeux de la rationalité*, Paris: Aubier-Unesco.
- , (1997): *L'éthique dans l'univers de la rationalité*, Namur-Genève: Artel-Fides
- , (2004): *Le temps du possible*, Paris-Leuven: Peeters.
- MARCUSE, H. (1981): *El final de la utopía*, Barcelona: Ariel.
- MERLEAU-PONTY, M. (1945): *Phénoménologie de la perception*, Paris: Gallimard.
- , (1947): *Humanisme et terreur*, Paris: Gallimard.

LAS TRANSFORMACIONES DEL ESTADO: DEL ESTADO PROTECTOR AL ESTADO DE SEGURIDAD

JOSÉ MARTÍNEZ DE PISÓN
Universidad de La Rioja

I

La evolución de las formas de organización política de una comunidad nunca ha dejado de ser una cuestión ajena al interés de los investigadores sociales. Desde que el Estado hiciera su aparición como categoría y como realidad institucional hace ahora unos dos siglos siempre ha sido objeto de una especial atención como objeto de reflexión¹. Cientos son los libros y las contribuciones dedicados al estudio de su origen, de sus teorizaciones y de sus transformaciones. La última década del siglo XX ha sido también pródiga en publicaciones que describían al Estado azotado por tormentosos vientos que lo acabarían por hundir en el proceloso mundo de la globalización. Hace tiempo que el sociólogo U. Beck sintetizó magistralmente la filosofía que se escondía detrás de estas lecturas cuando afirmó que la globalización significa “*ausencia* de Estado mundial; más concretamente: sociedad mundial *sin Estado mundial* y *sin gobierno mundial*” (Beck 1998, p. 32). Como si la globalización viniese a concretar la utopía neoliberal de R. Nozick, el futuro iba a deparar indefectiblemente el final del Estado o su reducción a la mínima expresión, dejando de ser así el protagonista principal de las relaciones económicas, políticas y sociales en el ámbito internacional y, con el tiempo, también en el nacional.

1. Los historiadores saben bien que no es fácil datar el surgimiento del Estado como realidad institucional que gestiona y organiza el poder político en una comunidad. Tienen bien en cuenta que lo que es válido en el estudio de la historia de un país o de una nación no vale para otra. En definitiva, que el Estado es un artefacto y que, como tal artificio, ha sido construido por hombres de carne y hueso en contextos concretos, que, una vez que emerge, nunca deja de tener una vida fluida y una dinámica particular muchas veces inestable y que, en suma, a lo que llamamos Estado no es igual en todas partes. Incluso, en algunas áreas geográficas puede ser que no haya existido realmente nunca. Por eso, creo que, cuando nos acercamos al estudio del “Estado”, conviene no caer en posturas esencialistas o que lo entronizan en el altar de la teoría. Me parece más oportuna una actitud de cautela que relativice nuestras opiniones y que las contraste con cada una de las múltiples realidades existentes en el mundo. Espero que las ideas que vienen a continuación sean valoradas desde esta perspectiva.

Sin embargo, no parece que los acontecimientos de los últimos años hayan dado la razón a estos agoreros, sino que, por el contrario, los complejos procesos vigentes en la actualidad muestran un redimensionamiento, un realineamiento de sus funciones y de su papel en un mundo cambiante (Martínez de Pisón 2003). Más aún, los últimos años en los que parece que los poderes públicos, los gobernantes –es decir, el Estado– han encontrado un importante nicho para su justificación en la prioridad de la seguridad.

En efecto, como muchos especialistas detectaron ya en los años noventa del siglo pasado, a pesar de las solemnes declaraciones sobre el fin del Estado y sobre cosas parecidas, la realidad mostraba que se estaba produciendo una redefinición de las categorías sobre lo político y de sus funciones. Tal sucedía, por ejemplo, con el concepto básico de la soberanía que, frente a las tradicionales pretensiones absolutizadoras, ahora devenía, por mor de la globalización y de los procesos que entraña, en algo “enajenable” y “divisible” (Hirst y Thompson 1999, p. 276). Ahora, el ejercicio mismo del poder, lo que es decir también de la soberanía, es un ejercicio compartido en el que participan e intervienen diferentes agencias supranacionales, nacionales, regionales y locales, como bien se plasma en la Unión Europea, entre otros ejemplo. Lo mismo sucede con la llamada “municipalización” de los gobiernos que no es otra cosa que un realineamiento de las funciones estatales en aras de un importante papel de correa de transmisión entre las diferentes agencias al objeto de que el sistema de competencias en cascada, tal y como se distribuyen en el nuevo escenario global, funcione eficazmente.

El caso más claro de redefinición de las funciones del Estado es el que concierne a su nuevo papel en la escena internacional. En la Paz de Westfalia se consagraron los principios básicos que han regido hasta finales del siglo XX, según los cuales el Estado era el protagonista principal de las relaciones internacionales. El Estado negociaba, pactaba o guerreaba con otros Estados. Ahora, bajo la égida de la globalización, el Estado y sus representantes ya no son los únicos actores, sino que deben compartir el protagonismo con otros agentes no menos destacados, como son los organismos internacionales, las organizaciones no gubernamentales y las grandes corporaciones y multinacionales. Por supuesto, seguirá teniendo un importante papel en la dirección de los procesos económicos, sociales y políticos, pero, para el éxito de sus políticas, deberá contar con estos nuevos agentes. La globalización, por lo tanto, entre otros muchos efectos, no todos ellos tan saludables como sus apologetas pretenden demostrar, ha producido una redefinición de las funciones del Estado, pero no su final (Martínez de Pisón 2001).

II

En realidad, esta transformación está muy directamente ligada con la ideología política que inspira la globalización imperante²: esto es, la teoría neoliberal. Tanto R. Nozick

2. En diferentes ocasiones y foros, he manifestado el disgusto que me produce el empleo del término “globalización” para referirse a los complejos fenómenos de interacción que se producen en el planeta. Con el tiempo, he aceptado, y así lo utilizo en el texto, que “globalización” hace referencia a

como F. A. Hayek, dos de los pensadores neoliberales de más relevancia en la redefinición de las funciones del Estado, no sólo han sido muy críticos con la evolución y desarrollo del Estado social, sino que han inspirado una práctica política de los gobiernos dirigida a una reducción considerable de sus poderes y competencias (Martínez de Pisón 1996). Para R. Nozick, el Estado debe ser como mucho un Estado mínimo y, en todo caso, es el estadio superior en una hipotética evolución a partir de asociaciones protectoras cuya única función en principio es la dotación de seguridad para quienes se asocian y contratan con esa empresa. La argumentación de Nozick tiene su miga: lo que pretende demostrar es que el Estado puede surgir en una evolución gradual a partir de un estado de naturaleza en el que se desarrollan y compitan diferentes asociaciones privadas de protección a través de un mecanismo de “mano invisible”. Si esto es así, entonces estaría justificado su “Estado mínimo”. El Estado y sus funcionarios, en definitiva, se limitan a proteger y asegurar la vida, la propiedad y la libertad de sus ciudadanos. Su función única y exclusiva es la de procurar seguridad a sus asociados. Lo que supone, por lo tanto, la vuelta al viejo Estado policía decimonónico. Toda otra función más allá de la de dotar de seguridad –interna y de defensa– supone, en opinión de Nozick, una violación de la regla básica de toda organización política: el respeto de los derechos individuales³.

Hayek, verdadero padre de la revitalización del liberalismo clásico, siempre reivindicó una reducción de las funciones del Estado y desde un principio criticó el paradigma keynesiano que propugnaba una extensión de sus competencias. Su Estado limitado y reducido tiene una clara defensa en las palabras y propuestas de Hayek: “En una comunidad libre, el Estado constituye sólo una de las muchas organizaciones que pueblan el entorno social, aunque sea precisamente aquella que debe realizar la labor de facilitar un marco efectivo dentro del cual pueden ir surgiendo los diversos órdenes autogenerantes. Se trata, sin embargo, de una institución organizada cuya actividad deberá en todo momento estar limitada al ámbito del quehacer gubernamental y que en ningún caso puede condicionar la concreta actividad de individuo alguno” (Hayek 1985 III, p. 238). El Estado, según Hayek, no debe interferir en las actividades de la sociedad. El gobierno de una sociedad libre no debe dictar mandatos. Su cometido principal es el de asegurar las observancias de las normas generales. De ahí que las energías de los gobernantes deben ir dirigidas a procurar la seguridad en la doble dirección de perseguir a los violadores de las normas generales y poner los medios para la defensa frente a agresiones del exterior. En estos dos casos, Hayek encuentra justificado el

los procesos inspirados en la ideología neoliberal y que, por tanto, priman la interrelación económica, mientras que “mundialización” señala a una interacción más equitativa, solidaria y democrática.

3. Nada más expresivo de las intenciones teóricas de Nozick que las palabras con las que inicia su libro *Anarquía, Estado y Utopía*: “Los individuos tienen derechos, y hay cosas que ninguna persona o grupo puede hacerles sin violar los derechos. Estos derechos son tan firmes y de tan largo alcance que surge la cuestión de qué pueden hacer el Estado y sus funcionarios, si es que algo pueden. ¿Qué espacio dejan al Estado los derechos individuales?” (Nozick 1988, p. 7). En el mismo enunciado, Nozick responde a su pregunta: no queda ningún espacio para el Estado y sus funcionarios.

poder coaccionador del Estado que, de esta manera, podrá recaudar los impuestos necesarios para cumplir con éxito sus funciones securitarias.

Hayek admite que el Estado tenga otras funciones secundarias. Éstas tienen por objetivo la prestación de determinados servicios que en ningún caso deberán competir con los servicios que prestan las empresas o asociaciones privadas en el mercado. El autor señala algunos ejemplos: la prevención de catástrofes u otros servicios necesarios para que el mercado tenga una información imprescindible para su funcionamiento entre los que cabe mencionar el registro de propiedad, un servicio de estadística, de certificados de calidad, u otros servicios que dedicados a la construcción y mantenimiento de infraestructuras como ciertas carreteras, etc. La emisión de moneda, la educación y el sistema de salud e, incluso, la gestión de las cárceles quedan fuera de las funciones del Estado.

Las teorías de Nozick y de Hayek han inspirado desde la década de los ochenta del siglo pasado la práctica política de los gobernantes de los países más poderosos del planeta. Primero, fueron los gobiernos de Reagan y Thatcher en Estados Unidos e Inglaterra; a partir de los noventa, otros países de Europa y del resto del mundo. El poder del Estado es reducido por doquier en beneficio del mercado. Tanto la implementación de políticas neoliberales en el ámbito de cada país, como el desarrollo de la globalización económica a nivel mundial, auspiciada por los organismos financieros internacionales, han sacudido fuertemente las competencias del Estado y han producido una mutación de su estructura y de las concepciones que lo han fundamentado durante buena parte del siglo XX. El giro perdedor ha sido, sin duda, el modelo de Estado social.

III

Lo anterior no quiere decir que durante las últimas décadas no se haya desarrollado un nuevo modelo de Estado: “Si bien el siglo XX se caracteriza por el desarrollo del Estado social de Derecho, también conocido como Estado de bienestar, fundado en la idea de protección, seguridad e igualdad en la legalidad democrática, a principios de los ochenta se comienza a desarrollar un nuevo modelo económico y social de carácter global, basado en criterios y valores muy diferentes a los que hasta entonces habían sustentado el desarrollo del llamado Estado social. El nuevo arquetipo, aunque diferente, no constituye, obviamente, una ruptura real con el anterior, sino que, conservando gran parte de la naturaleza de éste, modifica sustancialmente alguno de sus componentes más importantes” (Martínez y Vega 2001, p. 9).

En otro lugar, he descrito cuáles son los cambios que, en mi opinión, justifican el que podamos hablar de verdadera mutación en las funciones del Estado. Las nuevas estrategias de actuación de los gobernantes tienden así a promover la apertura y la liberalización de las economías nacionales –especialmente, relevante en el caso de los países menos desarrollados–, privatizar, si lo hubiera, el sector público empresarial, una modificación de los sistemas fiscales que ahora se sustentan en la imposición indirecta frente a los mecanismos más progresivos vigentes bajo el Estado social, desmantela-

miento o privatización de los servicios sociales, un uso de los medios de comunicación como mecanismo de legitimación y, finalmente, un reforzamiento de las políticas de seguridad (Martínez de Pisón 2003, p. 58-61).

Si algo caracteriza el vigente modelo neoliberal de Estado es precisamente la prioridad de las políticas de seguridad. ¿Qué es lo que le queda al Estado y a sus funcionarios –podríamos preguntarnos parafraseando a Nozick– una vez que se han privatizado las empresas públicas y los servicios sociales, los presupuestos son más cortos por las sucesivas reducciones de impuestos, las grandes decisiones se toman en otros ámbitos y por otros actores, etc.? Sólo las políticas de seguridad como estrategia para excitar miedos y aunar voluntades, y el empleo de los medios de comunicación como instrumentos de socialización.

Cada vez más, la función principal del Estado es la función securitaria, razón por la cual existe una clara tendencia a denominar “Estado de seguridad” al nuevo modelo surgido de las transformaciones de la política neoliberal⁴. La prioridad de la seguridad centra las actuaciones de los poderes públicos; la obsesión por la seguridad determina la agenda de nuestros gobernantes hasta el paroxismo hasta el punto de que, quien no se muestra seguro de la seguridad, parece perder puntos en el mercado de las encuestas.

La prioridad de la seguridad hace tiempo que es una constante en la agenda política. Los atentados de Nueva York y Washington no han hecho más que acelerar la entronización de nuevas políticas securitarias. La tendencia de colocar a la seguridad en el epicentro del discurso político venía de atrás. Se podía adivinar en las considerables reformas legislativas que se han introducido en el ordenamiento jurídico de muchos países desarrollados: en la creación de una legislación especial para la seguridad ciudadana, en el endurecimiento del Código penal que abandona la filosofía de la prevención, en la legislación antiterrorista, etc. Y, sobre todo, en la obsesión securitaria en materia de inmigración. La legislación sobre inmigración –la mal llamada ley sobre derechos y libertades de los extranjeros– es la prueba de que la obsesión securitaria ya dominaba la agenda política antes de los atentados a las Torres Gemelas y al Pentágono y demuestra el carácter asimétrico de la globalización.

En efecto, durante la década de los noventa del siglo XX, los Estados más desarrollados del planeta –EEUU, Unión Europea y Japón– han modificado su política de inmigración endureciéndola. Ha primado y prima la política de “puertas que se cierran”. Mientras, por mor de la globalización, se liberalizaba el mercado de capitales y se negociaba la apertura progresiva del mercado de bienes (con la paradoja de que, mientras que se abrían al comercio a gran escala de materias primas en los países menos desa-

4. Algunos prefieren hablar de “Estado para la seguridad” en lugar de “Estado de seguridad”. Como se ve en estas páginas, todas las formulaciones y variaciones del Estado desde sus inicios en la modernidad tienen el objetivo de la seguridad. Son organizaciones políticas para la seguridad. Al denominarlo “Estado de seguridad”, que es la denominación por la que se opta aquí, se pone de manifiesto que, sin dejar de ser para la seguridad, sin embargo, constituye una modalidad específica en la evolución del Estado cuyo objetivo principal y nítido es la seguridad.

rollados, los países más desarrollados encastillaban sus mercados internos siguiendo una política claramente proteccionista), se ponían constantes trabas a la movilidad de las personas, en muchos casos con leyes, y la legislación española en vigor es un ejemplo de ello, que convierten en ilegales a los legales, privan de derechos y confían toda la política migratoria en medidas restrictivas, sancionadoras y policiales. En el fondo, en un contexto de desmantelamiento del Estado de bienestar y de deterioro de las políticas asistenciales, los poderes públicos lanzaban el peligroso mensaje de “sólo nos queda nuestra nacionalidad; defendámosla con uñas y dientes de los nuevos invasores”. Y que mejor que recurrir al Código penal para defender algo tan importante como las esencias nacionales.

Sobre esta tendencia previa, los atentados de Nueva York y Washington, y los que han venido después (Bali, Casablanca, Madrid), ni siquiera han servido de “excusa”, sino que han sido utilizados como verdadero acicate a favor de una política y una estrategia que ya conocíamos. En efecto, tras esos horribles acontecimientos, los países más democráticos y liberales del planeta han ido aprobando sucesivamente una legislación auténticamente excepcional no ya para protegernos del enemigo externo en la nueva “guerra contra el terrorismo”, sino de nuestros peligrosos conciudadanos que, como quintacolumnistas, son los que realmente “ponen en riesgo nuestras libertades y nuestro bienestar”. En esta línea van la *Patriot Act* y normas similares que se han aprobado, sobre todo, en Estados Unidos y en Inglaterra y que sientan un peligroso precedente de restricción de derechos de ciudadanos nacionales y de empleo de medidas policiales sin control judicial. Es ésta una legislación que alimenta los temores de la población y que pone en punto de mira a colectivos religiosos, nacionales y culturales minoritarios. Todas estas reformas desprenden un tufillo cuanto menos chocante: que sólo van contra nuestros musulmanes domésticos.

IV

El triunfo de esta filosofía de la seguridad en las políticas estatales ha sido el contrapunto del descubrimiento de que hemos construido la convivencia en un contexto de “riesgos”. Desde que, en 1986, Ulrich Beck llamase la atención sobre el aumento de los riesgos en las sociedades desarrolladas y en el mundo en general, ha surgido toda una literatura que acentúa la incertidumbre y los peligros que acechan a los individuos del bienestar. Si bien es unánime la opinión de que el concepto de “riesgo” es problemático además de un constructo teórico, lo cierto es que la emergencia de este debate apunta a una percepción de la realidad que alimenta incertidumbres e inseguridades (Campione 2003, p. 11; Prieto 2003, p. 27). De repente, todo se vuelve en contra. La naturaleza, la ciencia, la sociedad, etc., se convierten en peligros potenciales para los ciudadanos lo que hace que surjan nuevos requerimientos a los poderes públicos. Como el mismo Beck señala, la tecnología nuclear y química, la investigación genética, las amenazas ambientales, la supermilitarización y la depauperización de los entornos sociales más allá de las sociedades del bienestar son interpretados como una amenaza

y, como consecuencia, los ciudadanos demandan nuevas cotas de seguridad. De ahí que deba hablarse del tránsito de la sociedad postindustrial a la “sociedad del riesgo”.

La globalización también ha contribuido a generar esta percepción de que vivimos en un mundo de amenazas y en un planeta amenazado. Lo que son los signos más destacados de la globalización económica, esto es, los flujos de capitales, una economía especulativa, la deslocalización de las empresas, etc., no han hecho sino generar aún más incertidumbre poniendo en peligro los ahorros, el empleo, etc., de los ciudadanos en las sociedades más desarrolladas. A ello hay que añadir el deterioro en los servicios sociales y la disminución de la protección asistencial que el Estado de bienestar prestaba a todos los ciudadanos. Frente a lo que ha sido dominante durante buena parte del siglo XX, el ciudadano se siente ahora sólo frente a estas amenazas.

En este contexto de crecientes incertidumbres, sean reales o imaginadas, se está produciendo la transformación del modelo de Estado al que he hecho referencia en estas páginas. La percepción de estos riesgos e incertidumbres está directamente ligada al surgimiento de las políticas y de lo que he llamado “Estado de seguridad”. No es de extrañar, pues, que la percepción subjetiva y generalizada de un contexto y de un mundo inseguro, peligroso, no dominado, alentada además por nuestros gobernantes, influya decisivamente en la dirección que sigue el proceso de mutación al que se ven sometidas las instituciones estatales.

Pero, es que, desde su origen, la creación y evolución del Estado ha estado ligado a contextos de incertidumbre, de inestabilidad y al deseo de permanencia y objetividad. Así, no está de más recordar que históricamente, según nos descubre Maravall, el origen del Estado tal y como lo conocemos hoy surge en las cancillerías de las monarquías del siglo XVI y no se puede entender sin tener en cuenta la realidad de una sociedad en mutación y a la necesidad requerida por los sujetos de seguridad y estabilidad. Como afirma este historiador español en una tesis muy interesante, “la novedad del Estado no es sino el correlato de una sociedad en transformación” (Maravall 1972, p. 33). Pensemos qué efecto pudo tener en las gentes del XVI la Reforma religiosa, el descubrimiento del Nuevo Mundo, el desarrollo de la ciencia, la imprenta, los conflictos bélicos persistentes, etc. “En las sociedades que en el Renacimiento empiezan a vivir bajo el signo de la mutabilidad, hace falta una construcción que asegure el plano de lo estable. Así surge el Estado, como forma permanente y objetiva de la vida política que ahora ha de conservar su continuidad a través de tanto movimiento transformador. Lo propio del Estado es garantizar la estabilidad...” (Maravall 1972, p. 38). Es la inestabilidad del entorno, de la vida –los riesgos–, la que justifica teórica y prácticamente el surgimiento del Estado, del mismo modo que, en la actualidad, el nuevo modelo que se impone busca también estabilidad y seguridad. Dicho de otra manera, el proceso de transformación del Estado a finales del siglo XX responde también, como antaño lo hiciera en el siglo XVI y XVII, a un contexto de incertidumbre e inestabilidad y a ese deseo de permanencia y seguridad.

En realidad, el Estado de seguridad no es más que una versión más de las diferentes modalidades que esta forma de organización política, surgida en las sociedades

occidentales, y que se ha desarrollado y extendido durante los últimos siglos. Esta es la tesis que estoy manteniendo en estas páginas y que voy a procurar ampliar en los apartados siguientes: que, en realidad, desde su origen, el Estado siempre ha tenido una función securitaria que de forma patente o latente siempre ha estado presente en su ya larga vida. El “Estado de seguridad” no es más que una variación –la actual, desde luego– de esa primera formulación inicial de una organización política cuyo objetivo era garantizar la estabilidad social.

V

Fue Pierre Rosanvallon, en un estudio ya clásico sobre la crisis del Estado del bienestar, quien formuló la tesis de que la evolución y las transformaciones del Estado muestra una línea de continuidad desde las formulaciones del siglo XVII hasta la configuración de la realidad estatal del siglo XX (Rosanvallon 1981). Aún más, el Estado social, especialmente cuando se contempla desde la perspectiva de la provisión de bienestar y de asistencia social, no es sino una profundización y una extensión del modelo “clásico” de Estado. Como éste se configuró desde un principio como un Estado protector –y ahí están las teorías de Hobbes y de Locke para demostrarlo–, el Estado social en su conjunto debe ser contemplado como una variación más equitativa, si se quiere, pero, en suma, como una variación más, del primigenio Estado protector y, en última instancia, sus dificultades y sus deficiencias, sus contradicciones mismas, no serían sino consecuencia de esa naturaleza inicial que, a pesar de todo, está presente en la realidad cotidiana de la gestión de los poderes públicos.

La tesis de Rosanvallon es, sin duda, sugerente no sólo porque traza esa línea de continuidad sin rupturas desde los orígenes del Estado hasta la actualidad desvelando los objetivos comunes de sus diferentes versiones y también sus contradicciones internas, sino porque, además, permite explicar la emergencia del Estado de seguridad antes mencionado y que, a todas luces, apuesta por la protección –por la seguridad– en estado puro. A la luz de estas explicaciones, en realidad, la nueva versión del Estado refleja magistralmente los objetivos y la función que los primeros teóricos asignaron a los gobernantes y a las instituciones estatales. No hay más que echar un vistazo a estas primeras formulaciones para que esta realidad quede nítidamente ilustrada.

En efecto, las diferentes versiones de la teoría sobre el Estado que se formulan en la modernidad lo definen como Estado protector. Desde un principio, el Estado es pensado para la realización de una doble tarea: la producción de seguridad y la reducción de incertidumbre (Rosanvallon 1981, p. 21). De nuevo, aparece la idea de que en un mundo en transformación en el que surgen nuevos enigmas y riesgos que generan inseguridad e incertidumbre es el Estado lo estable, lo que dota de permanencia, de seguridad y protección. Lo sobre natural o la divinidad van perdiendo el predicamento que, durante etapas anteriores de la sociedad europea, habían tenido en la cosmogonía medieval. La Reforma, el Nuevo Mundo, la nueva ciencia, etc. Acelera la disgregación de esas concepciones, y la creencia en algo más terrenal como es el Estado y el poder

de los gobernantes va a ocupar ese vacío. Cada una de las versiones –autoritaria, liberal, democrática– que se van a formular durante los siglos XVII y XVIII, igual que las primeras declaraciones de derechos, insistirán en la provisión de protección y de seguridad como finalidad fundamental del Estado moderno.

Para Hobbes, la función prioritaria de la creación del Leviatán por un pacto entre los hombres es la seguridad de sus vidas y de sus bienes: “La causa final, meta o designio de los hombres (que aman naturalmente la libertad y el dominio sobre otros) al introducir entre ellos esa restricción de la vida en repúblicas es cuidar de su propia preservación y conseguir una vida más dichosa; esto es, arrancarse de esa miserable situación de guerra que se vincula necesariamente (como se ha mostrado) a las pasiones naturales de los hombres cuando no hay poder visible que los mantenga en el temor, o por miedo al castigo atarlos a la realización de sus pactos y a la observancia de aquellas leyes de la naturaleza” (Hobbes 1983, p. 263). En realidad, la creación del soberano es el contrapunto de la imposibilidad de controlar las pasiones naturales de los hombres. La situación de guerra a la que conduce un estado sin leyes dominado por la naturaleza humana (que es el ámbito del deseo y de sus correlatos: la pasión de poseer, la ambición de poder, el ejercicio de violencia, etc.) deriva en una situación de destrucción y de imposible convivencia. De ahí que sólo a través de la instauración de una autoridad y de un poder absoluto puedan darse las condiciones de seguridad necesarias para disfrutar de la vida, de los bienes y de bienestar.

Aún más, como es el Estado en su versión de Estado soberano, de Estado protector, el garante de la seguridad y del bienestar de los hombre, la misma consideración de los individuos como sujetos políticos depende directamente de la creación del Estado. Es el Estado protector el que dota de personalidad al individuo como sujeto de derechos. Como afirma Rosanvallon, la creación del Estado y la creación del individuo participan de un mismo movimiento creador que se centra en la mutación derivada del contrato social. Al tiempo que los hombres en estado de naturaleza, esto es, dominados por las leyes de la naturaleza humana, pactan conceder el derecho de representarles en un cierto hombre, o en una asamblea de hombres –“a fin de vivir pacíficamente entre ellos y estar protegidos frente a otros hombres”–, sufre ellos mismos la transformación de constituirse en sujetos de derechos, de las leyes civiles (Hobbes 1983, p. 268).

El contrato social tiene por objeto la constitución de un poder común a todos, pues, según Hobbes, no vale otra solución para la generación de la república “capaz de defenderlos de la invasión extranjera y las injurias de unos a otros (asegurando así que, por su propia industria y por los frutos de la tierra, los hombres puedan alimentarse a sí mismos y vivir en el contento)”.

Cuando Hobbes, más adelante, define qué sea la libertad de los hombre lograda por el contrato social empieza caracterizándola como “la falta de oposición (por oposición quiero decir impedimentos externos al movimiento)”. “Un hombre libre es quien en las cosas que por su fuerza o ingenio puede hacer no se ve estorbado en realizar su voluntad” (Hobbes 1983, p. 299-300). El Leviatán, en suma, el Estado, personaliza la seguridad, la certidumbre y protección frente a las pasiones irrefrenables de otros; de

ahí que la libertad de los individuos como sujetos políticos dependa de su existencia y de edición de órdenes por parte del soberano. Como es bien conocido, esa libertad para trabajar y para disfrutar de bienestar tiene sus límites en el poder mismo del soberano que aparece como un *pater familias* con un dominio absoluto sobre la vida y los bienes de los súbditos.

El liberalismo de J. Locke también insiste en el objetivo de la seguridad para justificar el desarrollo del estado de naturaleza y la creación del Estado. Como es sabido, Locke pone el acento en el consentimiento que los hombres emiten en el pacto social para dar el paso del estado de naturaleza al estado social. La importancia del consentimiento gira, de nuevo, por su contribución para la seguridad: “Éste se otorga mediante convenio hecho con otros hombres de juntarse e integrarse en una comunidad destinada a permitirles *una vida cómoda, segura y pacífica* de unos con otros, en el disfrute tranquilo de sus bienes propios, y una *salvaguardia* mayor contra cualquiera que no pertenezca a esa comunidad” (Locke 1981, p. 73).

La integración en una comunidad garantiza “una vida cómoda, segura y pacífica” y permite también la seguridad frente a las agresiones externas. Cuando Locke se refiere a la diferencia entre el estado de naturaleza y la sociedad, vuelve a insistir en que radica en la seguridad y en la certidumbre: “¿por qué razón va a renunciar a esa libertad, a ese poder supremo para someterse al gobierno y a la autoridad de otro poder? La respuesta evidente es que, a pesar de disponer de tales derechos en el estado de naturaleza, es muy inseguro en ese estado el disfrute de los mismos, encontrándose expuesto constantemente a ser atropellado por otros hombres” (Locke 1981, p. 93). En el estado de naturaleza “resulta muy inseguro y mal salvaguardado el disfrute de los bienes que cada cual posee en ese estado”. Realmente, ésta es la razón que motiva el consentimiento de los hombres para formar parte de la comunidad política. “La finalidad máxima y principal que buscan los hombres al reunirse en Estados o comunidades, sometiéndose a un gobierno, es la de salvaguardar sus bienes”.

La novedad de la teoría de Locke es que, con claridad, considera que el objeto de seguridad y, por lo tanto, la finalidad de la comunidad y del gobierno es la protección de la propiedad. A diferencia de la posición de Hobbes, Locke considera que en el estado de naturaleza los hombres son ya sujetos de derechos y gozan de libertad. Sin embargo, lo destacado es que la comunidad política surgida del consentimiento formalizado en el contrato social tiene por objeto la seguridad y protección del derecho de propiedad. Cuando se refiere a la motivación para salir del estado de naturaleza lo expresa con claridad: “Tienen (los hombres) razones suficientes para procurar salir de la misma y entrar voluntariamente en sociedad con otros hombres que se encuentran ya unidos, o que tienen el propósito de unirse para la mutua salvaguardia de sus vidas, libertades y tierras, *a todo lo cual incluyo dentro del nombre genérico de bienes o propiedades*” (Locke 1981, p. 93).

Se cierra, finalmente, el círculo que ha elaborado la teoría moderna del Estado. Los individuos crean el Estado. Éste les dota de capacidad jurídica y política. La finalidad principal de la comunidad política es la conservación, la protección de la propiedad. El

Estado protector surge por y para dotar de seguridad al disfrute de la propiedad. De esta manera, queda desvelado el objetivo principal que el liberalismo prevé para el Estado y sus funcionarios.

Para terminar con este relato sobre la formulación de las teorías sobre el Estado realizadas durante los siglos XVII y XVIII, conviene mencionar que también la lectura democrática de J. J. Rousseau insiste en que el goce de la libertad y la protección de la propiedad es el motivo principal para la conclusión del contrato social: “lo que gana (el hombre) es la libertad civil y la propiedad de cuanto posee” (Rousseau 1980, p. 27).

Estas formulaciones sobre la función de la seguridad y de la propiedad en la creación del Estado, que es lo que permite definirlo como Estado protector, tiene un claro reflejo en las Declaraciones de Derechos que se suceden en el siglo XVIII. La Declaración de Derechos del buen pueblo de Virginia, de 1776, señala que hay derechos inherentes de los cuales no puede el individuo ser despojado ni siquiera por contrato. Y estos son: “el goce de la vida y de la libertad, con los medios de adquirir y poseer la propiedad y perseguir y obtener la felicidad y la seguridad”. El gobierno mismo es instituido “para el común provecho, protección y seguridad del pueblo, nación o comunidad”. Más clara todavía es la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, de 1789, cuyo artículo 2 dice: “La finalidad de toda asociación política es la conservación de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre. Estos derechos con la libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión”.

VI

De acuerdo con la tesis central de P. Rosanvallon, el Estado moderno desde sus inicios y en las primeras formulaciones teóricas aparece como un Estado protector, como un Estado cuyo objetivo es el logro de seguridad sobre la vida y sobre los bienes de los ciudadanos. Esta función protectora siempre ha estado presente en la evolución y en las diferentes versiones que han emergido hasta llegar al Estado social. También esta modalidad de Estado tiene una función que corre pareja a la producción de seguridad sólo que esta vez la consecución de este objetivo adquiere una mayor complejidad. No es, pues, otro el propósito de una forma de Estado cuya materialización se produjo en las décadas centrales del siglo XX hasta que, en los años setenta, empezó a dar señales de cansancio, fue deteriorándose al tiempo que aumentaban las críticas de los sectores más conservadores y emergía un poderoso pensamiento neoliberal que acabaría por constituir un nuevo paradigma sobre el modelo y las funciones del Estado.

Pese a las críticas y a los juicios provenientes de las trincheras neoliberales, lo cierto es que el Estado social es una transformación en la evolución del Estado moderno. No existe, pues, una ruptura del modelo a pesar de la compleja mutación que se produjo en la organización política de las sociedades más avanzadas allá por los años cuarenta y cincuenta del siglo pasado. El Estado social de Derecho, en realidad, se construye como un avance respecto al Estado liberal y, al mismo tiempo, como un compromiso entre los sectores y las fuerzas que, durante el siglo XIX, habían chocado violentamen-

te. El Estado social, de hecho, se concibe “como una fórmula que, a través de una revisión y reajuste del sistema, evite los defectos del Estado abstencionista liberal, y sobre todo del individualismo que le servía de base, postulando un planteamiento de carácter social” (Díaz 1986, p. 83). Es, pues, una vía para superar las deficiencias que el Estado decimonónico evidenció en los años veinte del siglo pasado y que afectaban, sobre todo, a las perjudiciales consecuencias de una economía de mercado desbocada que no garantizaba una propiedad estable y a la creciente inestabilidad social generada por las desigualdades e inseguridades producidas por las profundas fuerzas que mueve. Pero, sobre todo, es una forma de organización política que se construye desde el compromiso entre capital y trabajo de manera que ninguna de las dos saliese ni ganadora ni perdedora. Era, pues, una vía de encuentro.

Las recetas que se utilizaron para superar la crisis del Estado liberal individualista son bien conocidas: un mayor intervencionismo estatal en el orden del mercado, la gestión de un sector público empresarial, el reconocimiento y materialización de los derechos económicos y sociales, la provisión de asistencia social, la “procura asistencial” como máximo objetivo de la Administración, etc.

Así pues, no le falta razón a Rosanvallon cuando afirma que el Estado social, el Estado providencia, es una corrección y una radicalización del Estado liberal, lo que significa que es una extensión y una profundización del Estado protector “clásico” (Rosanvallon 1981, p. 23). Esta transformación se produce, en opinión de este autor, por la decisiva influencia en el viejo modelo de los movimientos igualitaristas y democráticos. En el primer caso, el influjo se debió a la reivindicación, lucha y conquista de los derechos económicos y sociales que aparecen ahora como una prolongación lógica de los derechos sociales, como una condición de su realización material. Los diferentes mecanismos creados para satisfacer las exigencias derivadas de los derechos sociales y, sobre todo, una procura existencial universalizada a todos los ciudadanos propugnarán una redistribución de la riqueza. Lo que supone, en definitiva, posibilitar y extender el derecho de propiedad a los nuevos sujetos del bienestar. El aseguramiento de la propiedad y del orden sigue siendo, al estilo del modelo de Locke, la función principal del Estado social. Por su parte, los movimientos democráticos profundizarán en la extensión de los derechos a todos los sujetos que viven en una sociedad. La reivindicación del derecho de sufragio para todos es históricamente el elemento determinante de esa importante transformación ligada también al Estado social.

Rosanvallon completa su tesis sobre el Estado social como una versión más del Estado moderno protector con otras ideas también sugerentes, aunque menos relevantes para lo que nos ocupa. Entre ellas, por ejemplo, la idea de que el Estado social o providencia modifica también la representación de la sociedad a la que da cobijo: deja de pensar lo social a partir de un modelo de cuerpos para representarlo como un modelo del mercado. O también que el Estado social sustituye la incertidumbre de la providencia religiosa por la certeza en la providencia estatal.

La idea clave es que el Estado social busca también, como el Estado moderno, la seguridad y la protección de la propiedad y del orden y paz social, sólo que por otros

medios. Estos medios son los que tienden a materializar la procura asistencial. Se logra la seguridad a través de la redistribución de la riqueza y se protege la propiedad al cubrir, a través de la Seguridad Social, las contingencias vitales que los sujetos y sus familias tengan que sufrir en su vida laboral. Los derechos económicos y sociales, pues, no son más que derechos que buscan por otros medios el mantenimiento del orden, de la paz y el disfrute de la propiedad particular. El Estado social resulta así una variante del Estado protector inicial.

Sólo cuando empiezan a fallar los mecanismo más originales del Estado social vuelven a surgir las viejas reivindicaciones de seguridad y de protección realizadas de acuerdo al modelo clásico de Estado que emerge en los siglos XVI y XVII. La vuelta al viejo modelo protector es lo que buscan a partir de los años setenta del siglo XX autores como F. A. Hayek y R. Nozick. El Estado debe desembarazarse de los poderes y de los que se ha revestido durante la égida del Estado social, debe abandonar los estacionamientos sociales ocupados para dejarlos al mercado. La seguridad al estilo “clásico” vuelve a ser la función prioritaria de la versión de Estado que emerge en la nueva época con la particularidad de que ya no la posee en la forma de monopolio. En última instancia, lo que se quiere indicar es que el “Estado de seguridad”, la nueva forma de organización política para los nuevos tiempos, es también la profundización y resultado de la evolución del clásico Estado protector que se formula en el siglo XVII.

VII

Pero, ¿en qué consiste el “Estado de seguridad” como conclusión del proceso histórico iniciado a partir del Estado moderno protector? Aún puede ser un poco pronto para discernir con claridad cuáles son los derroteros por los cuales va a discurrir esta nueva variación del modelo clásico. No obstante, y a beneficio de inventario, sí que creo que pueden adelantarse algunas ideas generales, siempre, como todas, discutibles.

En primer lugar, el Estado de seguridad, como su nombre indica, está directamente ligado al principio de la prioridad de la seguridad. Si con el Estado social las funciones protectoras entronizaba a la procura asistencial como principio básico que inspiró el crecimiento y las actuaciones de las instituciones estatales y sirvió como parámetro de la adhesión de las masas, ahora, todo se relega en el altar de la seguridad. No vale ya el cuidado de las situaciones personales y familiares, sino que preocupa la protección frente a los peligros para el orden social. La legislación, la actuación de la Administración, las fuerzas de seguridad, la agenda política, etc., todo gira en torno al nuevo monarca absoluto.

Sin embargo, el concepto de seguridad y, por lo tanto, los fines a cumplir no dejan de ser “inseguros” e inciertos. El nuevo concepto de seguridad esgrimido es un concepto difuso y, por ello mismo, controvertido. Por un lado, porque su significado actual está ligado a otro concepto difuso e inconcreto, como es el de “riesgo”. Se busca seguridad frente a los nuevos riesgos surgidos en los nuevos tiempos de la globalización: la pérdida de empleo, el deterioro del medio ambiente, la inestabilidad internacional, la aparición

de nuevas y extrañas enfermedades, etc. Por otro lado, porque la vara de la seguridad deja de medirse según los cánones clásicos de las funciones domésticas y las funciones de defensa frente al exterior. La “guerra contra el terrorismo” ha alterado la esencia misma de la defensa. El terrorismo globalizado, que trabaja en red, que se adapta con facilidad al contexto y que tiene acceso a financiación y a medios como nunca antes modifica sustancialmente el concepto de riesgo y el de seguridad. Todavía no sabemos a ciencia cierta cuáles son los límites y el alcance del nuevo significado de la seguridad.

En segundo lugar, el nuevo Estado de seguridad se construye como una continuidad de las reivindicaciones democráticas y liberales que han caracterizado la historia de las sociedades occidentales. En el plano de los objetivos y de los ideales, según se puede entrever en las declaraciones oficiales, el Estado de seguridad busca la protección de las instituciones democráticas y liberales, aunque se realiza también justificando restricciones a la libertad. La tensión entre seguridad y libertad subyace a las pretensiones securitarias y a los discursos oficiales que pretenden ahondar en las políticas policiales como vía para la protección de los derechos y libertades fundamentales.

Sin embargo, cada vez se alzan más voces que ponen de manifiesto las falacias del discurso sobre la seguridad y las consecuencias de la tensión con la libertad. Principalmente, se denuncia la pérdida de calidad de las democracias y de los gobiernos nacionales. Buena parte de este deterioro tendría su origen en la creciente posición privilegiada de los medios de comunicación como mecanismo de legitimación del poder y de adhesión de las masas. La presencia y las potencias de los medios de comunicación han sustituido a los objetivos de procura asistencial. Ahora, lo que importa es dominar la escena y, sobre todo, los mensajes que se reiteran como si fuesen verdades evidentes. Realidades falseadas y mentiras sonrojantes son proyectadas a través de los medios sin ningún pudor como si fueran verdades universales con el único objetivo de transmutar los hechos y así “formar una opinión pública y libre” que apoye al gobernante de turno en el logro o mantenimiento del poder. No es de extrañar que, desde sectores sinceramente democráticos, se alcen las voces para denunciar el deterioro de una democracia, en el mejor de los casos, formal y, en el peor, subyugada, robada.

En tercer lugar, un tercer elemento del Estado de seguridad consiste en que se construye en tensión con los derechos y libertades de los individuos. Las manifestaciones más evidentes de los objetivos de la seguridad se han mostrado en la elaboración de una legislación restrictiva de derechos. Si bien el Estado protector hasta la fecha se ha construido a partir de la lucha y conquista de nuevos derechos para nuevos sectores sociales, se ha logrado a partir de la extensión y profundización en el reconocimiento universal de los derechos, en la nueva realidad del Estado de seguridad se invierte esta trayectoria para justificar una política restrictiva de los derechos y libertades de los individuos. ¿Quiénes ven restringido el estatuto universal de derechos? Los extranjeros, los inmigrantes, los “peligrosos” cualquiera que sea su nacionalidad. El peligro puede venir de cualquier lado. Las nuevas políticas de seguridad se dirigen “peligrosamente” hacia el supuesto enemigo interior. Lo relevante de todo ello es que la tensión seguridad-libertad parece oscilar el primer polo y que, con ello, se justifica la res-

tricción de derechos de los sujetos en detrimento de la historia institucional y cultural de las sociedades occidentales.

Por último, otro elemento característico del Estado de seguridad es su pretensión de globalidad. El nuevo Estado de seguridad surge no para encerrarse en los límites nacionales, sino para ser un sujeto universalizable, como puede verse con claridad en las guerras de Afganistán y de Irak y en su más que posible extensión a otros países como Irán, Libia, Corea del Norte, Cuba, etc. Dicho de otra manera, el Estado de seguridad es la nueva modalidad que recubre las pretensiones imperialistas de la única potencia del planeta, Estados Unidos, y de sus adláteres. Seguridad quiere decir, en última instancia, imperio: un nuevo poder imperial en el mundo muy distinto a todos los anteriores que se han sucedido en la historia de la humanidad.

Bibliografía citada

- AGRA, C. DA y otros (eds.) (2003): *La seguridad en la sociedad del riesgo. Un debate abierto*, Barcelona: Atelier.
- BECK, U. (1998): *¿Qué es la globalización? Falacias del globalismo, respuestas a la globalización*, trad. de B. Moreno y M^a R. Borrás, Barcelona: Paidós.
- CAMPIONE, R. (2003): “El que algo quiere algo le cuesta: notas sobre la *kollateralischädengesellschaft*”, en AGRA, C. da; J. L. DOMÍNGUEZ; J. A. GARCÍA AMADO; P. HEBBERECHT y A. RECASÉNS: *La seguridad en la sociedad del riesgo. Un debate abierto*, Barcelona: Atelier, pp. 11-26.
- DÍAZ, E. (1986): *Estado de Derecho y sociedad democrática*, 5^a reimp. de la 8^a ed., Madrid: Taurus.
- HAYEK, F. (1985): *Derecho legislación y libertad*, 2^a ed., 3 vol., Madrid: Unión Editorial.
- HIRST, P. y THOMSON, G. (1999): *Globalization in question*, Cambridge: Polity Press.
- HOBBS, T. (1983): *Leviatán*, trad. de A. Escotado, intr. de C. Moya, Madrid: Editora Nacional.
- LOCKE, J. (1981): *Ensayo sobre el gobierno civil*, 5^a reimp., trad. de A. Lázaro, intr. de L. Rodríguez, Madrid: Aguilar.
- MARTÍNEZ, D. y VEGA RUIZ, M^a L. (2001): *La globalización gobernada. Estado, sociedad y mercado en el siglo XXI*, Madrid: Tecnos.
- MARAVALL, J. A. (1972): *Estado moderno y mentalidad social*, tomo I, Madrid: Revista de Occidente.
- MARTÍNEZ DE PISÓN, J. (1996): “Libertad y Estado en la teoría neoliberal”, *Anuario de Filosofía del Derecho* XIII-XIV, pp. 241-264.
- , (2001): “Globalización y derechos humanos. Hacia una justicia universal”, *Claves de Razón Práctica* 111, pp. 40-48.
- , (2003): “Globalización, neoliberalismo y políticas de participación” en MARTÍNEZ DE PISÓN, J. y A. GARCÍA INDA (coords.): *Derechos fundamentales, movimientos sociales y participación. Aportaciones al debate sobre la ciudadanía*, Madrid: Dykinson/Instituto Internacional de Sociología Jurídica de Oñate, pp. 41-73.

- NOZICK, R. (1988): *Anarquía, Estado y Utopía*, trad. de R. Tamayo, México: Fondo de Cultura Económica.
- PRIETO, E. (2003): “Sobre los límites y posibilidades de la respuesta jurídica al riesgo” en AGRA, C. da; J. L. DOMÍNGUEZ; J. A. GARCÍA AMADO; P. HEBBERECHT y A. RECASÉNS: *La seguridad en la sociedad del riesgo. Un debate abierto*, Barcelona: Atelier, pp. 27-46.
- ROBERT, P. (2003): *El ciudadano, el delito y el Estado*, versión española de A. Recaséns y A. Rodríguez, Barcelona: Atelier.
- ROSANVALLON, P. (1981): *La crise de l'État-providence*, Paris: Éditions du Seuil.
- ROUSSEAU, J. J. (1980): *Del contrato social. Discursos*, trad., prolog. y notas de M. Armijo, Madrid: Alianza Editorial.

RETÓRICA Y GOBIERNO DEL RIESGO. LA CONSTRUCCIÓN DE LA SEGURIDAD EN LA SOCIEDAD (NEOLIBERAL) DEL RIESGO

DAVID SAN MARTÍN SEGURA¹

Universidad de La Rioja

ÍNDICE: 1. UNA APROXIMACIÓN A LA «INFINITA SOFÍSTICA DEL RIESGO»: RIESGO Y SEGURIDAD; 2. LA RETÓRICA DEL RIESGO O LA UBICUIDAD DEL PELIGRO; 3. EL GOBIERNO DEL RIESGO: UNA CUESTIÓN DE PRODUCCIÓN Y CONSUMO; 4. TRAS EL 11 DE SEPTIEMBRE DE 2001: «EL HOMBRE ES UN RIESGO PARA EL HOMBRE»; BIBLIOGRAFÍA CITADA.

1. Una aproximación a la «infinita sofisticada del riesgo»: riesgo y seguridad

En 1986, Ulrich Beck sintetizaba el nuevo y creciente interés de la literatura sociopolítica por el riesgo, dándole un sentido nuevo y elevándolo a su vez al rango de paradigma explicativo de la sociedad contemporánea: a finales del siglo XX, las sociedades occidentales –y progresivamente la nueva sociedad mundial– se habrían convertido en auténticas «sociedades del riesgo». Una tesis que ha conquistado un éxito más que notable en los años posteriores. No cabe duda de que Beck «ha reactualizado la terminología del riesgo» (De Lucas 2004, p. 115), y ello a pesar de las –también indudables– incógnitas que suscita su teoría. En cierto sentido, el éxito de la «sociedad del riesgo» como fórmula retórica contrasta con la cuestionable solidez de algunos aspectos de su contenido teórico². Paradoja que puede ser explicada si tenemos en cuenta que, en realidad, el enunciado de la «sociedad del riesgo» se ha desligado progresivamente de los anclajes teóricos desarrollados por Beck, hasta convertirse en una especie de «rótulo»

1. Becario del Área de Filosofía del Derecho de la Universidad de La Rioja. Este trabajo ha sido realizado disfrutando de una beca FPI concedida por dicha Universidad, a la cual quiero manifestar mi agradecimiento, así como a Eva Ruiz Sáenz, por los sugerentes comentarios aportados a lo largo de su elaboración.

2. Beck ha sido criticado por la débil justificación de algunas de sus afirmaciones, por su excesiva inclinación hacia la ruptura histórica, por la falta de originalidad –pese a su envoltura en una retórica novedosa– de sus análisis, etc. Aunque las críticas más minuciosas se han dirigido hacia los problemas conceptuales de su noción de sociedad de riesgo y su comprensión de la propia idea de riesgo (véase, entre otros, Dean 1999; Alexander/Smith 1996; O'Malley 1996 y 1998; y Reith 2004).

con el que encabezar los más variados relatos de la sociedad de finales del siglo XX e inicios del XXI. Se diría que Beck ha sabido capturar, como en una instantánea, la preocupación contemporánea por el riesgo y la ha dotado de un titular al mismo tiempo sintético y maleable. Una «deriva» que puede ser contemplada al menos desde dos puntos de vista.

Por un lado, la sociedad del riesgo se ha convertido en un marco teórico de referencia en el que inscribir –explícita o implícitamente y con las consiguientes reinterpretaciones–, la amplísima literatura en torno a la noción de riesgo desarrollada en la última década, que, en cualquiera de sus variantes³, narra de uno u otro modo la revitalización del riesgo como categoría política privilegiada de la sociedad tardomoderna. Como advierte O'Malley (1998, p. xi), hoy no es posible comprender el significado sociopolítico del riesgo sin aludir a la sociedad del riesgo y a sus distintas aproximaciones; y, cabría añadir, sin explicitar en qué sentido se comprende la propia expresión. Pero, por otro lado, podría decirse que, más allá de cualquier formulación teórica precisa, la sociedad del riesgo ha emergido en un sentido simbólico, como una «persuasiva representación de la vida contemporánea» (Alexander/Smith 1996, p. 259). Una especie de metáfora del presente que, además, ha trascendido el ámbito estrictamente académico para infiltrarse en la conciencia política y cotidiana.

Esta metáfora refleja una realidad colonizada por la idea de riesgo y la semántica que lo envuelve. Como advertía Ewald también en 1986, «la muerte, la enfermedad, la salud; el éxito y el fracaso escolar, (...) la peligrosidad, etc.»; el riesgo es un concepto empleado hoy «para designar desde lo infinitamente pequeño de la existencia cotidiana, hasta lo infinitamente grande, como el riesgo de la gran tecnología». De modo que las sociedades occidentales vivimos un período histórico que podría ser diagnosticado como «la época de la infinita sofística del riesgo» (Ewald 1986, p. 20). Como ha advertido Reith, parafraseando a Ulrich Beck, pareciera que al inicio del nuevo milenio, más que en una sociedad del riesgo, vivimos en «una sociedad saturada por el discurso del riesgo» (Reith 2004, p. 384). Éste parece esconderse en todos los rincones de lo social, lo que es tanto como decir que hoy *todo* parece *estar en riesgo*.

Sin embargo, por otro lado, tras toda esta «infinita sofística» y tras la variedad de análisis teóricos que la acompañan, es posible identificar un elemento común: el vínculo entre riesgo y seguridad. De ahí la significativa dimensión político-jurídica del concepto, su relación con la idea de orden. No en vano, como ha expuesto Luhmann (1992), puede trazarse una conexión entre la forma en que el estado de incertidumbre es explicado –y gestionado– y el modo en que las sociedades operan y se organizan a sí mismas. Orden significa predecibilidad, regularidad, «gobierno» de la incertidumbre.

3. Siguiendo a Lupton (1999), podemos hablar, al menos, de tres corrientes dentro de la literatura sociopolítica sobre el riesgo: la tesis de la «sociedad del riesgo» de acuerdo a su formulación por Ulrich Beck, y a la que Anthony Giddens se ha sumado al menos parcialmente; la perspectiva cultural –desde la Antropología social– desarrollada por Mary Douglas y Aaron Wildavsky; y los estudios, sobre todo en el ámbito anglosajón, en torno al concepto foucaultiano de gubernamentalidad aplicado al análisis del riesgo.

Existe seguridad cuando se considera que algunos acontecimientos tienen más posibilidades de ocurrir que sus contrarios, y cuando otros acontecimientos apenas pueden hacerlo, o son directamente descartados (Bauman 2003, p. 61). En este sentido, el riesgo constituye una semántica específicamente moderna –un «recurso forense» (Douglas 1990)– para describir y manejar los contextos de incertidumbre, de inseguridad⁴.

Desde este punto de vista, trataremos de apuntar algunas claves sobre el proceso de reordenación axiológica en marcha durante las últimas décadas en el imaginario político de las sociedades occidentales, que ha resituado el valor seguridad en el centro de la escena social. Se trata de un proceso que ha avanzado en dos direcciones: hacia la consideración de la seguridad como objetivo político prioritario, en detrimento de los otros axiomas políticos elementales –libertad e igualdad–; y hacia la redefinición del propio contenido de la idea de seguridad como fin estatal, que se ha despojado de algunas de sus dimensiones «materiales» básicas, retornando hacia la noción de seguridad manejada por el primer liberalismo. Proceso que, de hecho, está estrechamente vinculado al desarrollo del proyecto político neoliberal o, quizá con mayor precisión, al programa del «liberalismo avanzado» (Rose 1997).

Es cierto que, desde el mismo arranque de la modernidad, la relación entre estos valores –libertad, seguridad y, algo más tarde, igualdad– se comprendió problemática, revelando las ambivalencias y conflictos derivados de su intento de compatibilización. La relación entre ellos se ha comprendido en términos de «tensión». Pero también es cierto que, en gran medida, estos valores se construyen a través del resto –no es posible hablar de libertad sin que exista un mínimo de seguridad y de igualdad–. Sin embargo, el desarrollo de esa misma modernidad demuestra que la seguridad es, de los tres valores, el más problemático. Se trata de un valor, como advierte Trías, que presenta el peligro, «si no traba vínculos dialécticos con los restantes, de contaminar la totalidad del espacio político, o de saturarlo de tal modo que no queda ya resquicio o rincón alguno para las demás ideas» (Trías 2005, p. 36). La seguridad tiende a erigirse en valor absoluto y a suplantar a los restantes, especialmente en episodios de crisis o de mayor incertidumbre, en los que el orden se repliega sobre sí mismo como forma de garantizar su propia continuidad.

La saturación del espacio social por el lenguaje del riesgo es un síntoma inequívoco de que la seguridad ha conquistado, nuevamente, el protagonismo. La «sociedad del riesgo» es, a nuestro juicio, un marco teórico adecuado para describir este proceso político y el contexto social en el que se inscribe y que lo hace posible. Nuestra comprensión de la sociedad del riesgo adquiere un doble significado, al mismo tiempo como sociedad *descrita* y *gobernada* en términos de riesgo. Tratamos de describir, respecti-

4. El riesgo puede entenderse como «una situación socio-cultural que daría lugar a un tipo de acción social específico: la acción bajo condiciones de inseguridad; una acción, pues, de eminente carácter estratégico, que incorpora tanto los aspectos materiales y formales de la acción racional weberiana así como el intento de anticipar reflexivamente las consecuencias imprevistas» (Rodríguez Martínez 1999, p. 197).

vamente, dos dimensiones de la idea en torno al valor seguridad, una simbólica –entendiendo por tal el universo retórico que envuelve el discurso político sobre la seguridad con determinados fines– y otra instrumental –los dispositivos y tecnologías implementados para gestionar políticamente la inseguridad–. El riesgo es una forma de racionalidad⁵, una manera de pensar y representar los eventos, especialmente aquellos peligrosos, como entidades calculables, cuya posibilidad de materialización puede ser prevista de uno u otro modo. Si éste es su sentido teórico, en la práctica social la semántica del riesgo adquiere esa doble textura, tanto retórica (simbólica), como específicamente normativa (instrumental).

2. La retórica del riesgo o la ubicuidad del peligro

Como advierte Joas (2005, p. 229), polemizar con las contribuciones de Ulrich Beck no es nunca una tarea agradecida –ni sencilla–, por sus indudables dotes para diagnosticar nuestro tiempo, los efectos refrescantes de sus afirmaciones y el ingenio que recorre de principio a fin cada una de sus obras. En los escritos de Beck se entremezclan análisis lúcidos, imágenes valiosas y desarrollos teóricos sustentados sobre pilares muchas veces demasiado inestables. Su estilo, directo y apasionado, incurre a menudo en la inconsistencia lógica. Intentando tan sólo una aproximación, podríamos decir que su propuesta teórica, su «sociedad del riesgo», es extremadamente ambiciosa, casi inabarcable. Tal y como señala Rodríguez Ibáñez, el propio Beck deja claro su propósito; su proyecto es similar al que inspiró a Marx, Durkheim y Weber: «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 de la Sociología avanzaron los núcleos críticos de la sociedad del siglo XX a partir de los estertores y cataclismos del período que va de 1870 a 1914» (Rodríguez Ibáñez 1999, p. 153). En definitiva, reescribir toda la ciencia política y económica en términos de riesgo (Douglas 1994, p. 45).

Beck se nutre para ello de dos fuentes teóricas esenciales. En primer lugar, la concepción marxista del desarrollo histórico, y más concretamente de la sociedad moderna. Si, para Marx, en la modernidad *todo lo sólido se desvanece en el aire* (Marx 1981, p. 27), y el sistema social burgués contiene sus propias condiciones de inestabilidad, para Beck, la propia aplicación –progresivamente radicalizada– de los principios sobre los que se forjó la sociedad moderna nos estaría conduciendo a una configuración social distinta de la modernidad industrial clásica. Una «segunda modernidad» habría emergido, caracterizada por una serie de rasgos que son en realidad consecuencias imprevistas de la victoria de la primera modernización, especialmente, la visibilización de determinados «riesgos globales»⁶. Del mismo modo que la sociedad moderna se eri-

5. Ewald (1991, p. 199) apunta en este sentido que el riesgo puede comprenderse como una «categoría del entendimiento» en sentido kantiano.

6. Beck identifica como rasgos de la «primera modernidad»: la idea de territorialidad –tanto en lo que respecta a las relaciones y redes sociales como en cuanto a la forma de organización política (Esta-

gió sobre la erosión de la sociedad agraria estamental, en su avance, la modernidad –la *modernización* de la modernidad– estaría erosionando sus propios fundamentos (Beck 1998a, p. 208).

La segunda inspiración esencial la ha encontrado Beck en el diagnóstico civilizatorio de la Escuela de Frankfurt y su crítica –a partir de la interpretación de la «jaula de hierro» weberiana– a la razón instrumental aparejada al concepto moderno (ilustrado) de progreso⁸. Beck desemboca en el paradigma de la sociedad del riesgo identificando, como signo más relevante de la modernidad reflexiva, la producción de los mencionados *riesgos*, como efectos colaterales hasta ahora no percibidos, imprevistos y no deseados, del avance de la modernización industrial (cuyo ejemplo paradigmático serían los «riesgos» ecológicos). Estos riesgos estarían agrietando el consenso en torno al progreso continuado que caracterizaba la primera modernidad y habrían desvelado el carácter mítico de la pretensión de la plena controlabilidad a través del conocimiento científico-técnico. Unos riesgos que habrían alcanzado desde los años setenta un creciente protagonismo, llegando a trastocar todo el sistema de coordenadas sociales y políticas, produciendo la emergencia de nuevos temas de conflicto, nuevos discursos y nuevos actores, que configuran una «economía política de la incertidumbre y el riesgo» (Beck 2002a, p. 45-46).

Sobre estos cimientos, Beck ofrece determinadas tesis útiles para el análisis de las actuales dinámicas sociopolíticas en torno al problema de la seguridad, sobre el mencionado binomio riesgo-seguridad.

En primer lugar, la sociedad del riesgo puede interpretarse como «el retorno de la incertidumbre» (Beck 1999, p. 40) al centro del escenario social. Si bien el origen de su teoría radica en los riesgos de tipo tecnológico, el propio Beck mostró casi desde un primer momento las posibilidades de llevar su teoría más allá de la problemática «sociedad y tecnología». Su propósito ha sido el de mostrar –aunque 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 identifica tres tipos de

do-nación)–; el proceso de industrialización; la existencia de pautas colectivas de vida; el pleno empleo como objetivo político realizable; y la firme creencia en un progreso y crecimiento ilimitado, así como en su plena controlabilidad a través, principalmente, de la racionalidad científico-técnica –en este período, más que existir un consenso sobre la necesidad del progreso, podría decirse que «el progreso sustituye al consenso» (Beck 1998a, p. 238)–. Frente a ello, la «segunda modernidad» traería consigo el proceso de globalización, individualización, subempleo y, especialmente, los citados riesgos (principalmente, aunque no de forma exclusiva, derivados del desarrollo tecnológico).

7. Éste es el sentido con el que Beck habla de modernización reflexiva de la sociedad industrial. En este contexto, «reflexivo» no significa reflexión, sino reflexividad: 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.

8. Tal es el planteamiento de la célebre *Dialéctica de la Ilustración* escrita por Horkheimer y Adorno en 1947. A este respecto, Prieto Navarro (2003, p. 29) considera sorprendente el que la teoría de Beck se haga pasar por «algo nuevo», cuando el fondo de su argumentación estaba ya presente en los teóricos de la Escuela de Frankfurt.

riesgos globales fundamentales: riesgos ecológicos (derivados del desarrollo tecnológico: crisis ecológica); riesgos financieros (crisis financieras globales); y riesgos aparejados al terrorismo internacional (redes terroristas globales) (Beck 2002b, p. 41)⁹.

La sociedad del riesgo expresa en este sentido una sociedad de la incertidumbre ante unos riesgos con características diversas, pero con el elemento común de que suponen la ruptura de los sistemas de aseguramiento que hasta ahora la sociedad consideraba válidos. Un diagnóstico de incertidumbre en el que se entremezclan elementos institucionales y propiamente existenciales, y que es lugar común en la Sociología de la última década. Su comprensión exige conectar varios factores, entre los cuales destaca la vivencia desde hace al menos dos décadas de una situación de «crisis permanente», determinada por todo un conjunto de desajustes (y reajustes) y procesos de transformación que afectan a todos los niveles de lo social, entre los que hay que situar el propio diagnóstico y programa de gobierno neoliberal (el proyecto neoliberal se instala sobre la hipótesis de la crisis, pero a su vez la reproduce en todos los niveles sociales). Las maneras en que esta situación ha sido descrita son diversas: la experiencia de una época de «fluidez» —una modernidad «líquida»— en la que los sólidos que regían la vida social y aportaban puntos de orientación estables (seguridad) se desintegran (Bauman 2003)¹⁰; o, en términos fenomenológicos, un sentimiento de «inseguridad ontológica» (Giddens 1994), una crisis subjetiva respecto a la confianza depositada en las condiciones del entorno social¹¹. Una sensación de crisis, institucional y subjetiva, que ya no es vivida como un momento de transición social, sino que parece constituirse como una condición permanente que forma parte de su mismo centro (Alvite 1998, p. 82). La racionalidad política del liberalismo avanzado no sólo trata de corregir el «exceso de democracia» que suponía el fun-

9. 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. Aún así, los efectos globales de unos y otros se potencian mutuamente de forma habitual. Cfr. Beck 2002b, p. 43-44.

10. Más específicamente, según Zygmunt Bauman, la disolución del espacio público como «sólido» en torno al cual edificar la vida común —fenómeno derivado del triunfo de la economía sobre la política— nos sitúa en una época de «fluidez». Los sólidos que regían la vida social se desintegran, no para dar paso a nuevos y mejores sólidos —tal fue el proyecto de la primera modernidad frente a la tradición—, sino para dar paso a una auténtica «modernidad líquida», un orden social donde los códigos y conductas disponibles como puntos de orientación estables escasean cada vez más (Bauman 2003, p. 13). Se trata de una situación en la que la estabilidad de las formas de organización y de vida, que caracterizaban la idea de orden precedentes, es, o parece ser, imposible. En un análisis cercano, Beck entiende que este proceso crítico ha generado socio-políticamente auténticos conceptos y categorías *zombies*. Conceptos que han muerto *de facto*, pero que siguen rigiendo nuestro pensamiento y nuestra acción, pese a que no sean capaces ya de responder a las necesidades, ni analíticas ni prácticas, en el actual contexto (Beck/Beck-Gernsheim 2003, p. 341 y ss.).

11. Anthony Giddens habla de «inseguridad ontológica» como la quiebra del imprescindible sentimiento de seguridad que «hace referencia a la confianza que la mayoría de los seres humanos depositan en la continuidad de su autoidentidad y en la permanencia de sus entornos, sociales o materiales de acción». Es un sentimiento de seguridad que tiene que ver con el «ser», o, en términos fenomenológicos, con el «ser-en-el-mundo» (Giddens 1994, p. 91; 1995, p. 52 y ss.).

cionamiento del Estado providencia y el modelo de ciudadanía social, sino también, y como consecuencia, el «exceso de seguridad» –como estabilidad de las condiciones materiales de vida– que tal política implicaba para el sujeto¹², y que suponía, al constituirse en mayor o menor medida sobre espacios desmercantilizados, un obstáculo para el desarrollo del Mercado como instancia central de regulación social.

Se trata de un sentimiento de incertidumbre generalizada y difusa, en el que las seguridades del pasado se desvanecen, y que, al mismo tiempo, retrotrae el problema de la seguridad al centro de la arena política. Siguiendo la útil distinción que traza Delumeau, podría decirse que este escenario, arrastrado desde inicios de los años ochenta, describe, no tanto un clima de miedo, sino más bien de angustia, entendiendo por tal un sentimiento global de inseguridad que va íntimamente ligada a la inquietud ante el futuro (Delumeau 2001, p. 31-32)¹³. Un clima que constituye un «substrato emocional» privilegiado sobre el que construir el proceso de reordenación axiológica que apuntábamos más arriba, y que señala hacia la priorización y redefinición del valor seguridad. La sensación generalizada de incertidumbre y malestar, que tiende de por sí a priorizar las cuestiones «de orden», es canalizada hacia específicos objetivos político-normativos.

Éste es el segundo aspecto en el que la teoría de Beck resulta esclarecedora como diagnóstico del presente. La sociedad del riesgo relata un cambio de paradigma en cuanto al horizonte axiológico-normativo que estructura el desarrollo social y da cuerpo a una determinada «cultura de los derechos», provocando una transición, al menos parcial, desde la sociedad de clases propia de la modernidad industrial. Si el ideal normativo de la sociedad de clases –el desencadenante de los conflictos sociales que provocaban su avance– era la igualdad, en la sociedad del riesgo éste es sustituido por el ideal de la seguridad. «La fuerza impulsora de la sociedad de clases se puede resumir en la frase: *¡Tengo hambre!* El movimiento que se pone en marcha con la sociedad del riesgo se expresa en la frase: *¡Tengo miedo!*¹⁴. En lugar del sistema axiológico de la sociedad «desigual» aparece el sistema axiológico de la sociedad «insegura» (Beck 1998a, p. 56)¹⁵.

12. En este sentido, véase la aportación de Susín Betrán a este mismo volumen, «La revalorización del miedo como instrumento de regulación social. De la inseguridad y otras miserias».

13. Por el contrario, según Delumeau, el miedo –y todo el campo semántico anejo al mismo: temor, espanto, pavor, terror...– tienen un objeto causal determinado al cual hacer frente. También Giddens traza una distinción entre angustia y temor en términos similares: la angustia «es esencialmente temor que ha perdido su objeto a través de emotivas tensiones constituidas inconscientemente, las cuales expresan ‘peligros internos’ más que amenazas externalizadas. Entenderemos la angustia esencialmente como un estado de temor organizado inconscientemente» (Giddens 1996, p. 53-54).

14. No obstante, como advierte Campione (2003, p. 18), habría que preguntarse «¿cuántas cosas dan más miedo que el hambre?». En efecto, la distinción entre la sociedad de clases y la sociedad del riesgo no es tajante, y el propio Beck reconoce la existencia de amplias zonas de solapamiento (Beck 1996b, p. 247; 1998a, p. 40; 2002a, p. 9). Con esta transición, en ningún caso pretende sugerir la desaparición de la desigualdad en el seno de la sociedad –en realidad, la sociedad del riesgo implica una nueva forma de depauperación a través de su distribución desigual: «el riesgo sigue al pobre–, sino un cambio en la orientación de la preocupación pública.

15. Esta conclusión es consecuencia directa de la, ya célebre, *ley* elemental de la sociedad del riesgo: «En la modernidad avanzada, la producción social de *riqueza* va acompañada sistemáticamente por

Esto no quiere decir que el valor seguridad no haya jugado un papel relevante en épocas anteriores. Al contrario, la historia de la modernidad evidencia un desarrollo político-institucional construido en gran medida en torno al problema de la seguridad. Tanto el modelo político surgido del primer liberalismo¹⁶ como los modelos socializadores de gobierno, giran alrededor del imperativo de la seguridad¹⁷, si bien se trata de distintas dimensiones del problema. Ambas racionalidades políticas hacen manejables los problemas de seguridad mediante su comprensión en términos de riesgo. De hecho, el proyecto político *welfarista* puede entenderse como el intento de configurar una *sociedad sin riesgos*, como la consecución de una seguridad plena, en el sentido más amplio del término, bajo la creencia de que la mayoría de los riesgos, de una u otra forma, pueden ser gobernados científicamente, atribuidos a causas identificables y, de este modo, sus efectos pueden ser eventualmente eliminados; es, en todo caso, un problema de ingeniería social (O'Malley 1996, p. 202)¹⁸, en el que el problema de la seguridad es, en gran medida, un problema de igualdad. Se trata de lograr la redistribución institucional del riesgo social.

Para Beck, La sociedad del riesgo nace de la toma de conciencia sobre los límites del cálculo racional, de la imposibilidad de control de unos riesgos que ahora escapan a cualquier intento de atribución causal y cuyos efectos no pueden ser controlados¹⁹. Es más, el propio intento de control desvela a menudo nuevos riesgos e incertidumbres, lo que nos hace estar «atrapados en la gestión del riesgo» (Giddens 2000, p. 46). Aunque, como factor aún más relevante, habría que señalar la propia renuncia neoliberal,

la producción social de *riesgos*. Por tanto, los problemas y conflictos de reparto de la sociedad de la carencia son sustituidos por los problemas y conflictos que surgen de la producción, definición y reparto de los riesgos producidos de manera científico-técnica» (Beck 1998a, p. 25. *Cursivas en el original*), a lo que en realidad habría que añadir: 'y no sólo de manera científico-técnica'.

16. En gran medida, la modernidad significa una nueva comprensión del problema de la seguridad. La seguridad y el orden –o quizá sería más propio decir la *seguridad del orden*– preocupa como en ninguna época anterior a la burguesía que encarna el modelo liberal. Con Ernst Jünger, cabe decir que «la mejor definición de la figura del propio burgués es tal vez aquella que lo presenta como el ser humano que considera que la seguridad es un valor supremo y que, por consiguiente, determina su actuación en la vida» (Jünger 2005, p. 309). La seguridad liberal-burguesa significa sobre todo la seguridad de las condiciones necesarias para el adecuado funcionamiento del Mercado, un espacio que se erige en el mecanismo para satisfacer el resto de las necesidades humanas.

17. De hecho, como advierte Simon, incluso las críticas conservadoras –quizá habría que decir, más propiamente, neoliberales– al Estado providencia no atacan esa racionalidad de aportar seguridad. «En realidad, lo que [estas críticas] argumentan es que una menor regulación del sector privado proporcionará esta seguridad de forma más eficiente que los planteamientos públicos» (Simon 1987, p. 66).

18. O'Malley advierte que, bajo el Estado del bienestar, el desempleo y la pobreza aparecen como productos del mercado capitalista, el crimen como producto de patologías personales, o de fallos en el reparto de recursos y oportunidades sociales, la mala salud es atribuible de forma significativa a las desigualdades sociales y su incidencia en la calidad de la dieta, el nivel de educación, etc.

19. «La sociedad del riesgo se origina allí *donde los sistemas de normas sociales fracasan en relación a la seguridad prometida ante los peligros desatados por la toma de decisiones*» (Beck 1996a: 206. *Cursivas en el original*). «Los peligros a los que estamos expuestos proceden de un siglo distinto al de las promesas de seguridad que intentan someterlos» (Beck 2002a, p. 87).

a través del proceso de desinversión del Estado providencia, a la gestión colectiva del riesgo, bajo razonamientos de estricto análisis coste-beneficio. Factores todos ellos que nos sitúan ante la mencionada situación de incertidumbre, donde la vivencia, colectiva y biográfica, de unos riesgos cada vez más omnipresentes, dibuja un horizonte común de seguridad perdida (Beck 1998a, p. 34). En definitiva, la sociedad del riesgo es aquella en la que «el trato con el miedo y con la inseguridad se convierten biográfica y políticamente en una *cualificación civilizatoria clave*» (*ibidem*, p. 85).

Estas tesis deben, sin embargo, ser matizadas en el contexto de la teoría de Beck, en la medida en que éste trata de presentar la sociedad del riesgo, y 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–, y epistemológicamente –en la hipótesis de que esos hechos objetivos son percibidos directamente por los sujetos, por sí mismos– (Alexander/Smith 1996, p. 255). Beck parece manejar el riesgo como si éste fuese un fenómeno real o «cuasi-real», como si fuese una realidad a priori²⁰; como si el daño potencial fuese una propiedad de las cosas. Incurre, en palabras de Reith (2004, p. 385), en una suerte de «reificación» de la idea de riesgo. 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 lo maneja, no deja de ser una mera ilusión. Ewald lo expresa con toda claridad: «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» (Ewald 1991, p. 199).

El problema de una perspectiva objetivista no es tanto que sus afirmaciones estén equivocadas, sino más bien que son relativamente inútiles para el análisis de la auténtica dimensión del riesgo (Dean 1999, p. 135), para reflejar las dinámicas, en gran medida retóricas y constructivas, que envuelven en la actualidad el tratamiento de la seguridad como valor político-jurídico. Como advierte O'Malley, las tesis de Beck están demasiado apegadas al análisis de hipotéticos peligros «reales» (O'Malley 1998, p. xii). Afirmación que no quiere decir que tales peligros no existan en ningún caso. Más bien, apunta a que ésta es sólo una parte de la cuestión, y una parte en cierto sentido irrelevante al considerar la relación entre riesgo y seguridad como problema político prioritario.

20. 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 y a menudo irreversibles (Beck 1998a, p. 28-30). Es decir, los riesgos tienen un «ámbito objetivo» de acción (*ibidem*, p. 42). No obstante, el autor alemán, en su intento por cualificar el riesgo como rasgo constitutivo de la sociedad contemporánea, se introduce en una caracterización de la idea un tanto confusa, cabría decir que casi metafísica: el riesgo es una realidad 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», fruto del desarrollo de procesos físico-químicos, de la que Beck parece partir. Como señala Joas, en ocasiones Beck es víctima de su incontrolable pasión por las paradojas y giros lingüísticos, aún a costa de la consistencia lógica de sus afirmaciones (Joas 2005, p. 229).

Los esfuerzos de Beck por introducir en su teoría elementos que se apartan de la comprensión objetivista del riesgo han resultado problemáticos para la estructura de su construcción teórica. Esfuerzos que, por una parte, se deben a las propias dificultades empíricas de su teoría al enfrentarse al problema de la percepción –el problema de cómo los riesgos son, no sólo producidos, sino también definidos y percibidos²¹; y que, por otra, son respuesta a las sucesivas críticas formuladas en ese sentido contra el enunciado de su «sociedad del riesgo». Beck ha tratado de corregir el problema de la «reificación», que limitaba excesivamente la virtualidad de su concepto de riesgo, reconociendo la importancia de los aspectos simbólico-culturales en cuanto al manejo del riesgo –donde es claramente reconocible la influencia de la obra de Mary Douglas²²–, especialmente tras el 11 de septiembre de 2001 y el posterior desarrollo de los acontecimientos que, sin duda, han situado el problema del «riesgo global» en una dimensión muy distinta de la que inspiró la primera formulación de su teoría²³. Así, a lo largo de su trabajo, 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 distinguibles (Joas 2005, p. 231), lo que hace de su modelo de la sociedad del riesgo algo excesivamente vago, y por momentos difícilmente comprensible²⁴.

21. 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 éstos 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.

22. «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).

23. Su análisis del riesgo se ha desligado decididamente del estricto análisis de los riesgos tecnológicos, y lo ha inscrito explícitamente en el espacio más abstracto de la antítesis seguridad-inseguridad, conectando directamente las ideas de riesgo y poder a través del concepto marxiano de «relaciones de definición». Con este concepto, Beck quiere significar «la accesibilidad y tipología de los recursos necesarios para definir (eludir) los riesgos de una manera socialmente vinculante» (Beck 2004, p. 158). Lo fundamental es que el ejercicio del poder significa en buena medida el manejo de 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» (*ibídem*, p. 159).

24. No obstante, hay que advertir que la mayor parte de las críticas a la obra de Beck no han tenido en cuenta sus progresivos esfuerzos por tratar el riesgo como construcción social más que en términos ontológicos. Beck introduce en el discurso aspectos relativistas en relación a los riesgos (interpretaciones individuales y «luchas» por su definición), que reconocen que su efecto social no depende siempre de su consistencia científica (Beck 1998a, p. 38), de su carácter estrictamente «objetivo». Sin embargo, esta explicación hace surgir nuevos interrogantes: ¿qué es entonces lo que determina el ascenso del nuevo modelo social, de la sociedad del riesgo: la emergencia de nuevas amenazas, o las nuevas formas de relatar socialmente esas amenazas? Beck parece sostener ambos argumentos. Sin

Realmente, más allá de la presencia de mayores o menores, nuevos o persistentes, peligros «reales» u «objetivos», la sociedad del riesgo –como apreciara Debord en relación a su «sociedad del espectáculo»– puede ser comprendida como «una *Weltanschauung* que se ha hecho efectiva», como «una visión del mundo que se ha objetivado» (Debord 2003, §5). Reconociendo que la sociedad del riesgo «es en sí misma un 'hecho social', no en el sentido empirista, sino en el sentido clásico durkheimiano» (Alexander/Smith 1996, p. 259); como avanzábamos antes, es una imagen que «ha emergido como una persuasiva representación de la vida contemporánea».

Las construcciones simbólicas, elaboradas y expuestas públicamente, en torno a la idea de peligro, tienen –tal y como ha desvelado Mary Douglas– un significado culturalmente constructivo. De modo que todo peligro, y la forma de representarlo y comunicarlo, debe observarse según los principios activos que implica el universo de ese concreto contexto social (Douglas 1991, p. XXXI). En este sentido, la noción de riesgo adquiere en la cultura moderna, y especialmente tardomoderna, un papel funcionalmente paralelo a las de pecado, tabú o impureza en universos premodernos. Al igual que éstas, el riesgo alude desde este punto de vista a convenciones sociales y expectativas compartidas alrededor de la semántica del peligro. Lo novedoso del riesgo es su carácter específicamente moderno, que lo envuelve en un halo de «neutralidad» asociado a la racionalidad científica, que la desvincula, al menos en apariencia, del universo moral que caracteriza las nociones anteriores. La identificación de un peligro como riesgo implica una cierta pretensión de controlabilidad a través de un método concreto cuya validez se proclama universal: el análisis y cálculo racional. Estas características particulares lo convierten en un recurso que sirve admirablemente a las necesidades de la nueva cultura global (Douglas 1994, p. 23). No obstante, la categoría riesgo sigue siendo creada a través de asunciones culturales, sigue siendo un constructo social. De

embargo, parece también innegable que el segundo es independiente del primero, es decir, que 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: en este contexto «nunca queda claro si los riesgos se han identificado o nuestra visión sobre ellos» (Beck 1998a, p. 62). 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 descubrir 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» (Beck 1998a, p. 82). 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 (una concreta versión sobre la naturaleza del mismo). Lo cual, en definitiva, hace girar de nuevo la percepción del riesgo en torno a su contenido de «realidad».

modo que «cada forma de vida social tiene su propio portafolio de riesgos prototípico. Valores comunes conducen a miedos comunes (e, implícitamente, a un acuerdo común a no temer otras cosas diferentes)» (Douglas/Wildavsky 1983, p. 8)²⁵.

Esta carga simbólica del riesgo como representación del peligro da cuenta de algunas de las dinámicas –que el propio Beck expone hasta cierto punto– aparejadas a la sociedad del riesgo. Por un lado, el carácter constructivo de la representación colectiva del peligro significa su capacidad de crear unidad en la experiencia (Douglas 1991, p. XXIX), su capacidad para generar cohesión social²⁶. Una funcionalidad del peligro –y paralelamente del miedo o la angustia– que parece haber renacido en un contexto de «fluidez» donde han desaparecido muchos de los sólidos que hasta ahora permitían lograr esa sensación de pertenencia, de comunidad. En un contexto de creciente individualización y atomización, el peligro ha surgido como la única fuerza capaz de generar un cierto sentimiento de colectividad (pensemos, por ejemplo, en los *Neighborhood Watch* o patrullas vecinales de vigilancia, que se han revitalizado sobre todo en el ámbito anglosajón)²⁷. La percepción del riesgo comienza a cambiar la cualidad de la comunidad (Beck 1998a, p. 55)²⁸, donde el criterio de la igualdad (clases) se desplaza hacia el criterio de la afección y el peligro (víctimas).

Por otro lado, permite poner de manifiesto la vinculación entre la definición social de los peligros y las amenazas y las dinámicas de legitimación de determinados sistemas axiológicos y las ideas de orden en que éstos cristalizan. La situación de «confianza perdida» que relata Beck alimenta una aversión al riesgo que convierte al Estado en el destinatario de demandas de una seguridad casi total, que debe materializar a través de la prevención del riesgo (Mendoza Buergo 2003, p. 73)²⁹. Una demanda a la que el Estado, fruto de la desinversión de las últimas décadas, es incapaz de hacer frente.

25. Aunque, en un contexto de globalización cultural, y progresivamente institucional, como el que estamos viviendo, la selección de los riesgos tenderá inevitablemente a globalizarse, y por tanto, a homogeneizarse.

26. El cine nos ofrece una estupenda imagen al respecto. En *El bosque* (*The village*, 2004) el director y guionista M. Night Shyamalan muestra una comunidad aislada construida completamente en función de los peligros que, supuestamente, acechan desde el *exterior*. Toda la vida social está organizada sobre la idea de la amenaza: ésta determina las normas de convivencia y los roles dentro de la comunidad.

27. No obstante, como advierte Bernuz Benítez (2003, p. 271), el sentimiento de miedo e inseguridad también genera a menudo el efecto contrario: el grupo se hace desconfiado y fomenta el aislamiento y la disgregación. Y, a la inversa, el miedo suele instalarse con mayor facilidad en sociedades individualistas, atomizadas.

28. Beck insiste en calificar estas formas comunitarias desde la perspectiva de la objetividad de los daños: «la sociedad del riesgo despliega (a diferencia de la sociedad de clases) una tendencia a la unificación objetiva de los daños en las situaciones de amenaza global (...) Las sociedades del riesgo hacen surgir 'comunidades objetivas de amenaza'» (Beck 1998a, p. 53). En nuestra opinión, la objetividad de esa afectación es, en muchos casos, totalmente irrelevante, incluso inexistente, o su peligrosidad puede ser menor que la de otros riesgos también presentes, y en cambio sin apenas resonancia social.

29. Como expone Pieterman, se trata de una expectativa de seguridad consolidada bajo el funcionamiento del Estado providencia: «Los ciudadanos de la sociedad del riesgo en la modernidad tardía se

Sin embargo, la legitimidad del poder público exige que la promesa de la seguridad crezca con los riesgos, y sea ratificada ante la opinión pública. Un proceso que se materializa, empleando la expresión de Ulrich Beck (1998a, p. 26), en una auténtica «cosmética del riesgo», esto es, en un proceso de reinterpretación del propio sentido del riesgo. El discurso del riesgo y la inseguridad se focaliza de forma prioritaria hacia terrenos donde el peligro es presentado como controlable: especialmente, la criminalidad –o más bien, ciertas formas de criminalidad– asociadas a determinados «grupos de riesgo» a través de renovadas técnicas de gestión de la desviación, de gobierno del riesgo³⁰. El «portafolio» 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, la atención hacia el problema de la criminalidad –conectada frecuentemente a otros «problemas» como la inmigración o la exclusión social– es funcional para la alimentar una sensación subjetiva de seguridad y confianza hacia las propias medidas de protección (Mendoza Buego 2003, p. 70). Así han sido desarrolladas y legitimadas las campañas político-normativas de *Law and Order*, recurrentes desde los años ochenta sobre la hipersensibilización respecto, en cada momento, de alarmas sociales específicas. El miedo al delito (*fear of crime*) es a menudo un desplazamiento inconsciente de otros miedos menos «controlables» (Holloway/Jefferson 1997, p. 263), tanto desde instancias políticas como individuales. El riesgo, una vez que aparece, tiende a proliferar (Ewald 1993, p. 221). Así, de modo retroalimentativo, se generan nuevas demandas securitarias, el anhelo de un mundo «normativamente acolchado» (García Inda 2003, p. 70), donde los productos normativos se construyan crecientemente en la lógica de la seguridad, aún a costa de otros valores políticos fundamentales, como la libertad.

Ahora, la virtualidad del riesgo como instrumento semántico para la reconstrucción de la seguridad emerge con toda claridad. El riesgo no es sólo un concepto descriptivo –da cuenta de una situación específica de inseguridad–, sino también normativo –es una llamada a la acción social–. Como advierte Gerda Reith, el riesgo proporciona una guía formal para el comportamiento, basada en la premisa de la acción racional en el presente para aminorar la incertidumbre del futuro (Reith 2004, p. 289). Es por ello que,

han acostumbrado a niveles de salud y seguridad cada vez mayores. El daño es la excepción y es tratado como una quiebra de la seguridad que depositamos en los sistemas expertos que nos proporcionan nuestra seguridad y bienestar diarios. Nuestras experiencias colectivas de los últimos doscientos años nos han enseñado que el mundo puede ser comprendido y controlado, que el daño puede ser prevenido y al final compensado. Y una constante sociológica es que las experiencias continuadas de naturaleza efectiva nos conducen a desarrollar expectativas que trascienden lo efectivo y se convierten en normativo. Así que sentimos que tenemos derecho a la seguridad cada día, incluso sin excepción» (Pieterman 2001, p. 167).

30. Domínguez Figueirido y Rodríguez Basanta (2003, p. 238) explican que se trata de 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.

mientras la dimensión descriptiva del riesgo alarma (representa el peligro), su dimensión normativa tranquiliza (envía un mensaje de capacidad de control). El cierto aura de cientificidad y precisión que acompaña al concepto, aún tras su imparable expansión semántica, y de la que el «llano» concepto de peligro carece (Douglas 1994, p. 25), desplaza la presunta objetividad de los peligros narrados hacia la necesidad-legitimidad de las medidas implementadas para su neutralización. De este modo, la racionalidad del riesgo permite instrumentalizar los peligros para conseguir una automática y autovalidante legitimidad a la Ley y al Orden establecidos (*ibidem* 1994, p. 29), una adhesión al proyecto ideológico y normativo de quien tiene la capacidad de imponer la definición y la comunicación social de los riesgos, logrando su amplificación o atenuación –estados de alarma o indiferencia– en la escena pública³¹.

La reconstrucción del valor seguridad como axioma político, a la vez como valor prioritario y como idea desprovista de sus dimensiones «materiales», es inscrita de este modo en una semántica que anuncia un mundo descrito y percibido como riesgo. Una retórica de la inseguridad en la que, parafraseando de nuevo a Debord (2003, §1), impera el espectáculo: todo lo vivido se separa al instante en una representación.

3. El gobierno del riesgo: una cuestión de producción y consumo

La dimensión simbólica (retórica) del riesgo revela cómo, independientemente de la ontología de las amenazas, el peligro es politizado en un determinado contexto social. Un aspecto que anuncia la segunda parte del problema: el riesgo es una forma de representar eventos con el objetivo de gobernarlos en un determinado sentido. La dimensión normativa del riesgo, a la que nos referíamos antes, alude a formas específicas de racionalidad política, o mejor, a concretas *mentalidades* y *tecnologías* de gobierno, que se inscriben nitidamente en el campo teórico de la «gubernamentalidad» dibujado por Michel Foucault a partir de su conferencia en el Collège de France en 1978 (Foucault 1991)³². Esta perspectiva desvela la instrumentalidad de la sociedad del riesgo, como una sociedad gobernada a través de éste.

31. Sobre los procesos de amplificación de los riesgos en la comunicación social véase Kaesper-son 1992. En cierto sentido, las «luchas de definición» y las «coaliciones de discurso» de las que habla Beck (1998a, p. 53 y ss.; 2002, p. 45 y ss.) aluden a ese mismo fenómeno.

32. Junto con la soberanía y la disciplina, la «gubernamentalización» del Estado moderno es una tercera idea esencial para comprender el devenir del poder y las formas de ejercicio del mismo en marcha desde el siglo XVI. Una dimensión que se erige sobre la idea foucaultiana de gobierno como «conducción de la conducta». En este sentido, la idea de gubernamentalidad describe un ejercicio del poder que entiende a la población –y no ya tanto el territorio– como objeto fundamental de su acción, a la cual hace aparecer «como un dato, un campo de intervención y como un objetivo de las técnicas de gobierno» (Foucault 1991, p. 102), lo que implica un creciente protagonismo de las técnicas estadísticas (aplicadas sobre «agregados» de población) como instrumento de control y gobierno. Una forma de ejercicio que es resultado del propio desarrollo de las formas políticas liberales. Según Dean (1991, p. 151), el liberalismo concibió el gobierno del Estado como una actuación sobre procesos que le eran externos e independientes de su existencia: procesos industriales, sociales, biológicos, económicos y psico-

El concepto de gubernamentalidad alude tanto a la mentalidad (racionalidad política) que es empleada en el ejercicio de la gestión de los problemas de gobierno, como a las técnicas concretas a través de las cuales dicho ejercicio se desarrolla. Es así como el riesgo puede comprenderse como un «racimo de conocimientos y prácticas de poder» (Simon 1998, p. 63): una forma de racionalidad, una manera de pensar y representar los eventos como entidades calculables³³; y un conjunto de técnicas asociadas a dicha racionalidad: técnicas de tipo actuarial (relativas al imaginario del seguro). Sobre estas premisas, la funcionalidad del riesgo como instrumento de gobierno debe entenderse, por un lado, a partir de su conexión con la tecnología del seguro –entendido como tecnología abstracta, más allá de su sentido como forma contractual–³⁴, y por otro, a través de la dialéctica entre su colectivización e individualización: si la socialización del riesgo –emprendida a finales del siglo XIX y que se consumaría bajo el modelo del Estado providencia– estuvo vinculada a la invención de formas sociales de gobierno, su individualización está vinculada a las formas de gobierno del liberalismo avanzado, o neoliberalismo.

Las transformaciones del concepto de justicia que tuvieron lugar en el siglo XIX (Ewald 1981), la desplazaron desde una comprensión estrictamente «natural» –que suponía la consideración como justa de la atribución natural de los bienes y males y la consiguiente abstención de cualquier intervención, salvo en los supuestos de responsabilidad por daños– hacia una comprensión «social» de la justicia –la sociedad es ahora entendida como un conjunto de bienes y males colectivos que deben ser distribuidos con arreglo a ciertos criterios–. Este desarrollo dio lugar progresivamente a un nuevo imaginario axiológico e institucional³⁵, y acabaría cristalizando ya en el siglo XX en el Estado provi-

lógicos. Esto hizo necesarias nuevas formas de conocimiento y nuevas técnicas de intervención social que, al mismo tiempo, como señala Alvite (1998, p. 80), permitieran una interiorización del poder en el cuerpo social y una interiorización del poder por parte de los propios sujetos, superando de ese modo la fragilidad de la dominación de las sociedades de soberanía.

33. Aunque los orígenes del concepto «riesgo» son un tanto oscuros, parece claro que, al menos en su sentido actual, nace unido al desarrollo del cálculo de probabilidad a partir del siglo XVII (en este sentido, véase Daston 1995, especialmente sus páginas 112 a 187). La ley de probabilidades alcanza en los siglos posteriores un protagonismo cada vez mayor. La llamada «ley de los grandes números», que permite presentar el pasado como guía fiable para el futuro (Escotado 1999, p. 172-173), es aplicada progresivamente a problemas sociales y económicos como criterio para la toma de decisiones. De hecho, la gubernamentalización del Estado se produce, según Foucault (1991, p. 99), sobre el descubrimiento de que «la población tiene su regularidad propia, su tasa de mortalidad y enfermedad, sus ciclos de escasez, etc.». Este será un factor clave para el desarrollo de la noción moderna de orden.

34. La primera aplicación específica del riesgo fue el campo del seguro privado, y en cierto sentido la expansión del concepto ha discurrido de forma paralela a la expansión de la propia técnica aseguradora hasta convertirse, más allá de una institución concreta (un tipo de contrato), en toda una tecnología abstracta aplicable a múltiples contextos (Ewald 1991, p. 197 y ss.), especialmente la gestión política pública.

35. Junto con esa transformación de la idea de justicia, hay que hacer referencia a la nueva comprensión de los sucesos negativos (del «mal») que trae consigo el avance de la modernidad, especialmente de su dimensión industrial. Dichos sucesos son entendidos ahora como accidentes, que no tienen ya un origen «natural» ni metafísico, sino netamente social. Son producto de la vida colectiva, son males socialmente producidos. Para Ewald, la propia noción moderna de sociedad está ligada a la objetiva-

dencia y en el modelo social de ciudadanía. Como ha expuesto François Ewald, tal esquema político puede entenderse, más que como un sistema de redistribución de rentas o riquezas, como un vasto mecanismo de aseguramiento público, de colectivización institucional del riesgo.

La «democratización del riesgo» a través de la lógica del seguro supuso una solución a ciertos problemas del capitalismo industrial, a las deficiencias integradoras de contrato liberal originario (Susín Betrán 2003, p. 22), que constituían también una amenaza para el propio proyecto social en curso³⁶. Una técnica que, desde el universo laboral y las contingencias asociadas a la figura del trabajador –accidentes, enfermedades laborales, etc.–, evolucionó hacia un sistema de aseguramiento generalizado³⁷, que transformó el contrato social de un mito político en una realidad material (Dean 1999, p. 140). Esta evolución culminaría, tras la II Guerra Mundial y bajo el concepto del Estado providencia, en el paradigma de la posibilidad de una sociedad libre de riesgos (*a 'no-risk' society*, Lowi 1990, p. 18), es decir, como dijimos más arriba, en la firme creencia de la posibilidad de cálculo y control de cualquier contingencia social, unido a la convicción de desarrollo armónico entre crecimiento económico ilimitado y la materialización de crecientes cotas de bienestar general, a través de una regulación pública cada vez más penetrante en todos los aspectos de lo social.

Si, ya a finales del siglo XIX, el riesgo tiende a convertirse en un principio general de objetivación de los problema sociales (Ewald 1986, p. 20), y si ya el paradigma del bienestar asume la seguridad, y además en un sentido omnicompreensivo, como eje político fundamental, ¿en qué sentido podemos hablar hoy de una «sociedad del riesgo» bajo la óptica de las técnicas y programas de gobierno? La respuesta no apunta hacia aspectos cuantitativos respecto a la presencia del riesgo como tecnología de gobierno, sino hacia un cambio cualitativo, referido a las condiciones que afectan al riesgo –a la percepción y representación del riesgo, como vimos antes– y a la ideología y los valores en cuanto a la distribución del riesgo, en conexión con el renacimiento del *laissez-faire* como criterio político-económico. La forma de proveer seguridad, y el propio espacio social, ha sido transformado sustancialmente a través de la modificación de los mecanismos mediante los cuales dicha sociedad es gobernada.

ción de ciertos eventos como accidentes (Ewald 1986, p. 18). Supone el reconocimiento –como ha observado también Beck– de que la creación social de riqueza va unida de forma inseparable a la creación social de males –peligros, amenazas... riesgos–.

36. «Garantizando la seguridad, el Estado está igualmente garantizando su propia existencia, mantenimiento, permanencia. El seguro social es también un seguro contra las revoluciones» (Ewald 1991, p. 209). En este sentido, dicha estrategia logró en gran medida transformar, ya en el siglo XIX, la lucha de clases en una relación de tipo contractual, en una relación asegurador-asegurado (Dean 1999, p. 140). Véase también al respecto Susín Betrán 2000, en especial sus páginas 178 y siguientes.

37. «Hacia finales del siglo XIX, ya no cabe duda de que las instituciones providencia deben conformarse a la racionalidad del seguro, así como todo tipo de organizaciones benéficas, que sea cual sea su estructura nominal, se convierten en instituciones aseguradoras 'de facto'» (Ewald 1991, p. 209).

Esta transformación supone, básicamente, una progresiva individualización del riesgo, es decir, la renuncia del aparato estatal en su rol de instancia aseguradora pública como socializador del riesgo, a favor de una gestión de éste desde el Mercado o en términos mercantiles. Esta ideología se sustenta, en cierto sentido, sobre la revitalización de la comprensión positiva del riesgo –como oportunidad de ganancia– que ha acompañado al desarrollo del Mercado capitalista, y la figura liberal, y mítica, del individuo como *risk-taker*, como sujeto que prospera y avanza por sí mismo como elector racional con la sola ayuda del cálculo coste-beneficio. En este contexto, la seguridad se convierte en mercancía: una relación entre quienes «producen riesgo» y entre los que «lo consumen» (De Giorgi 2005, p. 72). Dos grupos de sujetos que se mantienen separados mediante el funcionamiento del Mercado y la propia política securitaria del Estado, replegada sobre la intensificación del control social –la redistribución del riesgo se circunscribe ahora a los riesgos de criminalidad–. Esta división entre consumidores y productores de riesgo implica una actualización del antagonismo de clases, y confirma la observación de Beck sobre el solapamiento entre la sociedad del riesgo y la sociedad de clases. Se trata de dos obras representadas al mismo tiempo, en el mismo escenario social (Beck 1996b, p. 247).

La individualización del riesgo y el retroceso de las instituciones providencia implica, por un lado, la exigencia de una autoelaboración de la seguridad personal. Ahora, los sujetos son impelidos a dominar las condiciones de incertidumbre que afectan a su esfera personal, desde la premisa de la «toma de responsabilidad de los individuos racionales para conseguir su propio bienestar mediante el cálculo del riesgo» (Reith 2004, p. 395). Son los individuos quienes deben gestionar el riesgo, protegiéndose a sí mismos frente a la enfermedad, el desempleo, la vejez, la criminalidad... o todo aquello que se perciba como peligro. Se trata de un fortalecimiento (*empowerment*) del individuo, que debe actuar como sujeto soberano en el Mercado a través de su capacidad de decisión racional y las propias habilidades personales. La autoelaboración de la seguridad se logra a través de la obtención constante de nueva información sobre peligros potenciales, y mediante los bienes de consumo ofertados en el Mercado: desde los productos bajos en grasa con los que hacer frente a los riesgos para la salud, hasta los sistemas de seguridad privados con los que afrontar la «inseguridad ciudadana», así como las diversas formas de aseguramiento privado que reemplazan progresivamente a las técnicas de riesgo socializado³⁸.

Es lo que Patt O'Malley (1996 y 2000) ha llamado «nuevo prudencialismo» (*prudentialism*), que no es sino una de las caras de la deconstrucción del modelo de ciudadanía social –según la expresión original de Marshall (1998)– ante la emergencia del nuevo paradigma del «ciudadano consumidor» (García Inda 2003, p. 64), un modelo de

38. Jonathan Simon señala que la nueva forma de riqueza –la nueva manera de lograr la seguridad– no es ya tanto la ganancia patrimonial y el capital privado, como el acceso a las más diversas formas de aseguramiento privado y a diferentes capitales sociales (fondos de pensiones, préstamos escolares, etc.): «si en el pasado se podía preguntar a una persona si tenía una cuenta de ahorro para determinar si pertenecía a la clase media, hoy le tendremos que preguntar si está asegurado» (Simon 1998, p. 77).

ciudadanía construido en torno a la imagen del individuo consumidor, tal y como ha sido descrita, entre otros, por Barcellona (1996)³⁹. En esta situación, las biografías personales se tornan «arriesgadas» (Beck 1998a, p. 172), lo cual debe entenderse en un doble sentido. Se exige que el sujeto proyecte su vida en términos de cálculo de riesgo y, a su vez, la regulación a través del Mercado del acceso a las nuevas condiciones de seguridad material supone un filtro que excluye, en mayor o menor medida, a amplios sectores sociales.

Ahora bien, esta desinversión del Estado no significa *menos poder* ni *menos Estado*, sino más bien un «repliegue aparente del poder» (De Marinis Cúneo 1999, p. 78). Con O'Malley, cabría decir que, mientras bajo la lógica del *welfare* el objetivo –ciertamente utópico– era el de una sociedad de seguridad universal, libre de riesgos, el neoliberalismo se pregunta, de forma previa, por qué riesgos son tolerables y cuáles, por el contrario, deben ser neutralizados (O'Malley 1996, p. 204). De este modo, como en el modelo liberal originario –que sin embargo, como dijimos, comenzaría a evolucionar ya en el siglo XIX⁴⁰–, la intervención del Estado se repliega sobre el control de la criminalidad. Se trata de prevenir los riesgos «ineficientes», que suponen un obstáculo para el proyecto social en marcha, como forma de garantizar el funcionamiento de ese otro gran espacio de riesgo institucionalizado que es el Mercado. Un riesgo indeseable cuya producción es identificada de forma prioritaria, y esto no es nada nuevo, en aquellos espacios marginales desplazados por la fuerza centrífuga de ese mismo Mercado. La preocupación estatal por los aspectos relacionados con el control social se ha intensificado, y ello a pesar de que el «prudencialismo» mercantil también se ha dirigido hacia este objetivo, provocando un gran ascenso en el sector de la seguridad privada.

Existe un estrecho vínculo entre los modos de producción y los modos de punición, que se renueva cíclicamente de acuerdo con la propia evolución de los modelos económicos (De Giorgi 2005, p. 132). Si el modelo del *welfare*, sobre la ecuación fordista-keynesiana, estuvo estrechamente ligada, desde la segunda mitad del siglo XX, al modelo punitivo disciplinario, la desarticulación del Estado providencia en curso desde finales de los años setenta ha supuesto un cambio sustancial en la racionalidad del control, paralelo a la propia reconstrucción de la seguridad como axioma político y de los

39. Véanse, especialmente sus páginas 125 a 163. Para el autor, el individualismo de consumo (o de masas), sería el resultado evolutivo, guardando una continuidad sustancial, derivado desde el individuo propietario (cualidad definitoria del individuo moderno, cuya máxima generalización sostiene que todos los hombres pueden identificarse a partir de su relación con la cosa, y son formalmente iguales en su capacidad de entrar en relación con la cosa). La transformación se desarrollaría a través de tres procesos en cierto sentido paradójicos: la difusión del individualismo, la desaparición del sujeto y la disolución del individuo unitario (sujeto de derecho) y su transformación en individuo-masa multiforme y fragmentado en una pluralidad de necesidades y deseos (Barcellona 1996, p. 132).

40. Como sostiene John Gray, la defensa del Estado mínimo es más un tópico que una realidad en el pensamiento liberal clásico. La mayor parte de los autores liberales de los siglos XVIII y XIX reconocieron que, de hecho, el Estado liberal podía ejercer ciertas funciones de servicio que rebasaran aquel reducto competencial mínimo y «negativo». En este sentido, más que de un Estado mínimo, el liberalismo clásico sería partidario de un gobierno limitado (Gray 1994, p. 114).

finés del aparato público. La crisis fiscal del Estado que este proceso ha supuesto hace impensable el modelo de control *welfarista* (Rivera/Monclús 2005, p. 8-9), basado en amplias instancias de intervención social. Por otro lado, un modelo de control que, como aquél, giraba en torno al trabajo como valor socializador (y resocializador), se ha visto debilitado en una situación, como la actual, en la que el trabajo asalariado como eje de vertebración social es cada vez más una «categoría zombie» (Beck/Beck-Gernsheim 2003, p. 341 y ss.), una de las primeras víctimas de la «fluidez» tardomoderna.

El intervencionismo estatal, la colectivización pública del riesgo, se había mostrado útil como garantía de estabilidad del orden social, en cierto sentido como «seguro contra las revoluciones». Ahora, ante el retroceso de la intervención y el previsible avance de los espacios marginales al nuevo proyecto de vida, habrán de hallarse formas de control de mayor eficacia para gestionar esos emergentes espacios de riesgo. En otras palabras, el Estado «está obligado a *economizar su propio ejercicio del poder*» (De Marinis Cúneo 1999, p. 77). La respuesta ha sido la configuración del control en términos actuariales. Esta lógica se desplaza, de la colectivización de los riesgos de vida en toda su amplitud, hacia una forma específica de gestión de los riesgos de criminalidad, como forma privilegiada de identificación y neutralización de los *productores* de riesgo. A partir de esta redefinición de las prioridades estatales podemos hablar, con Wacquant (2001 y 2003) del ascenso de un Estado penal paralelo al desmembramiento del Estado del bienestar. 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 un entramado de vigilancia y sujeción (*dragnet*).

Ello no quiere decir que la intervención social a través del extenso tejido institucional bajo el paradigma del bienestar no haya sido también, en gran medida, una forma específica de sujeción («cuestión social» y «cuestión criminal» estaban entrelazadas), ni que bajo dichas condiciones el control social no se dirigiera de forma preferente a los «espacios periféricos». Quiere decir que el control social se despoja ahora de las «ataduras» disciplinarias en su versión *welfarista*, y aparece desnudo en su sentido más directo y crudo: se hace expresa la renuncia a cualquier intento de integrar tales espacios marginales, y se propone un control dirigido a redistribuir los riesgos inherentes a los mismos hasta hacerlos «tolerables» (en términos de eficiencia). Es una actualización de la idea de *otredad*, de fragmentación, de separación, como fundamento del orden en la que, como advierte Bauman (1996, p. 87 y ss.), se instala el propio origen de la sociedad moderna⁴¹. Ahora, el *productor* de riesgos (que, en realidad, es entendido en sí mismo como un riesgo) es *el otro* del consumidor de seguridad en el Mercado.

41. «La modernidad se enorgullece de la *fragmentación* del mundo como su realización principal (...) La dicotomía es un ejercicio en el poder y, al mismo tiempo, su disfraz (...) La dicotomía representa a sus miembros como iguales e intercambiables (...) En las dicotomías cruciales para la práctica y la visión del orden social el poder diferenciador se oculta como norma tras uno de los miembros de la oposición. El segundo miembro es el *otro* del primero, la cara opuesta (degradada, suprimida, exiliada) del primero y su creación. Por eso, la anomalía es lo otro de la norma, la desviación, es el otro de

Tal y como describió Foucault (1990), el modelo punitivo disciplinario se dirige sustancialmente hacia la identificación de las causas de la desviación (como si de patologías se tratase), con el fin de aplicar tratamientos adecuados⁴². Se trata de un programa inspirado en el optimismo ilustrado respecto a la capacidad del conocimiento racional, cuya crisis, según Beck, es una de las sendas que nos introducen en la sociedad del riesgo. La versión *welfarista* de este paradigma supuso la implementación de una vasta red institucional que, junto con el encarcelamiento, pudiera corregir las más diversas «patologías» y permitir la reincorporación del sujeto a la vida social (especialmente, al ciclo productivo). Se trataba de un sistema punitivo funcional al modelo fordista de producción, que confiaba, al mismo tiempo, en la prisión y en sistemas de tratamiento extracarcelarios. Ahora, el control actuarial se deshace de la preocupación disciplinaria por la causa, y por tanto también por el tratamiento.

El riesgo de criminalidad es contemplado como cualquier otro en el contexto de la sociedad del riesgo, como el «efecto colateral» indeseado de una actividad útil, concretamente, del proceso económico. Por ello, la desviación respecto a la Ley se contempla ahora como algo «normal» (Feeley/Simon 1994, p. 173) y algo, en gran medida, inevitable. Se trata, pues, de reducir ese riesgo a niveles aceptables, lo cual, en definitiva, es lo único que puede lograr la tecnología del seguro a través de su redistribución⁴³. Este tratamiento de la desviación social supone al mismo tiempo su «amoralización»: «el seguro traslada las cuestiones morales de responsabilidad hacia cuestiones instrumentales de coste» (Lowi 1991, p. 31). Un problema de coste-beneficio que se aplica tanto al funcionamiento del propio sistema de control —que busca como objetivo prioritario la máxima eficiencia al menor coste— como a la explicación del comportamiento delictivo. La lógica «prudencial» se aplica también al sujeto «desviado», que se describe como un actor-elector libre y racional. Su decisión de transgredir la ley se considera el resultado

la ley a cumplir, la enfermedad el otro de la salud, la barbarie el otro de la civilización, el animal el otro del hombre, el enemigo el otro del amigo, «ellos» el otro de «nosotros», la locura el otro de la razón, el extranjero el otro del compatriota, el público sin especialización alguna el otro del experto. Ambas caras dependen una de otra, pero la dependencia no es simétrica. La segunda depende del primero para su aislamiento forzoso. El primero depende del segundo para su autoafirmación» (Bauman 1996, p. 87-91).

42. Foucault describe el objetivo de la reforma penal iniciada en el siglo XVIII como el intento de lograr «cuerpos dóciles» (algo imprescindible para el emergente sistema económico capitalista crecientemente industrial). Se trataba de «Definir nuevas tácticas (...). Encontrar nuevas técnicas para adecuar los castigos y adaptar los efectos» (Foucault 1991, p. 93). La prisión, piedra angular del nuevo sistema, busca ante todo el empleo del tiempo y la organización del espacio (espacio y lapsos temporales son perfectamente planificados y controlados) (*ibidem*: 15) como forma de adaptar la conducta a las necesidades de la lógica de la fábrica, que exige la reducción de la actividad humana a simples y rutinarios movimientos fuertemente predeterminados, que deben seguirse de manera obediente y mecánica, sin intervención de las facultades mentales y manteniendo a raya todo sesgo de espontaneidad e iniciativa individual (Bauman 2003, p. 63).

43. La socialización del riesgo no significa tampoco una eliminación del riesgo (o, más bien, del peligro que dicho riesgo relata), sino un mecanismo para compensar sus efectos negativos. El seguro redistribuye el riesgo compartiéndolo: generando un capital social con el que compensar los eventuales daños individuales.

de un cálculo realizado por el propio sujeto ente las ganancias y costes virtuales de dicha actuación (De Giorgi 2005, p. 197). Desde esta explicación, que se pretende universalmente válida, del comportamiento humano, el control social pasa a preocuparse sólo del comportamiento de los individuos en sentido externo, físico, y no en relación a estados internos de la persona (O'Malley 1998, p. xii). Así, el sistema de control busca el doble objetivo de identificar y neutralizar los comportamientos de riesgo.

En el primero de esos objetivos, y al igual que cualquier sistema de seguro privado identifica los factores de riesgo que concurren en cada asegurado con el fin de determinar la cuantía de su prima, el control actuarial se preocupa de la distribución estadística de comportamientos para determinar y predecir sus consecuencias para la seguridad⁴⁴. Dibuja mapas de probabilidad de desviación que identifican «grupos de riesgo» –el más claro exponente del léxico que anuncia la nueva lógica de control–. En este sentido, el control actuarial, a diferencia de la disciplina, se dirige más al tratamiento de categorías que de individuos. Aunque, más bien, se trata de una reformulación de la relación entre individuo y grupo. Como advierte Ewald, «el seguro proporciona una forma de asociación que combina un máximo de socialización con un máximo de individualización» (Ewald 1991, p. 204). Las características del individuo interesan en tanto puede ser adscrito a un determinado grupo o contexto, con el que comparte un «perfil» de riesgo.

Foucault advirtió ya en la última etapa de su obra una evolución de los parámetros disciplinarios hacia formas diferentes del ejercicio del poder, aunque no llegó a explicar esta transición ni a conceptualizar el nuevo paradigma social, que puede identificarse con lo que, más tarde, Deleuze ha denominado «sociedades de control» (Deleuze 1991). No obstante, y como advirtiera ya Foucault en relación a la tríada soberanía-disciplina-gubernamentalidad (Foucault 1991, p. 102), la relación entre estas distintas formas de ejercicio del poder (y de gestión del riesgo) no deben entenderse en términos de ruptura, sino de superposición, desplazamiento parcial y mezcla⁴⁵. Como el propio

44. Esto no quiere decir que el modelo disciplinario no hiciera uso de técnicas actuariales como la estadística. De hecho, como advertimos, ese tipo de instrumentos de manejo de población son características del proceso de gubernamentalización del Estado en marcha desde el siglo XVI-XVII. Se trata, como advierte O'Malley (1998, p. xii), de un cambio en de prioridad: si anteriormente el conocimiento actuarial se subordinaba a los propósitos disciplinarios, ahora muchas de las instituciones típicamente disciplinarias se subordinan a los propósitos del actuarialismo.

45. El concepto de poder manejado por Foucault es complejo, y además fue evolucionando a lo largo de su obra. La comprensión del mismo en términos estrictamente negativos (poder como represión), como algo inherentemente jerárquico y ejercido «sobre» las sociedad, manejada por el autor francés en la primera etapa de su obra, fue complementada –ya en *Vigilar y castigar*– con una concepción del poder, no ya como una fuerza jerárquica unidireccional, sino como una «retícula» o conjunto multilineal. En este segundo sentido, el poder no es ya algo meramente negativo, sino más bien productivo: el poder es también producción de saber y creación de condiciones de vida (es lo que Foucault sintetizó en la idea de *bio-poder*). En el tramo final de su teoría –a partir de su *Historia de la sexualidad*–, Foucault desarrolló una noción de poder como «dominio de sí», que no lo concibe ya (sólo) como algo externo al sujeto, sino también como un modo de relación del individuo consigo mismo. En cualquier caso, quizá no sea correcto hablar de «etapas» en cuanto al concepto de poder manejado por Foucault,

modelo de la sociedad del riesgo, esta transformación es más bien un *telos*, una dirección hacia la que parece que nos dirigimos y en la que son identificables, pero inseparables, elementos antiguos y nuevos.

Ésta es la perspectiva desde la que debe ser comprendido el segundo objetivo de las nuevas formas de control. Las instituciones y los propósitos disciplinarios han experimentado una progresiva transición hacia la mera neutralización eficiente de los riesgos. La identificación «científica» de la distribución del riesgo tiene el objetivo de prevenir la materialización de los riesgos en daños efectivos. La prevención ha emergido como una fórmula clave de la sociedad del riesgo, hasta el punto de que hoy podemos hablar, con Pieterman (2001), de una auténtica «cultura preventiva». Hoy la prevención acompaña al riesgo como si fuese su sombra, desde los ámbitos más cotidianos hasta los de mayor escala (guerras preventivas). La prevención siempre ha sido una herramienta relevante en cualquier política de seguridad, pero no cabe duda de que el actualizado léxico del riesgo le otorga un nuevo protagonismo. Es, además, un aspecto prioritario de las renovadas demandas securitarias hacia el Estado. Parece que hoy la preocupación social no es tanto cómo obtener lo que se desea, sino cómo prevenir de daños lo que se tiene (Pieterman 2001, p. 167).

Del mismo modo, la prevención es también una de las ideas-fuerza del nuevo programa de control, donde aquélla aparece unida a una revitalización de la noción de peligrosidad⁴⁶. El riesgo significa aquí la «cuantificación», según parámetros hipotéticamente objetivos, del grado de peligrosidad presente en un determinado sujeto que, en tal medida, se enmarca en un determinado «grupo de riesgo». Así se desprende del *Floud Report*, encargado por el *Home Office* británico en 1981 –bajo el gobierno Thatcher–, un informe que dio carta de naturaleza a la nueva filosofía de control⁴⁷.

Podemos identificar al menos tres consecuencias de la materialización de la idea de prevención en el terreno del control social. En primer lugar, y en el aspecto estrictamente jurídico, ha supuesto una tendencia hacia la «administrativización» del control, hacia una ampliación de las capacidades de intervención administrativa en detrimento, en muchos

sino más bien de «dimensiones» del mismo. Las sucesivas aportaciones no se oponen a las anteriores, sino que las engloban. Véase, en este sentido, Moro Abadía/Pelayo González-Torre 2003.

46. Al igual que la prevención, la noción de peligro y peligrosidad se ha mantenido constante en cualquier formulación del control social desde el siglo XVIII (Esteve Pardo 2003, p. 326). Sin embargo, el concepto adquiere un nuevo significado en el contexto de la actual «cultura preventiva».

47. La autora del informe entiende que, si bien la peligrosidad no es un concepto objetivo, éste puede ser cuantificado a través del cálculo del riesgo, con lo cual es posible identificar a los agresores peligrosos para los propósitos legales (Floud 1982, p. 213). Se trata con ello de redistribuir una carga de riesgo que no puede ser reducida inmediatamente (*ibídem*, p. 218). Según Jane Floud, el propósito del informe es clarificar, y situar bajo términos estatuarios, un concepto (el de peligrosidad) que venía siendo empleado crecientemente por la jurisprudencia británica durante los últimos años setenta. Con ello, el informe supuso la normalización de este tipo de prácticas y su legitimación. El *Floud Report* es sólo uno de los muchos intentos de establecer criterios sólidos sobre los que realizar cálculos predictivos sobre el nivel de peligrosidad presente en los individuos, como el informe *Selective Incapacitation* publicado por la *Rand Corporation* en 1982. Véase al respecto Blackmore/Welsh 1983.

casos, de las facultades de control judicial. Se trata, básicamente, de una flexibilización de las posibilidades de actuación policial, amparadas en una interpretación a su vez flexible de algunos de los principios elementales del Estado de Derecho –invadiendo algunos ámbitos de libertad hasta hace poco incuestionables–, y justificadas bajo el propósito de una mayor eficacia en ámbitos delictivos sobre los que pesa la situación de «alarma» (ayer la droga, hoy el terrorismo), pero que supone una potenciación general de las posibilidades de intervención. Este fenómeno afecta tanto a la expansión de las medidas de tipo predelictual⁴⁸ como a la propia intervención jurídico-penal, donde ha supuesto un incremento en la anticipación de las barreras punitivas a través de una creciente tipificación de delitos de peligro. Se trata de una legislación «en pretérito imperfecto de subjuntivo» (aquello que *podiera* ocurrir) (García Inda/Susín Betrán 1995, p. 348) y un control preocupado por la apariencia, por indicadores presuntamente objetivos, a los que se les otorga presunción de veracidad. En el caso español, la Ley Orgánica 1/1992 de 21 de febrero, sobre Protección de la Seguridad Ciudadana («Ley Corcuera») supuso un paso significativo en este sentido⁴⁹. En definitiva, las pretensiones preventivas inherentes al intento del control del riesgo conducen a un deseo de anticipación que, a menudo, entra en conflicto con las libertades individuales (Kiss 1986). La prevención es el recurso instrumental por excelencia de las políticas de «tolerancia cero».

En segundo lugar, y en cuanto a las instancias de control, la idea de prevención ha cristalizado en una intervención dirigida de forma prioritaria al espacio físico en el que habitan los sujetos portadores de riesgo. Se trata, pues, de una prevención esencialmente «situacional» (De Giorgi 2005, p. 71). La gestión del espacio, como ha expuesto Davis (2001 y 2003) en el caso de Los Ángeles, se dirige a rediseñar el espacio en el que se desenvuelven los individuos, principalmente a través del establecimiento de barreras y otros dispositivos⁵⁰ que, al mismo tiempo, delimitan las zonas y condicionan el comportamiento. Una intervención que constituye una forma de biopoder en sentido foucaultiano. Ahora, la seguridad obliga a configurar activa y constantemente el entorno; «sólo un mundo activamente configurado es un mundo seguro» (Hardt/Negri 2004, p. 42-43). La dimensión constructiva, y no solamente represiva, del poder es aquí manifiesta.

En tercer y último lugar, hay que advertir que el progresivo abandono de los fines disciplinarios no ha supuesto, en absoluto, el abandono de la prisión como instrumen-

48. Por ejemplo, Rivera y Monclús señalan la expulsión de extranjeros prevista por las leyes de extranjería como una medida de control predelictual de neutralización: la persona expulsada queda impedida de cometer delitos en el ámbito geográfico del que la expulsa (Rivera/Monclús 2005, p. 15). Tal medida es una fórmula de gestión del riesgo, más que una fórmula de gestión de los flujos migratorios.

49. El Tribunal Constitucional, en Sentencia 341/1993, de 18 de noviembre, invalidó los aspectos más «burdos» de la Ley (la «patada en la puerta»), pero el grueso del texto fue declarado constitucional. En general, la Ley supuso una ampliación de las potestades policiales de control sobre la filosofía de la prevención. Para un análisis de la norma, véase García Inda/Susín Betrán 1995.

50. Cabe citar, como uno de los ejemplos más evidentes, la implantación de mecanismos de videovigilancia en el espacio urbano. En España, el uso de este sistema de vigilancia fue normalizado por la Ley Orgánica 4/1997 de 4 de agosto, por la que se regula la utilización de videocámaras por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad en lugares públicos.

to punitivo. Al contrario, el encarcelamiento se está mostrando como un instrumento privilegiado en las nuevas estrategias de control. El número de presos está alcanzando cifras récord en la mayor parte de los países occidentales. Este incremento cuantitativo aparece complementado por una transformación cualitativa en cuanto a la comprensión de la propia cárcel y los fines asociados a la misma. La pena de prisión se comprende como un instrumento de prevención del riesgo a través de dos procesos. Por un lado, la comprensión del delincuente como un actor libre y racional exige, desde el punto de vista de la prevención, que el coste al que se enfrenta el sujeto al actuar desviadamente exceda con creces el hipotético beneficio⁵¹. Desde esta perspectiva puede comprenderse la actual tendencia hacia la elevación de las penas de prisión y a la exigencia de su cumplimiento íntegro⁵², lo cual choca frontalmente con el régimen de beneficios penitenciarios procedentes de una filosofía puramente disciplinaria. Por otro lado, la justicia actuarial supone la renuncia a cualquier tratamiento del delito más allá de la mera evitación de comportamientos de riesgo, la renuncia a la resocialización como fin de la pena de prisión. La cárcel es, entonces, tan sólo un espacio de reclusión que impide cualquier comportamiento de riesgo, una forma de incapacitación.

En conclusión, podríamos decir que el gobierno del riesgo como finalidad del control hace que la profecía de Orwell sobre el orden social a finales del siglo XX sea en muchos sentidos errónea (Shearing/Stenning 1985, p. 347) –su metáfora es la de una radicalización de las instituciones disciplinarias–. Nuestro tiempo podría representarse, más bien, con la imagen concebida por Philip K. Dick en su *Minority Report*⁵³: una sociedad colonizada por la economía (el libre Mercado) y una forma de control más preocupada por la predicción de riesgos y la neutralización de los infractores que por la transformación de mentalidades o el «adoctrinamiento» –de ello no se encarga ya el Estado, sino el «Mercado platórico»–.

4. Tras el 11 de septiembre de 2001: «el hombre es un riesgo para el hombre»

Como advierte Ulrich Beck, «lo que ocurrió el 11 de septiembre expresa nuestra situación fundamental en el siglo XXI, que estamos viviendo en lo que denomino ‘sociedad del riesgo global’» (Beck 2002, p. 39). En efecto, la evolución de los acontecimientos tras los atentados de Nueva York y Washington de 2001 refuerzan muchas de las

51. En otro sentido, la aplicación de criterios de pura eficiencia económica al ámbito del control ha derivado en un proceso de privatización del sistema carcelario (ahora «industria carcelaria»). Este proceso se está produciendo de dos maneras distintas. Por un lado, como privatización de los servicios y el trabajo de los presos en el interior de la institución, manteniendo el régimen estatal de las tareas de vigilancia. Por otro, como auténtica privatización de toda la institución carcelaria, incluidas las tareas de vigilancia y la propia titularidad del centro. Véase al respecto Burton-Rose/Pens/Wright 2002.

52. En el caso español, a este objetivo apuntan algunas de las últimas reformas del Código Penal: la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre del Código Penal; y la Ley Orgánica 7/2003, de 30 de junio, de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas.

53. Philip K. Dick, *Minority Report y otras historias*, trad. C. Gardini, 2002, Barcelona: Ediciones B.

dinámicas de lo que hemos descrito bajo dicho rótulo. Sin embargo, también es cierto que esa fecha supone un punto de inflexión que ha alterado parcialmente algunas de esas dinámicas. En cualquier caso, el 11 de septiembre de 2001 es una referencia obligada para cualquier acercamiento posterior al problema de la seguridad.

El 11 de septiembre parece haber supuesto el definitivo desbordamiento de los fundamentos respecto a las representaciones sociales sobre la seguridad. Este acontecimiento, incluso, ha provocado en cierto sentido un «colapso» del lenguaje. Como advierte Derrida, el que nos sigamos refiriendo al mismo con la breve denominación «11 de septiembre» –una fecha sustituye, curiosamente, cualquier otra denominación–, no es solamente una necesidad económica o retórica. «El telegrama de esta mentonimia (...) muestra lo incalificable al reconocer que no se reconoce: ni siquiera se conoce, aún no se puede calificar, no se sabe de qué se habla» (Borradori 2003, p. 132). «No usamos el lenguaje en su función referencial obvia; más bien, lo urgimos a que nombre algo que no puede nombrar porque sucede más allá del lenguaje: el terror y el trauma» (*ibídem*, p. 210). Un aspecto que muestra con toda nitidez el carácter constructivo de la semántica del peligro, del riesgo. La brutalidad de lo sucedido el 11 de septiembre es, cuanto menos, comparable a otras tragedias contemporáneas, para las que, sin embargo, sí existen elementos descriptivos disponibles en las estructuras sociales. El 11 de septiembre supone, en muchos sentidos, «algo» completamente nuevo que inaugura un nuevo tipo de riesgo global en el –sobresaturado– armario de los miedos colectivos.

En este sentido, los atentados de Nueva York y Washington significan, al mismo tiempo, un reforzamiento y una transformación de la incertidumbre y la angustia que eran ya el substrato emocional de la sociedad del riesgo. No cabe duda de que tales acontecimientos han ahondado en la percepción de la inseguridad a escala casi planetaria. Pero ya no se trata de una sensación de inseguridad más o menos sostenida, latente y difusa –con multitud de factores causales conexos y «ontológica», como la descrita más arriba. Aunque se asiente sobre ella, el 11 de septiembre ha supuesto una auténtica materialización de la inseguridad global. Significa una especie de «nuevo Chernobil» en la conciencia colectiva (Beck 2004, p. 350), cuyo actor es el terrorismo global.

Estas características hacen de tales sucesos un referente en el proceso de reconstrucción axiológica en cuanto a la priorización y la transformación del valor seguridad. Ahora, el riesgo despliega una capacidad constructiva sin precedentes, hacia la legitimación de políticas que privilegian, ya de forma expresa y sin ambages, la consecución de la seguridad, como seguridad del orden, frente a la libertad. Este carácter constructivo se constituye sobre un conjunto de elementos que reconfiguran la relación entre riesgo y seguridad, y que han desembocado en una específica tendencia político-jurídica, que podríamos denominar como un «nuevo hobbesianismo».

En primer lugar, la concreción de la sensación de inseguridad global, más o menos difusa, que flotaba en el ambiente de la sociedad del riesgo, ha permitido reintroducir la semántica de la amenaza en toda su amplitud en el lenguaje político. Como advierte Bauman (2004, p. 39), ha facilitado la traducción de la amenaza desde el lenguaje de la inseguridad, difícil de dominar, al más familiar y fácilmente comprendido lenguaje

de la seguridad personal». En efecto, el «desbordamiento» cognitivo que implica el suceso en cuanto tal contrasta con la concreción y la plasticidad de su materialización, difundida en tiempo real a escala global, y refrescada periódicamente a través de la gran retina colectiva de los medios de comunicación de masas. La difusa idea de terrorismo global y sus redes «invisibles» dispone en cambio de unos referentes simbólicos precisos: un suceso, un líder, incluso un Estado. Si, como apuntamos antes, los discursos político-jurídicos sobre la seguridad han tendido a enfatizar los riesgos «concretos» (delincuencia) –respecto a los que el Estado puede seguir manteniendo el discurso del «todo bajo control»– frente a los «difusos» que, según Beck, caracterizan realmente la nueva era del riesgo, el terrorismo global posee en ese sentido una potencialidad inigualable. Ni los riesgos ecológicos –a excepción, quizá, de la energía nuclear respecto a Chernobil–, ni mucho menos los riesgos financieros globales, y ni siquiera la criminalidad habitual, poseen una visibilidad, una concreción y una plasticidad en cuanto a sus efectos que sea comparable. Wildavsky y Dake (1990) han señalado que «las catástrofes desbordan los umbrales de percepción del peligro sobre los individuos, y que se imponen a cualquier agregación de peligros menores que pudiera resultar de un monto final mayor de amenaza». Es decir, que la fuerza simbólica de las grandes catástrofes es mucho mayor que la acumulación, incluso mayor a la postre, de sucesivos males paulatinos y dosificados. Por ello, la capacidad cohesiva y movilizadora del terrorismo, asociado a imágenes específicas como las del 11 de septiembre, quizá no tenga precedentes al menos a nivel mundial. Como describe gráficamente Beck, si una respuesta habitual a la pregunta «¿qué podría unir al mundo?» es «un ataque desde Marte», «en cierto sentido, eso es justo lo que sucedió el 11 de septiembre: un ataque desde nuestro ‘Marte interno’» (Beck 2002, p. 46)⁵⁴. Supone una cohesión que, ante una sensación que ya no es de angustia, sino propiamente de miedo⁵⁵, revierte de nuevo en exigencias específicamente normativas hacia el Estado, el cual, pese al carácter novedoso de la nueva amenaza, puede desenvolverse en el «cómodo» y conocido campo semántico de la amenaza criminal.

Llegamos con ello a un primer elemento fundamental de la nueva situación: la predisposición de gran parte de la ciudadanía a desprenderse de las «ataduras» democráticas en aras de una mayor eficacia estatal en la erradicación de la amenaza. Aunque, como ocurre siempre que se inicia el camino de la flexibilización de las garantías, pronto se trascienda el ámbito específico de alarma (el terrorismo) para convertirse en una tendencia político-jurídica generalizada.

En segundo lugar, la nueva situación dota a la retórica del riesgo de una idea de enemigo de la que Occidente carecía desde el final de la Guerra Fría. La representación

54. Precisamente, la decisión de Steven Spielberg, un referente de la cultura estadounidense, de rodar en 2005 la versión cinematográfica del relato de H.G. Wells de 1898 «La guerra de los mundos» (que narra precisamente la invasión de la Tierra por parte de extraterrestres procedentes de Marte), estuvo determinada, según declaraciones del propio director, por los sucesos del 11 de septiembre de 2001 y la situación de inseguridad generada a consecuencia de los mismos.

55. Apoyándonos de nuevo en la distinción de Delumeau (2001), la sensación de inseguridad ahora tiene un objeto definido y prioritario.

del enemigo ha jugado siempre un papel determinante en el afianzamiento de la autoridad del Estado, pero ahora nos encontramos, además, ante un concepto de enemigo de una gran maleabilidad, y por tanto de mayor funcionalidad. El terrorismo global puede ser representado al mismo tiempo de forma específica –de nuevo, un líder, un Estado, unos rostros– y etérea –redes internacionales infiltradas en las propias sociedades occidentales, estructuras organizativas difusas sin centros delimitados, etc.–. Se trata de un concepto de enemigo que adquirió su «acta de reconocimiento» en el mismo momento de la retransmisión de los atentados contra las torres gemelas, convirtiéndose así en auténtico actor político de la sociedad del riesgo global (Beck 2004, p. 358). El concepto de «grupo de riesgo» adquiere entonces una elasticidad casi infinita –es el renacimiento de la filosofía de la sospecha–, pero donde el principal objetivo son, sin duda, los extranjeros islámicos. Se trata de una redefinición de la teoría del enemigo tal y como la concibiera Carl Schmitt, a pesar de que éste, curiosamente, rechazara la posibilidad de un «enemigo de la humanidad», que sin embargo es el argumento de la nueva filosofía de la protección (Beriain 2004, p. 125).

Esta imagen del enemigo está difuminando los contornos de lo externo y lo interno, cuya delimitación precisa es uno de los pilares sobre los que el Estado-nación se ha constituido y ha desarrollado sus funciones. Este hecho se refleja en una progresiva confusión entre la intervención militar y la actividad policial: la idea de defensa ha experimentado un tránsito hacia la de seguridad (Hardt/Negri 2004, p. 43). Como hemos dicho, el terrorismo internacional se representa como una causa de inseguridad tan determinada como intangible y ubicua. Así, el destinatario de la «guerra» ya no es otro Estado, sino una organización deslocalizada, un enemigo ubicuo e invisible (Bauman 2004, p. 82). Al mismo tiempo, se alega que el destinatario del control no presenta ya meras conductas socialmente desviadas, sino que comete auténticos actos de guerra. Este argumento sirve de legitimación, de nuevo, para la expansión y el recrudecimiento de las medidas de control⁵⁶. La renovación de la tortura como mecanismo de control-sometimiento es, por ejemplo, uno de los puntos de confluencia entre estos dos ámbitos de intervención. La percepción del nuevo peligro ha supuesto, en términos generales, una radicalización de la cultura preventiva que ha impregnado las políticas de seguridad en las últimas décadas, aplicada tanto a la filosofía del control interno (favoreciendo su flexibilización) como a un nuevo concepto de guerra (preventiva), bajo el argumento de la mayor eficiencia en la prevención del riesgo.

En este sentido, el 11 de septiembre significa una aceleración en las tendencias que hemos situado bajo el rótulo de la sociedad del riesgo. Sin embargo, por otro lado, supone una transformación de esos aspectos, debido a la cierta desmitificación que los

56. Como ejemplo normativo de esta tendencia, podemos citar el Proyecto de Ley Orgánica de Defensa nacional, remitido por el Gobierno español al Congreso en marzo de 2005 (todavía en tramitación al concluir este trabajo), y que propone reconocer, por primera vez en el Estado español desde la aprobación de la Constitución de 1978, la posibilidad de participación por parte de las Fuerzas Armadas en la lucha contra el terrorismo, «ante coyunturas excepcionales y alarmas específicas». Puede consultarse el texto completo en el BOCG Núm. A-31-2, del 20 de abril de 2005.

atentados de Nueva York y Washington han significado respecto a la virtualidad del neoliberalismo como proyecto político. Como advierte Beck, «el neoliberalismo ha sido siempre una filosofía de los buenos tiempos» (Beck 2002b, p. 47). En una situación de emergencia nacional como la despertada en Estados Unidos tras el 11 de septiembre, el poder político se topó de frente con la insuficiencia, tanto retórica como instrumental, de los códigos del liberalismo avanzado para liderar y movilizar a la población y responder a la nueva amenaza. Es por ello que, tras el 11 de septiembre, el gobierno republicano estadounidense se ha mostrado más como un gobierno «neoconservador» que «neoliberal».

En el plano simbólico, este hecho se refleja en una «remoralización» del peligro. Frente a la semántica actuarial, despreocupada por cualquier dimensión moral de la conducta y centrada en el comportamiento como mero fenómeno físico-externo, nos encontramos ahora con la revitalización de toda una retórica moralizante, cuando no directamente teológica⁵⁷: «mal», «justicia infinita», etc. Este hecho se debe sin duda, en gran parte, al propio fundamentalismo religioso de George W. Bush⁵⁸, pero ello no debe hacernos dejar de lado la funcionalidad práctica de este tipo de discurso. «Plantear que el enemigo es el mal confiere un carácter absoluto a ese enemigo y a la lucha contra él y los saca del terreno de la política, puesto que el mal es enemigo de toda la humanidad» (Hardt/Negri 2004, p. 31). En el plano instrumental, el 11 de septiembre ha supuesto un cierto reforzamiento del Estado en todo el mundo, sobre todo en Estados Unidos. Si bien se trata de un fortalecimiento en torno al mismo concepto de seguridad –asociado a la criminalidad y a la idea de orden– que venía manejándose en las últimas décadas, ha significado un cierto abandono de los criterios eficientistas que estaban también asociados a esa función. La revitalizada prioridad por la seguridad ha triunfado sobre los criterios económicos neoliberales⁵⁹.

Como apuntábamos, esta situación dibuja un «nuevo hobbesianismo» en la política occidental, una revitalización del contrato social tal y como el autor inglés lo concibiera en su *Leviatán* en 1651:

57. Como vimos, el actuarialismo es un tipo de justicia propia la filosofía mercantil neoliberal (cuyo código es la eficiencia/ineficiencia). El conservadurismo ha continuado hablando más bien en términos morales (cuyo código es la noción de bien/mal).

58. Véase al respecto Tamayo (2005), que pone de manifiesto la sintonía en que se encuentran, desde hace varias décadas, el Partido Republicano y los movimientos religiosos fundamentalistas en Estados Unidos.

59. Es muy significativo el ejemplo expuesto por Ulrich Beck, que recuerda cómo, bajo la impresión de los atentados terroristas, el gobierno norteamericano consiguió que el Congreso le concediera un crédito presupuestario adicional, lo cual «es una mofa al credo neoliberal que profesaba al entrar en funciones». Cuando un periodista interrogó sobre esta contradicción al Presidente Bush, la respuesta de éste fue clara: «la seguridad nacional es prioritaria». Por ello, puede concluirse que «si antes del 11 de septiembre el lema era 'Atreverse a *menos* Estado', después del 11 de septiembre el contralema (y además en todo el mundo) es 'Atreverse a *más* Estado'» (Beck 2004, p. 350), si bien éste sigue girando sobre las mismas funciones básicas que hasta ahora.

«El único camino [que tienen los hombres] para erigir semejante poder común, capaz de defenderlos contra la invasión de los extranjeros y contra las injurias ajenas, (...) es conferir todo su poder y fortaleza a un hombre o una asamblea de hombres, [de modo que] puedan reducir sus voluntades a una voluntad, (...) en forma tal como si cada uno dijera a todos: *autorizo y transfiero a este hombre o asamblea de hombres mi derecho de gobernarme a mí mismo, con la condición de que vosotros transferiréis a él vuestro derecho, y autorizaréis todos sus actos de la misma manera.* (...) Esta es la generación de aquel gran LEVIATÁN, (...) aquel *dios mortal*, al cual debemos, bajo el *Dios inmortal*, nuestra paz y nuestra defensa. [Éste] posee y utiliza tanto poder y fortaleza, que por el terror que inspira es capaz de conformar las voluntades de todos ellos para la paz, en su propio país, y para la mutua ayuda contra sus enemigos, en el extranjero. (...) El titular de esta persona se denomina SOBERANO, y se dice que tiene *poder soberano*, cada uno de los que le rodean es SÚBDITO suyo» (Hobbes 1987, p. 140-141).

El pacto hobbesiano ha resurgido en todos sus términos esenciales. Por un lado, la omnipresencia de la amenaza en el discurso político la expone como justificación de la propia existencia del aparato público. Por otro, y en consecuencia, se produce el reforzamiento de la seguridad «física» como finalidad prioritaria del Estado y como único fundamento del orden. Por último, se da una aceptación, e incluso demanda, por parte de gran parte de la población bajo el Estado, de la redefinición de la política en estos términos, ante la percepción –en gran parte construida– de esa amenaza. «Cuando los seres humanos tienen miedo, están dispuestos a aceptar sin preguntas ni resistencias unas injerencias en aspectos fundamentales de su vida que antes hubieran sido impensables» (Beck 2004, p. 358). El ciudadano revierte en súbdito en un ejercicio, como describió La Boétie ya en 1548, de «servidumbre voluntaria». Pareciera que el «análisis coste-beneficio» en el balance entre libertad y seguridad –racionalidad liberal que, por cierto, está presente ya en gran medida en la obra de Hobbes⁶⁰– arroja hoy un resultado favorable, sin paliativos, hacia la garantía de la seguridad. Cualquier otro interés es subordinado a su consecución⁶¹.

60. El cálculo entre pérdida y ganancia está en la base de la doctrina hobbesiana sobre la renuncia a los derechos. Si los individuos ceden sus derechos al soberano es sólo a la espera de conseguir un beneficio a cambio: la seguridad de que carecían en el estado de naturaleza –es más, es inconcebible, y nulo, cualquier pacto del que no se derive bien alguno para el interesado (Hobbes 1987, p. 109)–. El hecho de que la voluntad al acordar el pacto social estuviera predirigida por el temor es irrelevante. Lo esencial es que el individuo expresó dicha voluntad conocedor del beneficio que recibiría a cambio de la transferencia de sus derechos naturales. Pese a su enfrentamiento con la burguesía, lo cierto es que la obra de Hobbes es ya en algunos sentidos expresión del incipiente orden liberal (Tönnies 1988, p. 262; en contra, vid. Bobbio 1991, p. 104 y ss.). Especialmente, como señala Villey (2003, p. 562), la psicología y la moral hobbesianas en relación a la seguridad son en gran medida burguesas: Hobbes supone el tránsito de una representación del hombre empujado por la búsqueda de la gloria, hacia un hombre movido por el beneficio y la seguridad necesaria para su obtención. Una seguridad que ya no puede ser satisfecha a través de los elementos del orden tradicional. En este sentido, la teoría hobbesiana es, en cierta medida, una respuesta política ante una nueva economía emergente.

61. El producto normativo paradigmático de este nuevo contexto político es la *Patriot Act* («Acta patriótica») estadounidense, aprobada poco después de los ataques del 11 de septiembre. La ley, cuyo subtítulo reza «Uniting and Strengthening America by Providing Appropriate Tools Required to Intercept

Ralf Dahrendorf ha advertido cómo la Inglaterra del siglo XVII redescubrió la teoría del contrato social en una situación de desorden, de guerra civil y regicidio. «Las vívidas descripciones del estado de naturaleza [no son] meros productos de la imaginación de Thomas Hobbes o John Locke» (Dahrendorf 1994, p. 28), sino que responden a la percepción de la realidad social correspondiente a un episodio histórico específico. La teoría política de estos autores es expresión del esfuerzo por reconstruir las formas de legitimación y de ejercicio del poder, así como una nueva orientación de los fines de gobierno, que sustituyeran los esquemas políticos tradicionales. De forma especialmente clara, Hobbes construyó su edificio teórico sobre la situación de incertidumbre y miedo motivada por un contexto de inestabilidad política y conflictos bélicos –la guerra de los Treinta años que asoló Europa entre 1618 y 1648, y la guerra civil inglesa entre 1642 y 1649–. Siguiendo a Hardt y Negri, podría trazarse un cierto paralelismo entre la Europa del siglo XVII y la «globalidad» de inicios del XXI. Como en aquel contexto, hoy la guerra se ha convertido en una situación generalizada y permanente. «La aparición de violencia letal es una posibilidad constante, siempre dispuesta a estallar en cualquier momento y lugar»⁶². No se trata de guerras aisladas, sino de «un *estado de guerra general y global* que erosiona la distinción entre la guerra y la paz, de manera que no podemos imaginar una paz verdadera, ni albergar una esperanza de paz» (Hardt/ Negri 2004, p. 25).

En esta situación, el sentimiento de «excepcionalidad permanente» se ha instalado de nuevo en la conciencia colectiva. De modo que los riesgos para la seguridad se transforman, una vez más, en riesgos para la libertad, especialmente para aquellos que son en sí mismo «un riesgo» a ojos del Leviatán.

and Obstruct Terrorism Act of 2001» –es decir, «uniendo y fortaleciendo América a través de los recursos adecuados para interceptar y detener el terrorismo»– permite, entre otras medidas, los «pinchazos» telefónicos y cibernéticos sin orden judicial previa, consiente el acceso a datos médicos, profesionales, académicos y financieros de cualquier sospechoso, habilita a la policía a inspeccionar los libros que alguien ha sacado de una biblioteca o que ha comprado en cualquier librería, y, para los ciudadanos extranjeros, ampara la encarcelación preventiva basada en meras sospechas, la deportación, y la denegación del permiso de entrada sin necesidad de justificación expresa. El Senado consiguió introducir una cláusula temporal a la norma que expira al final de 2005, momento en que deberá ser nuevamente discutida, aunque Bush ya ha expresado reiteradamente al Congreso su voluntad de que la *Patriot Act* sea prorrogada. Otro claro ejemplo lo constituye la Ley de Prevención del Terrorismo aprobada en 2005 en Gran Bretaña, que ha sustituido a la legislación aprobada en 2001 –derogada en diciembre de 2004 por la Cámara de los Lores por considerar que atentaba contra las libertades civiles: permitía, entre otras medidas, la detención indefinida sin juicio ni acusación concreta de extranjeros sospechosos–. El gobierno de Tony Blair tuvo que «ceder» en algunos puntos del contenido de la nueva Ley durante su tramitación, ante las reticencias de la Cámara de los Lores, admitiendo finalmente la implicación del Poder Judicial en el control de sospechosos y la revisión de la Ley al cabo de un año. Aún así, el texto finalmente aprobado permite la expedición de «órdenes de control» ante la mera existencia de una «sospecha razonable», y entre las medidas a adoptar, reconoce la posibilidad de arresto domiciliario sin cargos contra sospechosos de terrorismo.

62. Como ya observara Hobbes, «la guerra no consiste solamente en batallar, en el acto de luchar, sino que se da durante el lapso de tiempo en que la voluntad de luchar se manifiesta de modo suficiente» (Hobbes 1987, p. 102).

Bibliografía citada

- AGRA, C. DA y otros (eds.) (2003): *La seguridad en la sociedad del riesgo. Un debate abierto*, Barcelona: Atelier.
- ALEXANDER, J. C. y SMITH, P. (1996): "Social Science and Salvation: Risk Society as Mythical Discourse", *Zeitschrift für Soziologie* 25(4), p. 251-262.
- ALVITE, P. (1998): "El papel del Derecho en la producción social del neo-racismo: de las sociedades disciplinarias a las sociedades del control del riesgo", en BODELÓN, E. y T. PICONTO NOVALES (coords.): *Transformaciones del Estado y del Derecho contemporáneos. Nuevas perspectivas de investigación socio-jurídica*, Madrid: Dykinson e Instituto odrígueznal de Sociología Jurídica de Oñati, p. 77-90.
- BARCELONA, P. (1996): *El individualismo propietario*, trad. J. E. García Rodríguez, Madrid: Trotta.
- BAUMAN, Z. (1996): "Orden y ambivalencia", en BERIAIN, J. (comp.) (1996): *Las consecuencias perversas de la modernidad*, trad. C. Sánchez Capdequí, Barcelona: Anthropos, p. 73-119.
- , (2003): *Modernidad líquida*, trad. M. Rosenberg y J. Arrambide Squirru, Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica de Argentina.
- , (2004): "El eterno retorno de la violencia", en BERIAIN, J. (ed.), *Modernidad y violencia colectiva*, Madrid: CIS, p. 17-48.
- BECK, U. (1996a): "Teoría de la sociedad del riesgo", en BERIAIN, J. (comp.) (1996): *Las consecuencias perversas de la modernidad*, trad. C. Sánchez Capdequí, Barcelona: Anthropos, p. 201-222.
- , (1996b): "Teoría de la modernización reflexiva", en BERIAIN, J. (comp.) (1996): *Las consecuencias perversas de la modernidad*, trad. C. Sánchez Capdequí, Barcelona: Anthropos, pp. 223-265.
- , (1998a): *La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad*, trad. J. Navarro, D. Jiménez y M^a. R. Borrás, Barcelona: Paidós.
- , (1998b): "Politics of Risk Society", en FRANKLIN, J. (ed.): *The Politics of Risk Society*, Cambridge: Polity Press, p. 9-22.
- , (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), p. 39-55.
- , (2004): *Poder y contra-poder en la era global. La nueva economía política mundial*, trad. R. S. Carbó, Barcelona: Paidós.
- BECK, U. y E. BECK-GERNSHEIM (2003): *La individualización: el individualismo institucionalizado y sus consecuencias sociales y políticas*, trad. Bernardo Moreno, Barcelona: Paidós.
- BERIAIN, J. (comp.) (1996): *Las consecuencias perversas de la modernidad*, trad. C. Sánchez Capdequí, Barcelona: Anthropos.

- , (2004): “La dialéctica de la modernidad: las metamorfosis de la violencia colectiva moderna y postmoderna”, en BERIAIN, J. (ed.): *Modernidad y violencia colectiva*, Madrid: CIS, p. 79-133.
- BERNUZ BENEÍTEZ, M^a. J. (2003): “La percepción de los jóvenes antisociales como grupo de riesgo social”, en AGRA, C. DA y otros (eds.) (2003): *La seguridad en la sociedad del riesgo. Un debate abierto*, Barcelona: Atelier, p. 261-277.
- BERNUZ BENEÍTEZ, M^a. J. y R. SUSÍN BETRÁN (coords.) (2003): *Ciudadanía. Dinámicas de pertenencia y exclusión*, Logroño: Universidad de La Rioja.
- BOBBIO, N. (1991): *Thomas Hobbes*, trad. M. Escrivá de Romani, Barcelona: Paradigma.
- BORRADORI, G. (2003): *La filosofía en una época de terror. Diálogos con Jürgen Habermas y Jacques Derrida*, trad. J. J. Botero y L. E. Hoyos, Madrid: Taurus.
- BURCHELL, G.; C. GORDON y P. MILLER (eds.) (1991): *The Foucault Effect. Studies in Governmentality*, Chicago: The University of Chicago Press.
- BURTON-ROSE, D.; D. PENS y P. WRIGHT (eds.) (2002): *El encarcelamiento de América. Una visión desde el interior de la industria penitenciaria de EE.UU.*, Barcelona: Virus.
- CAMPIONE, R. (2003): “El que algo quiere algo le cuesta: notas sobre la Kollateralschädengesellschaft”, en AGRA, C. DA y otros (eds.) (2003): *La seguridad en la sociedad del riesgo. Un debate abierto*, Barcelona: Atelier, p.11-26.
- DAHRENDORF, R. (1994): *Ley y orden*, trad. L.M. Díez-Picazo, Madrid: Civitas.
- DASTON, L. (1995): *Classical Probability in the Enlightenment*, Princeton: University Press.
- DAVIS, M. (2001): *Más allá de Blade Runner. Control urbano: la ecología del miedo*, Barcelona: Virus.
- , (2003): *Ciudad de cuarzo. Arqueología del futuro en Los Ángeles*, trad. R. Reig, Madrid: Lengua de Trapo.
- DE GIORGI, A. (2005): *Tolerancia cero. Estrategias y prácticas de la sociedad de control*, trad. I. Rivera Beiras y M. Monclús Masó, Barcelona: Virus.
- DE LUCAS, J. (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, p. 105-132.
- DE MARINIS CÚNEO, P. (1999): “Gobierno, gubernamentalidad, Foucault y los anglofoucaultianos (o un ensayo sobre la racionalidad política del neoliberalismo)”, en RAMOS TORRE, R. y F. GARCÍA SELGAS (eds.) (1999): *Globalización, riesgo, reflexividad. Tres temas de la teoría social contemporánea*, Madrid: CIS, p. 73-103.
- DEAN, M. (1999): “Risk, calculable and incalculable”, en LUPTON, D. (ed.) (1999): *Risk and Sociocultural Theory. New Directions and Perspectives*, Cambridge: Cambridge University Press, p. 131-159.
- DEBORD, G. (2003): *La sociedad del espectáculo*, trad. J. L. Pardo, Valencia: Pre-Textos.
- DELEUZE, G. (1999): “Post-scriptum sobre las sociedades de control”, en DELEUZE, G., *Conversaciones, 1972-1990*, trad. J. L. Pardo, Valencia: Pre-textos, p. 277-290.
- DELUMEAU, J. (2001): *El miedo en Occidente (Siglos XIV-XVIII): una ciudad sitiada*, trad. M. Armiño y F. Gutiérrez, Madrid: Taurus.

- DOMÍNGUEZ FIGUEIRIDO, J. L. y A. RODRÍGUEZ BASANTA (2003): “Lógica actuarial, seguridad y sistema de justicia criminal”, en AGRA, C. DA y otros (eds.) (2003): *La seguridad en la sociedad del riesgo. Un debate abierto*, Barcelona: Atelier, p. 329-351.
- DOUGLAS, M. (1990): “Risk as Forensic Resource”, *Daedalus* 119(4), p. 1-15.
- , (1991): *Pureza y peligro. Un análisis de los conceptos de contaminación y tabú*, Madrid: Siglo XXI.
- , (1994): *Risk and Blame. Essays in Cultural Theory*, Londres: Routledge.
- DOUGLAS, M. y A. WILDAVSKY (1983): *Risk and Culture. An Essay on the Selection of Technological and Environmental Dangers*, Berkeley: University of California Press.
- ESCOHOTADO, A. (1999): *Caos y Orden*, Madrid: Espasa.
- ESTEVE PARDO, J. (2003): “De la policía administrativa a la gestión de riesgos”, *Revista española de Derecho Administrativo* 119, p. 323-346.
- EWALD, F. (1986): *L'Etat Providence*, París: Grasset & Fasquelle.
- , (1991): “Insurance and Risk”, en BURCHELL, G.; C. GORDON y P. MILLER (eds.) (1991): *The Foucault Effect. Studies in Governmentality*, Chicago: The University of Chicago Press, p. 197-210.
- , (1993): “Two Infinities of Risk”, en MASSUMI, B. (ed.), *The Politics of Everyday Fear*, Minneapolis: University of Minesota Press, p. 221-228.
- FEELEY, M. y SIMON, J. (1994): “Actuarial Justice: The Emerging New Criminal Law”, en NELKEN, D. (ed.), *The Futures of Criminology*, Londres: Sage Publications, p. 173-201.
- FLOUD, J. (1982): “Dangerousness and Criminal Justice”, *British Journal of Criminology* 22, p. 213-228.
- FOUCAULT, M. (1990): *Vigilar y castigar: nacimiento de la prisión*, trad. A. Garzón del Camino, Madrid: Siglo XXI.
- , (1991): “Governmentality”, en BURCHELL, G.; C. GORDON y P. MILLER (eds.) (1991): *The Foucault Effect. Studies in Governmentality*, Chicago: The University of Chicago Press, p. 87-104.
- GARCÍA INDA, A. (2003): “Ciudadanía y cultura de los derechos: el ‘ciudadano consumidor’”, en BERNUZ BENEÍTEZ, M^a. J. y R SUSÍN BETRÁN (coords.) (2003): *Ciudadanía. Dinámicas de pertenencia y exclusión*, Logroño: Universidad de La Rioja, p. 59-74.
- GARCÍA INDA, A. y R. SUSÍN BETRÁN (1995): “Libertad y seguridad en la crisis del bienestar”, *Cuadernos de política criminal* 55, p. 329-366.
- 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.
- , (1996): “Modernidad y autoidentidad”, en BERIAIN, J. (comp.) (1996): *Las consecuencias perversas de la modernidad*, trad. C. Sánchez Capdequí, Barcelona: Anthropos, p. 33-72.
- , (2000): *Un mundo desbocado. Los efectos de la globalización en nuestras vidas*, trad. P. Cifuentes, Madrid: Taurus.
- GRAY, J. (1994): *Liberalismo*, trad. M^a. T. de Mucha, Madrid: Alianza.

- HARDT, M. y A. NEGRI, (2004): *Multitud. Guerra y democracia en la era del Imperio*, Barcelona: Debate.
- HOBBS, T. (1987): *Leviatán. O la materia, forma y poder de una República eclesiástica y civil*, trad. M. Sánchez Sarto, México D.F.: Fondo de Cultura Económica.
- HOLLOWAY, W. y T. JEFFERSON, (1997): "The risk society in an age of anxiety: situating fear of crime", *The British Journal of Sociology* 48(2), p. 255-266.
- HORKHEIMER, M. y T. W. ADORNO, (1994): *Dialéctica de la Ilustración. Fragmentos filosóficos*, trad. J.J. Sánchez, Madrid: Trotta.
- JOAS, H. (2005): *Guerra y modernidad*, trad. B. Moreno Carrillo, Barcelona: Paidós.
- JÜNGER, E. (2005): *El mundo transformado, seguido de El instante peligroso*, ed. N. Sánchez Durá, trad. E. Fernández Palacios, Valencia: Pre-Textos.
- KAESPERSON, R. E. (1992): "The Social Amplification of Risk: Progress in Developing an Integrative Framework", en KRIMSKY, S. y D. GOLDING, (eds.) (1992): *Social Theories of Risk*, Westport: Praeger Publishers, p. 153-178.
- KISS, A. (1986): "Droit et risque", *Documentation Française*, p. 153-178.
- KRIMSKY, S. (1992): "The Role of Theory in Risk Studies", en KRIMSKY, S. y D. GOLDING, (eds.) (1992): *Social Theories of Risk*, Westport: Praeger Publishers, p. 3-22.
- KRIMSKY, S. y D. GOLDING, (eds.) (1992): *Social Theories of Risk*, Westport: Praeger Publishers.
- LA BOÉTIE, E. (1978): *Sobre la servidumbre voluntaria*, Barcelona: Etcétera.
- LOWI, T. J. (1990): "Risks and Rights in the History of American Governments", *Daedalus* 119(4), p. 17-39.
- LUHMANN, N. (1992): *Sociología del riesgo*, trad. J. Torres Nafante (coord.), México: Universidad Iberoamericana y Universidad de Guadalajara.
- LUPTON, D. (ed.) (1999): *Risk and Sociocultural Theory. New Directions and Perspectives*, Cambridge: Cambridge University Press.
- MARSHALL, T. (1998): "Ciudadanía y clase social", en MARSHALL, T. y BOTTOMORE, T., *Ciudadanía y clase social*, Versión de P. Linares, Madrid: Alianza, p. 13-82.
- MARX, K. Y F. ENGELS (1981): *El manifiesto comunista*, trad. W. Roces, Madrid: Ayuso.
- MENDOZA BUERGO, B. (2003): "Gestión del riesgo y política criminal de seguridad en la sociedad del riesgo", en AGRA, C. DA y otros (eds.) (2003): *La seguridad en la sociedad del riesgo. Un debate abierto*, Barcelona: Atelier, p. 67-89.
- MORO ABADÍA, O. y A. PELAYO GONZÁLEZ-TORRE (2003): "Hacia una 'cartografía' del poder: Michel Foucault", *Anuario de Filosofía del Derecho*, Nueva época, Tomo XX, p. 207-226.
- O'MALLEY, P. (1996): "Risk and Responsibility", en BARRY, A.; T. OSBORNE y N. ROSE (eds.) (1996): *Foucault and political reason: liberalism, neo-liberalism and rationalities of government*. London: UCL Press, p. 189-207.
- , (1998): (ed.) *Crime and The Risk Society*, Aldershot: Dartmouth.
- PIETERMAN, R. (2001): "Culture in the Risk Society. An Essay on the Rise of Precautionary Culture", *Zeitschrift Für Rechtssoziologie* 22(2), p. 145-168.

- PRIETO NAVARRO, E. (1999): "Sobre los límites y posibilidades de la respuesta jurídica al riesgo", en AGRA, C. DA y otros (eds.) (2003): *La seguridad en la sociedad del riesgo. Un debate abierto*, Barcelona: Atelier,, p. 27-46.
- RAMOS TORRE, R. y F. GARCÍA SELGAS, (eds.) (1999): *Globalización, riesgo, reflexividad. Tres temas de la teoría social contemporánea*, Madrid: CIS.
- REITH, G. (2004): "Uncertain Times. The Notion of 'Risk' and the Development of Modernity", *Time&Society* 13(2/3), p. 383-402.
- RIVERA, I. y M. MONCLÚS (2005): "Presentación", en DE GIORGI, A. (2005): *Tolerancia cero. Estrategias y prácticas de la sociedad de control*, trad. I. Rivera Beiras y M. Monclús Masó, Barcelona: Virus, p. 5-26.
- RODRÍGUEZ IBÁÑEZ, J. E. (1999): "¿Nuevos tiempos modernos? Intento de delimitación sociológica, de la polémica modernidad-posmodernidad", en RAMOS TORRE, R. y F. GARCÍA SELGAS, (eds.) (1999): *Globalización, riesgo, reflexividad. Tres temas de la teoría social contemporánea*, Madrid: CIS, p. 137-166.
- RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, J. (1999): "El riesgo como utopía negativa. Notas para una reflexión", en RAMOS TORRE, R. y F. GARCÍA SELGAS, (eds.) (1999): *Globalización, riesgo, reflexividad. Tres temas de la teoría social contemporánea*, Madrid: CIS, p. 191-204.
- ROSE, N. (1997): "El gobierno en las democracias liberales 'avanzadas': del liberalismo al neoliberalismo", *Archipiélago* 29, p. 25-40.
- SIMON, J. (1987): "The Emergence of a Risk Society: Insurance, Law, and the State", *Socialist Review* 95, p. 31-89.
- 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.
- , (2003): "El tratamiento de los 'ciudadanos' pobres. La aportación de los programas de ingresos mínimos de inserción", en BERNUZ BENEÍTEZ, M^a. J. y R SUSÍN BETRÁN (coords.) (2003): *Ciudadanía. Dinámicas de pertenencia y exclusión*, Logroño: Universidad de La Rioja, p. 19-57.
- TAMAYO, J. J. (2005): "La teología política de Bush: una teología de la muerte", *Claves de Razón Práctica* 12, p. 62-65.
- TÖNNIES, F. (1988): *Hobbes*, trad. E. Imaz, Madrid: Alianza.
- TRÍAS, E. (2005): *La política y su sombra*, Barcelona: Anagrama.
- VILLEY, M. (2003): *La formation de la pensée juridique moderne*, París: Presses Universitaires de France.
- WACQUANT, L. (2001): *Las cárceles de la miseria*, trad. H. Pons, Madrid: Alianza.
- , (2003): "Penalización de la miseria y proyecto político neoliberal", *Archipiélago. Cuadernos de crítica de la cultura*, p. 61-74.
- WILDAVSKY, A. y K. DAKE (1990): "Theories of Risk Perception: Who Fears What and Why?", *Daedalus* 119(4), p. 41-59.

LIBERTAD, SEGURIDAD, SOCIEDAD DEL RIESGO Y “DERECHO PENAL DEL ENEMIGO”

EDUARDO DEMETRIO CRESPO
Universidad de Castilla-La Mancha

ÍNDICE: 1. PUNTO DE PARTIDA METODOLÓGICO Y FILOSÓFICO-POLÍTICO; 2. “DERECHO PENAL DEL ENEMIGO” COMO INVOLUCIÓN POLÍTICO-CRIMINAL; 3. SOCIEDAD DEL RIESGO Y EXPANSIÓN DEL DERECHO PENAL; 4. CONCLUSIÓN GENERAL; BIBLIOGRAFÍA CITADA

1. Punto de partida metodológico y filosófico-político

La discusión acerca de la contraposición entre seguridad y libertad pertenece sin duda a los temas clásicos de la Filosofía del Derecho, y en particular, de la Filosofía Política. La enorme repercusión que éste tiene para el Derecho Penal se explica ya por este solo motivo. Como veremos, estos tópicos, “libertad-seguridad”, “hermenéutica del deber-hermenéutica de la libertad”, “ser-deber ser del derecho” conectan con modelos de pensamiento de la Filosofía Política, que a su vez se vierten al Derecho Penal a través de la discusión acerca de los fines de la pena. Estos constituyen el alfa y el omega del Derecho Penal, punto de partida y punto de llegada de la mayor parte de las reflexiones que afectan a su evolución dogmática o/y político-criminal. En el debate se pueden distinguir al menos un punto de partida propio de la metodología jurídica y uno propio de la filosofía política.

Respecto al primero cabe decir que en la actual discusión neoconstitucionalista se replantea la *relación entre el ser y el deber del Derecho*: mientras que aquel puede ser muy diverso, éste, por el contrario, es o aspira a ello, muy semejante (García Figueroa 2003, p. 159-ss.). Desde esta perspectiva, como explica García Figueroa, se trata de hallar algún vínculo del ser del Derecho con su deber ser: el *aspecto material* de la constitucionalización del ordenamiento consiste en la recepción por el ordenamiento de ciertas exigencias de la moral crítica bajo la forma de derechos fundamentales (carga axiológica); el *aspecto estructural-funcional* de dicha constitucionalización viene dado por la estructura de las normas constitucionales y el tipo de argumentación que estas fomentan basada en los principios constitucionales, que permiten expandir su ámbito de influencia (*Ausstrahlungswirkung*) (García Figueroa 2003, p. 165). Como advierte

Díaz (1999, p. 4-5) «esta necesaria y autónoma diferenciación opuesta por si misma a toda unificación que implique fusión y confusión de ambas dimensiones (iusnaturalismo tradicional), no se reduce ni se identifica tampoco en modo alguno con la incomunicación, ruptura y escisión entre ambas (positivismo extremo)». Pues bien, esta tensión entre el ser y el deber ser del Derecho se refleja en el Derecho Penal, en la delimitación entre funciones y fines del mismo (Silva Sánchez 1992, p. 194; Ferrajoli 1995; Pérez Manzano 1986, p. 217-ss; Demetrio Crespo 1999, p. 56-ss). Estos últimos legitiman su intervención, aquellas pueden entrar en disonancia con estos últimos, y contribuir acaso a lo contrario. Esta es una problemática subyacente al debate acerca de la seguridad y la libertad en el Derecho penal porque, como veremos después, tras los actuales modelos político-criminales de la seguridad se albergan funciones simbólicas vinculadas a determinadas exigencias sociales¹, que no se corresponden exactamente a mi juicio con la finalidad básica del Derecho Penal del hecho, a la que algunos renuncian, consistente en la protección de bienes jurídicos (Hirsch 2001; Alcacer Guirao 2003; Portilla Contreras 2004/1).

Respecto al segundo no cabe duda de que tras la contraposición seguridad-libertad se hallan diferentes tradiciones filosófico-políticas que explican los términos de la relación de modo diverso: el liberalismo y el comunitarismo. El liberalismo no es una doctrina unitaria, y a los autores clásicos como Hobbes, Mandeville, Locke, Adam Smith, Voltaire, Kant, Bentham y J.S Mill, se han unido en el siglo XX múltiples versiones del liberalismo como las de Popper, Hayek, Nozick, y Dworkin (VV.AA, 2003, p. 526). Especialmente significativas para la Filosofía política han sido sin duda en tiempos recientes la obra de Rawls (1995) y Habermass (1998/1; 1998/2). Frente al énfasis liberal en la razón y los derechos individuales básicos, el comunitarismo estima que con ello se infravalora la importancia de la comunidad, condición indispensable para crear un marco social cohesionado y justo. Aparte de la obra de Tönnies *Gemeinschaft und Gesellschaft* (1887), autores de la talla de Marx, Nietzsche, Weber, Simmel, Adorno, Heidegger, Arendt, etc, y más recientemente Alasdair MacIntyre y Charles Taylor, han llevado a cabo reflexiones críticas en este sentido (AA.VV, 2003, p. 100-101).

Ciertamente, como advierte Alcacer Guirao, “lo que caracteriza a la institución social de la pena y confiere a la discusión sobre la misma hondas raíces éticas en su carácter de doble filo respecto a la libertad individual, que, por un lado, protege de forma colectiva, pero que por otro vulnera con su imposición” (Alcacer Guirao 2002). Esta discusión sobre la legitimidad del Derecho Penal se plasma en el binomio *prevención-garantías*, en permanente conflicto (a mayor prevención, mayor detrimento de las garantías; y a mayor maximización de las garantías, menor funcionalidad preventiva). Tras este binomio cabe descubrir diversas formas de racionalidad, en particular una teleológica (*Zweckrationalität*), y una deontológica o valorativa (*Wertrationalität*), que se corresponden con dos tradiciones éticas: la utilitarista y la kantiana².

1. De especial interés, Díez Ripollés 1998, 2001, 2003.

2. Más ampliamente, por todos, Alcacer Guirao 1999, p. 177-ss; 2002, p. 139-ss.

Como han señalado autores como Haffke (1976), Naucke (1979), Kunz (1986), y otros muchos, la solución pasaría por buscar una ponderación o equilibrio entre estos dos polos. En el terreno de los fines de la pena, han sido las teorías de la prevención general positiva en sus diferentes variantes las encargadas de intentar lograr la armonía entre los dos polos, en particular, entre las exigencias de la prevención y las derivadas de la culpabilidad³. Las variantes teóricas y las aportaciones doctrinales en este terreno son prácticamente inabarcables y no es el objetivo de este trabajo entrar a fondo en ellas, pero sí tratar de establecer el vínculo entre la variante sistémica de la prevención general positiva y el llamado “derecho penal del enemigo”⁴.

2. “Derecho penal del enemigo” como involución político-criminal

Las últimas reformas del Código Penal español han sido objeto de preocupación y crítica por parte de la doctrina penal al entender que a ellas subyace un modelo político-criminal que antepone la seguridad a las garantías⁵. Es necesario por tanto preguntarse acerca de su legitimidad y compatibilidad con el “Derecho Penal del hecho” propio del Estado de Derecho. La lógica consecuencia de este planteamiento será argumentar si el derecho a la seguridad es realmente tal, o si la seguridad es sólo un aspecto dependiente de la garantía de los derechos de las personas (de todas las personas) frente al Estado y frente a terceros. No se trata de una especulación teórica, sino de una pregunta que afecta a los Derechos Fundamentales de las personas: ¿se trata de intereses en conflicto, o encuentran su síntesis en un concepto de libertad que tiene en la seguridad uno de sus presupuestos? (Gómez Martín 2004, p. 62).

Es necesario aclarar si una intervención más incisiva del Derecho Penal realmente aporta seguridad o inseguridad. Si concedemos a la seguridad un estatuto autónomo posiblemente pisemos terreno firme para defender la idea de que un recrudescimiento del Derecho Penal es legítimo en la medida en que ello sea necesario para proteger el derecho a la seguridad de los que no delinquen. Si por el contrario entendemos que de lo que se trata realmente es de proteger bienes jurídicos, bajo la consideración de que cualquier ciudadano puede en un momento dado delinquir, la idea de la seguridad no puede ponerse al servicio de una merma de garantías en ningún caso, porque lo que se está introduciendo es inseguridad. La idea de la “seguridad” que justifica el recrudescimiento punitivo es en parte real, en parte simbólica, en parte objetiva, en parte subjetiva, difícil de delimitar. La “inseguridad” que puede conllevar se transforma en inseguridad jurídica a través por ejemplo de la indeterminación en la tipificación de las conductas, la indefinición de los bienes jurídicos protegidos, el adelantamiento de la

3. Sobre los diferentes modelos de pensamiento, Schumann (1989); Demetrio Crespo (1999, p. 114-ss).

4. Acerca del funcionalismo en el Derecho penal, entre otras referencias, vid: García Amado (2000); Peñaranda Ramos (2000); Portilla Contreras (2002/1).

5. Entre otras referencias, *vid*: Acale Sánchez (2004); Cugat Mauri (2004); Quintero Olivares (2004/1) (2004/2); Pérez Cepeda (2005).

punibilidad mediante los delitos de peligro, o en general, de la relajación de las garantías en busca de la presunta eficacia.

La tesis fundamental aquí sostenida es que el llamado “discurso de las garantías” no es una especie de lujo al que cabe renunciar en tiempos de crisis, y menos una tesis conservadora. En mi opinión es un discurso claramente progresista y crítico porque pretende salvaguardar un modelo de Derecho Penal estrictamente vinculado a las garantías del Estado de Derecho que deben regir para todas las personas. Sustituir la “racionalidad valorativa” inherente al mismo por una “racionalidad pragmática” (Díez Ripollés 2004, p. 41), justamente cuando hace falta defender esos principios, es una forma de dar validez a una transformación de los parámetros político-criminales altamente discutible. Por otro lado, la loable pretensión de que el Derecho Penal afecte también a los comportamientos de los poderosos vulneradores de bienes jurídicos no debe hacer olvidar que estos no han sido, no son, y tampoco serán en el futuro los destinatarios principales de la maquinaria de “violencia institucional” en que consiste el Derecho Penal. Sin duda son muchos los rostros del Derecho Penal, y uno que no es posible olvidar en ningún caso, es el protector y garantista (Hassemer 2005).

La construcción de la Ciencia Penal tal y como hoy la entendemos se inicia con el pensamiento de la Ilustración (Prieto Sanchís 2003, *passim*), significativamente con la famosa obra de Beccaria (1738-1794) *De los Delitos y de las penas* (1764), en la que el autor plantea una serie de retos relativos a la “humanización” del Derecho Penal, que todavía hoy no han perdido en absoluto su vigencia. Por otro lado, desde Von Liszt (1851-1919), el Derecho Penal es considerado la “Carta Magna del delincuente” y, en todo caso, “la barrera infranqueable de la política criminal”, como el autor se esfuerza en poner de relieve en su famoso *Programa de la Universidad de Marburgo de 1882*.

Desde el punto de vista político-criminal, parece que en la Ciencia Penal ha habido cierto consenso en las últimas décadas en torno a la idea de que el Derecho Penal es la forma más grave de intervención del Estado frente al individuo, que tiene para éste último unas consecuencias altamente estigmatizadoras, y que por ello es preciso restringir y justificar al máximo su intervención. Esta idea, junto a la crisis del pensamiento resocializador, hace que se planteen en un determinado momento, diversas propuestas que van desde las puramente abolicionistas hasta las reduccionistas del sistema penal. Estas últimas vienen representadas inicialmente por la búsqueda de *alternativas a la pena privativa de libertad, la vía despenalizadora*, en abierta oposición a la tendencia expansionista del Derecho Penal contemporáneo, y las propuestas consistentes en devolver protagonismo a *la víctima en el conflicto penal* (Demetrio Crespo 1999, p. 51-ss.).

Sin embargo, el *debate sobre la legitimidad del Derecho Penal*, centrado hace no demasiado tiempo en este vector (*propuestas abolicionistas-propuestas reduccionistas*), puede caracterizarse hoy más claramente con el binomio *reduccionismo versus expansión*⁶, es decir, con el debate propio del contexto y exigencias de lo que se ha dado en

6. Sobre la evolución, ampliamente, Demetrio Crespo (2004, p. 87-ss.).

llamar “modernización del Derecho Penal”. Esta modernización, para la que algún autor aboga con gran determinación (Gracia Martín 2003) frente al por él tildado como “discurso de la resistencia”, que no duda en calificar como “ultraliberal y reaccionario”, comprende, sin embargo, construcciones como el llamado “**Derecho penal del enemigo**”⁷ –que pretende despojar de la categoría de ciudadanos a determinados sujetos, que deben ser tratados como meras “fuentes de peligro”, a los que hay que neutralizar a cualquier precio (Cancio Meliá 2003, p. 31-ss.)– frente al que cabe preguntarse si la correspondiente “modernización” representa realmente una evolución, o más bien, como aquí se sugiere, una involución lamentable. El “Derecho penal del enemigo” puede caracterizarse, entre otras notas, por un amplio adelantamiento de la punibilidad, la adopción de una perspectiva fundamentalmente prospectiva, un incremento notable de las penas, y la relajación o supresión de determinadas garantías procesales individuales (Cancio Meliá 2003, p. 37; Jakobs 2004, p. 53-ss.).

El principal teórico del concepto en la discusión actual, Jakobs, lo explica subrayando que el Derecho penal conoce dos polos o tendencias de sus regulaciones, el *trato con el ciudadano*, en el que se espera hasta que éste exterioriza su hecho para reaccionar con el fin de confirmar la estructura normativa de la sociedad, y por otro, el *trato con el enemigo*, que es interceptado muy pronto en el estado previo y al que se combate por su peligrosidad (2003, p. 19-ss, 42-43). En su opinión, ningún contexto normativo, incluyendo como tal a la persona en Derecho, es tal por sí mismo, sino que sólo es real cuando determina a grandes rasgos a la sociedad. Esta tesis le lleva a sostener que quien no presta una seguridad cognitiva suficiente de un comportamiento personal, no puede esperar ser tratado como persona, pues de lo contrario se vulneraría el derecho a la seguridad de las demás personas; y que, por tanto, sería completamente erróneo demonizar el llamado “Derecho penal del enemigo”, pues de este modo no se alcanza una solución al problema de los individuos que no permiten su inclusión en una constitución ciudadana (Jakobs 2003, p. 47-48).

Lamentablemente dicha concepción no es sólo teórica, sino efectivamente existente en nuestra legislación penal y procesal penal (en materia de terrorismo, tráfico de drogas o inmigración), y en la praxis de la política internacional (la que, de forma cruda, no se pregunta por “las causas” de fenómenos tan complejos como el terrorismo, sino que sólo quiere combatir “los efectos”, incluso mediante “guerras preventivas” o “asesinatos selectivos”). Siendo así, no se trata lógicamente de “matar al mensajero”, pero tampoco, de mantener una actitud puramente “descriptivo-explicativa” (“aparentemente neutral”), y todavía menos “directa o indirectamente legitimadora”, sobre la base de un débil, y en todo caso cuestionable, fundamento filosófico subyacente, sino que corresponde, en mi opinión, poner de relieve que tal Derecho no puede ser el Derecho Penal propio de un Estado de Derecho (y que, al margen de éste no puede

7. Entre otras referencias, se pueden consultar Aponte (2004, 2005); Cancio Meliá (2003, 2005); Gracia Martín (2004); Jakobs/Cancio (2003); Jakobs (1985, 2004); Portilla Contreras (2002/2, 2004/2; 2004/3); Muñoz Conde (2004, 2005); Pérez del Valle (2001); Prittwitz (2004); Ramos Vázquez (2004).

tampoco existir o coexistir Derecho alguno con pretensión de validez) por más que sus artífices políticos (del Derecho Penal del enemigo) lo invoquen (al Estado de Derecho) permanentemente (Demetrio Crespo 2004, p. 87-ss.).

Es más, cabe afirmar que el llamado “Derecho Penal del enemigo”, toda vez que fija sus objetivos primordiales en combatir a determinados grupos de personas, abandona el principio básico del Derecho Penal del hecho (al respecto, Hirsch 2002, p. 253-ss), convirtiéndose en una manifestación de las tendencias autoritarias del ya históricamente conocido como “**Derecho Penal de autor**” (Cancio Meliá 2003/2, p. 57-ss., 100-ss.). Por esta razón, la vía argumentativa de la eficacia y la seguridad, sin perjuicio de las consecuencias que de la misma se puede extraer por vía negativa, está vedada en la esfera axiológica, pues, como es sabido, la validez no puede derivarse en ningún caso de la eficacia (Kelsen 1993, p. 217-ss.). El “Derecho Penal del enemigo” es consecuencia, en mi opinión, entre otros factores, del **uso simbólico del Derecho Penal** (entendiendo por tal, con carácter general, aquel que persigue fines distintos a la protección de bienes jurídicos en el marco constitucional), y de la propia **crisis del Estado social** (Ferrajoli 1999, p. 15-ss.).

3. Sociedad del riesgo y expansión del Derecho penal

Generalmente la experiencia demuestra la existencia de cierta *divergencia entre los planteamientos teóricos y la realidad empírica* sobre el grado de plasmación de los mismos en los hechos. Pero, en el momento actual, la divergencia entre los planteamientos a propósito del Derecho Penal mínimo, así como de las diferentes propuestas abolicionistas y reduccionistas del sistema penal, y la realidad, es tan contundente que ha permitido hablar incluso de *la insostenible situación del Derecho Penal* (AA.VV. 2000; AA.VV. 2003).

Tanto es así que se afirma que la expresión “Derecho Penal mínimo” es ya un tópicos desprovisto de contenido concreto (Silva Sánchez 2001, p. 15). Frente a este modelo axiológico se erige en la actualidad un fenómeno de “expansión” del ámbito de lo punible en clara contradicción con la pretensión de reducir el Derecho Penal a un núcleo duro correspondiente en esencia al llamado “Derecho Penal clásico” (“*Kernstrafrecht*”), como propugna significativamente la llamada “Escuela de Frankfurt” (Hassmer 1999/1, 1999/2). Esta expansión es consecuencia del nacimiento de un “nuevo” Derecho Penal, llamado por algunos “Derecho Penal accesorio” (“*Nebenstrafrecht*”), dirigido a proteger nuevos bienes jurídicos característicos de la sociedad postindustrial. Frente a los postulados axiológicos del modelo del Derecho Penal mínimo parecen imponerse, pues, las *exigencias de intervención penal procedentes de una sociedad caracterizada modernamente como una “sociedad de riesgos”*⁸. Esta sociedad se caracteriza por varias peculiaridades entre las que destacan el extraordinario incremento de

8. Vid., entre otras referencias, Beck (1998), (2002); Herzog (1991); Kindhäuser (1992); Kuhlén (1994); Mendoza Buergo (2001); Moccia (1997); Prittwitz (1993); Soto Navarro (2003).

las interconexiones causales, y la sustitución de los contextos de acción individuales por contextos de acción colectivos, en los que el contacto interpersonal se reemplaza por una forma de comportamientos anónima y estandarizada (Schünemann 1996, p. 30-31).

El debate sobre la idoneidad del Derecho Penal para proteger bienes jurídicos de carácter colectivo se ha llevado a sus últimas consecuencias en el marco de la discusión político-criminal y dogmática acerca de la expansión del Derecho Penal en la "sociedad de riesgo" como consecuencia de la transformación de las estructuras socio-económicas en la sociedad postindustrial, que ha conducido a una importantísima *inflación punitiva*. Prittwitz ha denunciado esta situación señalando que asistimos desde hace tiempo a una irritante discordancia entre lo programático de un Derecho Penal sometido a límites y el día a día de una creciente criminalización, cosa intolerable en un momento en el que se reconoce ampliamente la "incapacidad" del Derecho Penal para la solución de problemas (Prittwitz 2003). Saber si el Derecho Penal se halla por ello ante una situación "insostenible", o simplemente, ante una "nueva" situación que obliga a determinados replanteamientos, está en la base de las discrepancias entre dos metodologías diferentes de examinar el Derecho Penal, que tienen que ver, a su vez, con puntos de partida epistemológicos distintos: el primero, de carácter personalista, el segundo, de carácter funcionalista. Naturalmente que tras estas metodologías y puntos de partida epistemológicos subyacen determinadas "imágenes del hombre" y de la sociedad en que éste se desenvuelve, determinadas "ideologías" que juegan un papel decisivo. Me refiero al individualismo de la ya mencionada "Escuela de Frankfurt", y al "normativismo" de Jakobs respectivamente, modelos de los que Schünemann ha afirmado que constituyen dos callejones sin salida: el primero por estar abocado a expresar en demasía un único principio, convirtiéndolo en un obstáculo más que en un elemento positivo, y el segundo, porque necesariamente conduce a una capitulación incondicional ante la práctica política imperante en cada momento en la actividad del legislador o en la jurisprudencia (Schünemann 1996, p. 14).

El fenómeno de la expansión/modernización puede caracterizarse, en mi opinión, por tres grandes notas: la *administrativización* del Derecho Penal, la *regionalización/globalización* del Derecho Penal, y la progresiva *deconstrucción del paradigma liberal* del Derecho Penal. Silva Sánchez ha estudiado el problema relacionándolo con las siguientes variables: creación de nuevos "bienes jurídico-penales", ampliación de los espacios de riesgos jurídico-penalmente relevantes, flexibilización de las reglas de imputación y relativización de los principios político-criminales de garantía (Silva Sánchez 2001, p. 18), y asumiendo como vía de solución la existencia en el futuro de un "Derecho Penal de dos velocidades".

Ciertamente la regulación de estos nuevos ámbitos precisa juicios de valor eminentemente normativos, y por ello se recurre a reglamentar los sectores de riesgos socialmente más significativos como la energía nuclear, el medio ambiente, las investigaciones biomédicas, la producción alimentaria, etc, lo que tiene como consecuencia la utilización frecuentísima en este ámbito de leyes penales en blanco. Este fenómeno, que puede globalmente denominarse "*administrativización*" del Derecho Penal, se caracte-

riza, pues, por la combinación de factores como la introducción de nuevos objetos de protección, la anticipación de las fronteras de la protección penal, y la transición, en definitiva, del modelo de *delito de lesión de bienes individuales*, al modelo de *delito de peligro de bienes supraindividuales* (Silva Sánchez 2001, p. 98).

La cuestión clave radica pues en la *desmaterialización del concepto de bien jurídico* (Moccia (1997); Krüger (2000); Müssig (2002)). *El concepto liberal del bien jurídico, al que el funcionalismo sistémico había renunciado como punto de partida a través de su particular teoría preventivo-general positiva de la estabilización normativa, y que hoy sostiene el ya criticado “derecho penal del enemigo”, lo que permite suponer que de algún modo los “cimientos” teóricos para llegar a esta construcción ya se habían puesto con anterioridad, está actualmente en crisis.* Esta crisis, advierte Moccia, cuestiona su función más significativa: la de delimitar la intervención penal, y ello como consecuencia de entender legítima la incriminación de conductas considerablemente alejadas de la agresión al bien jurídico, sin tener en cuenta el criterio del daño social de la conducta, en nombre de un exasperado pragmatismo de la eficiencia (Moccia 1997, p. 114-115).

El concepto de *“riesgo permitido”* juega un papel regulador básico en la dogmática penal de este “nuevo” Derecho Penal, como figura jurídica que permitiría reputar conforme a Derecho acciones que comportan un peligro de lesión para bienes jurídicos, siempre que el nivel de riesgo se mantenga dentro de unos límites razonables y el agente haya adoptado las medidas de precaución y control necesarias para disminuir justamente el peligro de aparición de dichos resultados lesivos (Martínez-Buján 1998, p. 135). Como ha puesto de relieve Paredes Castañón, no es posible reducir el concepto “riesgo permitido” a un solo momento del proceso de valoración jurídico-penal de la conducta, sino que puede operar en todos: puede operar como “causa de exclusión general del desvalor objetivo de la conducta”, y como “tópico de la argumentación jurídico-penal en sede de antijuridicidad”, que serviría para modificar la forma de argumentar la valoración que merecen las conductas desde el punto de vista penal (Paredes Castañón 1995, p. 518-ss.). Es decir, se trata de un criterio que expresa una ponderación de todos los intereses jurídico-penalmente relevantes, juicio de ponderación en el que, en opinión de Silva, se precisaría una valoración previa, que debería incluir como premisa mayor la autocomprensión de la sociedad y el orden relativo de valores (o preferencias) en que aquélla se plasme. Esta es la argumentación utilizada para poner de relieve que, justamente en el significativo cambio de la autocomprensión social producido en las últimas décadas, se halla la modificación del producto del juicio de ponderación de intereses antes referido en el sentido de disminución de los niveles de riesgo permitido, como consecuencia de una *sobrevaloración esencial de la seguridad* (Silva Sánchez 2001, 32).

La *globalización*, como fenómeno económico internacional, y la *integración supranacional*, como fenómeno jurídico-político, constituyen, a su vez, dos factores que inciden de modo decisivo en la discusión sobre el Derecho penal de la sociedad post-industrial, en el mismo sentido que vengo describiendo, pues tras ellos subyace la reivindicación de una lucha más eficaz contra la criminalidad, lo que se observa clara-

mente en materias como la delincuencia económica y el la delincuencia organizada en general. Ante ello se ha propuesto bien acometer una sectorialización de las reglas de la Parte General del Derecho Penal, o bien asumir que, debido a la poderosa fuerza atractiva de la nueva criminalidad, también las modalidades clásicas de delincuencia vean modificadas las reglas por las que se han venido rigiendo" (Silva Sánchez 2001, p. 75).

4. Conclusión general

Las consecuencias de este estado de cosas no son nada alentadoras. Como han señalado Muñoz Conde y Hassemer (1995, p. 27-ss.), algunos hechos característicos de la "sociedad de riesgos" ha generado una alarma social que está provocando una tendencia a abordarlos con la sola ayuda del Derecho Penal, lo cual tiene unos costes que inciden en las garantías tradicionales del Estado de Derecho. El fenómeno de la expansión se inserta claramente en un *marco general de restricción, o en el mejor de los casos, "reinterpretación" de las garantías clásicas del Derecho Penal*, y ello debido a una pluralidad de circunstancias que conectan, como se ha dicho, con la naturaleza de los bienes jurídicos que pretenden ser protegidos (bienes jurídicos supraindividuales), la técnica de tipificación utilizada (delitos de peligro abstracto), y la autoría en este ámbito (criminalidad empresarial, a través de aparatos organizados de poder, de carácter transnacional, etc).

Personalmente creo que la modernización del Derecho Penal es necesaria, y por otra parte, imparable. Se ha producido una modernización de la criminalidad que conlleva, sin duda, un cambio en los planteamientos jurídicos que deben abordarla. En este sentido es claro que el Derecho Penal debe poder alcanzar también la "criminalidad de los poderosos", y dejar de ser uno sólo destinado a afectar a los marginados y menos favorecidos en la sociedad. Es claro, también, que el Derecho Penal moderno conlleva la tipificación de delitos de peligro y protege bienes jurídicos colectivos, y que no tiene sentido negar *ab initio* legitimidad a estos últimos, pues ello se basaría, como ha dicho ROXIN, sólo en un "infundado escepticismo" sobre la capacidad de rendimiento de una dogmática penal político-criminalmente fundamentada (Roxin 2000). Pero, por otra parte, es imprescindible no pasar por alto que la modernización del Derecho Penal, si de verdad quiere representar una "evolución" del mismo, debe llevarse a cabo con **escrupuloso respeto a las garantías del Estado de Derecho**, y no a golpe de las exigencias de "seguridad" de una sociedad que no conoce criterios de "razonabilidad" acerca de la intervención penal, porque de lo contrario esta intervención no podrá considerarse justificada. Como nos recordaba Baratta (2001), "los mecanismos discriminatorios en la administración de los derechos fundamentales a favor de ciudadanos "respetables" y a costa de los excluidos (inmigrantes, parados, indigentes, toxicómanos, jóvenes marginados, etc) condicionan una reducción de la seguridad jurídica que, a su vez, alimenta el sentimiento de inseguridad en la opinión pública. El resultado es una forma de estilización selectiva de las áreas de riesgo de violación de los derechos,

donde la parte no está en el todo, sino en lugar del todo o, directamente, contra el todo, entendido el todo como los derechos fundamentales y todas las personas”.

En mi opinión, es importantísimo no perder de vista este horizonte, porque el riesgo que corremos es posiblemente retroceder muchísimo en el camino emprendido hace muchos años en defensa de una consideración garantista y humanista del Derecho Penal.

Bibliografía citada

- AA.VV (2003/1): *Diccionario de Filosofía* (dir. Jacobo Muñoz), Madrid: Espasa
- , (2003/2): *La insostenible situación del Derecho penal* (ed. Silva Sánchez), Granada: Comares
- , (2003/3): *Crítica y justificación del Derecho penal en el cambio de siglo. El análisis crítico de la Escuela de Frankfurt,...*: Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha
- ACALE SÁNCHEZ, M. (2004), “Del Código Penal de la democracia al Código Penal de la seguridad”, en *Serta in memoriam Alexandra Barata* (ed. Pérez Álvarez), Salamanca: Ediciones de la Universidad de Salamanca
- ALCACER GUIRAO, R. (1999): “Facticidad y normatividad”, *Anuario de Derecho penal y Ciencias penales* LII
- , (2002): “Prevención y garantías: conflicto y síntesis”, *Doxa* 25, p. 139-175.
- , (2003): *¿Lesión de bien jurídico o lesión de deber?*, Barcelona: Atelier.
- APONTE, A. (2004): *Krieg und Feindstrafrecht : Überlegungen zum “effizienten” Feindstrafrecht anhand der Situation in Kolumbien*, Baden-Baden: Nomos.
- , (2005): “Derecho penal del enemigo vs. Derecho penal del ciudadano. Günther Jakobs y los avatares de un derecho penal de la enemistad”, *Cuadernos de doctrina y jurisprudencia penal* (en prensa).
- BECK, U. (1998): *La sociedad de riesgo: hacia una nueva modernidad*, Barcelona: Paidós
- , (2002): *La sociedad del riesgo global*, Madrid: Siglo XXI.
- CANCIO MELIÁ, M. (2003): “Derecho penal del enemigo y delitos de terrorismo”, *Derecho penal contemporáneo. Revista internacional* 3
- , (2005): “Feind’strafrecht?”, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* 117, p. 267.
- CUGAT MAURI, M. (2004): “Nuevas huidas al Derecho penal y quiebra de los principios garantistas”, en PÉREZ ÁLVAREZ, F. (coord.): *Serta in memoriam Alexandra Barata*, Salamanca: Ediciones de la Universidad de Salamanca, p. 183-194.
- DEMETRIO CRESPO, E. (1999): *Prevención general e individualización judicial de la pena*, Salamanca: Ediciones de la Universidad de Salamanca.
- , (2004): “Del Derecho Penal liberal al Derecho Penal del enemigo”, *Revista de Derecho penal y criminología de la UNED* 14.
- DÍAZ GARCÍA, E. (1999): “Filosofía del Derecho: legalidad-legitimidad”, *Boletín informativo* 286, Fundación Juan March.

- DÍEZ RIPOLLÉS, J. L. (1998): "Exigencias sociales y política criminal", *Claves de razón práctica* 85, p. 48-53.
- , (2001/1): "El Derecho penal simbólico y los efectos de la pena", *Actualidad Penal* 1, p. 1-22.
- , (2001/2): "Presupuestos de un modelo racional de legislación penal", *Doxa* 24, p. 485-524.
- , (2003): *La racionalidad de las leyes penales*, Madrid: Trotta.
- , (2004): "El nuevo modelo penal de la seguridad ciudadana", *Jueces para la democracia* 49, p. 25-42.
- , (2005): "De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: un debate desenfocado", *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología* 07-01. Disponible en: <http://criminnet.ugr.es/recpc/07/recpc07-01.pdf> [Consulta: 05/12/2005].
- FERRAJOLI, L. (1995): *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Madrid: Trotta.
- , (1999): *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Madrid: Trotta.
- GARCÍA AMADO, J. A. (2000): "¿Dogmática penal sistémica? Sobre la influencia de Luhmann en la teoría penal", *Doxa* 23, p. 233-264.
- GARCÍA FIGUEROA, A. J. (2003): "La Teoría del Derecho en tiempos de constitucionalismo", en CARBONELL SÁNCHEZ, M. (ed.), *Neoconstitucionalismo (s)*, Madrid: Trotta, p. 159-186.
- GÓMEZ MARTÍN (2004): "Libertad, seguridad, y sociedad del riesgo", en MIR PUIG, S. y M. CORCOY BIDASOLO (dir.) y V. GÓMEZ MARTÍN (coord.): *La política criminal en Europa*, Barcelona: Atelier.
- GRACIA MARTÍN, L. (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.
- , (2004): "Sobre la negación de la condición de persona como paradigma del 'derecho penal del enemigo'", *Revista General de Derecho Penal* 2. Disponible en: <http://www.iustel.com>.
- , (2005): "Consideraciones críticas sobre el actualmente denominado 'Derecho penal del enemigo'", *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología* 07-02. Disponible en: <http://criminnet.ugr.es/recpc/07/recpc07-02.pdf> [Consulta: 05/12/2005].
- HABERMAS, J. (1998): *Facticidad y validez. Sobre el Derecho y el Estado democrático de Derecho en términos de teoría del discurso*, Madrid: Trotta.
- HABERMAS, J. y J. RAWLS (1998): *Debate sobre el liberalismo político...*: Instituto de Ciencias de la Educación de la Universidad Autónoma.
- HAFKKE, B. (1976): *Tiefenpsychologie und Generalprävention: eine strafrechtstheoretische Untersuchung*, Aarau: Sauerländer.
- HASSEMER, W. (1999): "¿Por qué y con qué fin se aplican las penas? (sentido y fin de la sanción penal)", *Revista de Derecho Penal y Criminología de la UNED* 3, p. 317-334.
- , (1999/2): *Persona, mundo y responsabilidad*, Valencia: Tirant lo Blanch.
- , (2005): *Los rostros del Derecho penal*, Discurso de investidura como Doctor *Honoris Causa* por la Universidad Pablo de Olavide, 20/01/2005. Disponible en: <http://aidpespana.uclm.es/eventos/hassemer/leccion.html> [Consulta: 05/12/2005].

- HERZOG, F. (1991): *Gesellschaftliche Unsicherheit und strafrechtliche Daseinsvorsorge, Studien zur Vorlegung des Strafrechtsschutzes in den Gefährdungsbereich*, Heidelberg: v. Decker
- HIRSCH, H. J. (2001): "Acerca del estado actual de al discusión acerca del bien jurídico", en *Modernas tendencias en la ciencia del derecho penal y en la criminología*. Congreso Internacional Facultad de Derecho de la UNED (Madrid, 6 al 10 de noviembre de 2000), Madrid: Universidad Nacional de Educación a Distancia.
- JAKOBS, G. (1985): "Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutverletzung", *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* 97 (traducción en 1997/2).
- , (1996): *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional*, Madrid: Civitas.
- , (1997/1): *Derecho penal. Parte general*, 2ª ed, Madrid: Marcial Pons.
- , (1997/2): *Estudios de Derecho Penal*, Madrid: Marcial Pons.
- , (2003/2): *Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal*, Madrid: Civitas.
- , (2004): "La autocomprensión de la Ciencia del Derecho penal frente a las exigencias de su tiempo", en ESER, A., W. HASSEMER y B. BURKHARDT (coord. de la vers. alemana): *La Ciencia del Derecho Penal ante el nuevo milenio*, CONDE MUÑOZ, F. (coord. de la vers. española), Valencia: Tirant lo Blanch.
- JAKOBS, G. y M. CANCIO MELIÁ (2003/1): *Derecho penal del enemigo*, Madrid: Civitas.
- KINDHÄUSER, U. (1992): "Sicherheitsstrafrecht. Gefahren des Strafrechts in der Risikogesellschaft", *Universitas* 3.
- KRÜGER, M. (2000): *Die Entmaterialisierungstendenz beim rechtsgutsbegriff*, Berlin: Duncker und Humbolt.
- KUHLEN, L. (1994): "Zum Strafrecht der Risikogesellschaft", en *Goldammers Archiv für Strafrecht*
- KUNZ, K. L. (1986): "Prävention und gerechte Zurechnung. Überlegungen zur normativen Kontrolle utilitaristischer Strafbegründung", *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* 98.
- MENDOZA BUERGO, B. (2001): *El Derecho penal en la sociedad del riesgo*, Madrid: Civitas.
- MOCCIA, S. (1997): *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*, Edizione Scientifche Italiane.
- , (1997): "De la tutela de bienes a la tutela de funciones: entre ilusiones postmodernas y reflujos liberales", en *Política Criminal y nuevo Derecho Penal. Libro Homenaje a Claus Roxin*, Barcelona: J. M. Bosch, p 113-144.
- MUÑOZ CONDE, F. J. (2004): "El nuevo Derecho penal autoritario", en GURDIEL SIERRA, M., E. OCTAVIO DE TOLEDO UBIETO y E. CORTÉS BECHIARELLI, *Estudios penales en recuerdo del Profesor Ruiz Antón*, Valencia: Tirant lo Blanch.
- MUÑOZ CONDE, F. J. y W. HASSEMER (1995): *La responsabilidad por el producto en derecho penal*, Valencia: Tirant lo Blanch.
- MÜSSIG, B. (2002): "Desmaterialización del bien jurídico y de la política criminal. Sobre las perspectivas y los fundamentos de una teoría del bien jurídico crítica hacia el sistema", *Revista de Derecho Penal y Criminología de la UNED* 9.

- NAUCKE, W. (1979): "Generalprävention und Grundrechte der Person", en HASSEMER, W., K. LÜDERSSEN y W. NAUCKE: *Hauptprobleme der Generalprävention*, Frankfurt am Main : Alfred Metzner
- PAREDES CASTAÑÓN, J. M. (1995): *El riesgo permitido en Derecho Penal. Régimen jurídico-penal de las actividades peligrosas*, Madrid: Ministerio de Justicia.
- PEÑARANDA RAMOS, E. (2000): "Sobre la influencia del funcionalismo y la teoría de los sistemas en las actuales concepciones de la pena y del concepto de delito, *Doxa* 23, p. 289-322.
- PÉREZ CEPEDA, A. I. (2006): "El Código penal de la seguridad: Una involución en la política criminal de signo reaccionario" (en este mismo volumen).
- PÉREZ DEL VALLE, C. (2001): "Sobre los orígenes del Derecho penal del enemigo. Algunas reflexiones en torno a Hobbes y Rousseau", *Cuadernos de Política Criminal* 75, p. 597-614.
- PÉREZ MANZANO, M. (1986): *Culpabilidad y prevención*, Madrid: Ediciones de la Universidad Autónoma de Madrid.
- PORTILLA CONTRERAS, G. (2002/1): "Relación entre algunas tendencias actuales de la filosofía y sociología y el Derecho penal: la influencia de las teorías funcionalistas y el discurso ético de Habermas en la selección de los valores penales", en *La Ciencia del Derecho Penal ante el nuevo siglo. Libro Homenaje al Prof. Dr. D. José Cerezo Mir*, Madrid: Tecnos, p. 135-146.
- , (2002/2): "La legislación de la lucha contra las no-personas", *Revista Mientras Tanto* 83.
- , (2004/1): "La supuesta crisis de la teoría del bien jurídico", en *Estudios penales en recuerdo del Profesor Ruiz Antón*, Valencia: Tirant lo Blanch, p. 895-928.
- , (2004/2): "Fundamentos teóricos del derecho penal y procesal-penal del enemigo", *Revista de Jueces para la democracia* 49, p. 43-50.
- , (2004/3): "La configuración del «Homo sacer» como expresión de los nuevos modelos del Derecho penal imperial", en PÉREZ ÁLVAREZ, F. (coord.): *Serta: in memoriam Alexandra Baratta*, Salamanca: Ediciones de la Universidad de Salamanca, p. 1401-1424.
- PRITTWITZ, C. (1993): *Strafrecht und Risiko. Untersuchungen zur Krise von Strafrecht und Kriminalpolitik in der Risikogesellschaft*, Frankfurt: Kolstermann.
- , (2003): "El Derecho Penal alemán: ¿fragmentario? ¿subsidiario? ¿ultima ratio?. Reflexiones sobre la razón y límites de los principios limitadores del Derecho Penal", en SILVA SÁNCHEZ (ed.): *La insostenible situación del Derecho penal*, Granada: Comares.
- , (2004): "Derecho penal del enemigo: análisis crítico o programa del Derecho penal", en MIR PUIG, S. y M. CORCOY BIDASOLO (dir.) y V. GÓMEZ MARTÍN (coord.): *La política criminal en Europa*, Barcelona: Atelier.
- QUINTERO OLIVARES, G. (2004/1): "La deriva y crisis de las ideas penales en España", en *Estudios penales en recuerdo del Profesor Ruiz Antón*, Valencia: Tirant lo Blanch, p. 929-958.
- , (2004/2): *Adónde va el Derecho penal*, Madrid: Cívitas.

- RAMOS VÁZQUEZ, J. A. (2004): “Símbolos y enemigos: algunas reflexiones acerca de la nueva lucha antiterrorista”, en PÉREZ ÁLVAREZ, F. (coord.): *Serta: in memoriam Alexandra Baratta*, Salamanca: Ediciones de la Universidad de Salamanca.
- RAWLS, J. (1995): *Teoría de la Justicia*, México: Fondo de Cultura Económica.
- , (2004): *El liberalismo político*, Barcelona: Crítica.
- SCHUMANN, K. F. (1989): *Positive Generalprävention: Ergebnisse und Chancen der Forschung*, C.F. Müller Juristischer Verlag.
- SCHÜNEMANN, B. (1996): *Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia jurídico-penal alemana*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- SILVA SÁNCHEZ, J. M. (1992): *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, Barcelona: Bosch.
- , (2001): *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, Madrid: Civitas.
- SOTO NAVARRO, S. (2003): *La protección penal de los bienes colectivos en la sociedad moderna*, Granada: Comares.

SEGUNDA PARTE

ALARMA, MIEDO Y VIOLENCIA.

LIBERTAD VERSUS SEGURIDAD

LA REVALORIZACIÓN DEL MIEDO COMO INSTRUMENTO DE REGULACIÓN SOCIAL. DE LA INSEGURIDAD Y OTRAS MISERIAS

RAÚL SUSÍN BETRÁN
Universidad de La Rioja

Macbeth:

*“Ya casi he olvidado el sabor del miedo.
Hubo un tiempo en que hubiera congelado mis sentidos
oír gritos nocturnos, y todos mis cabellos
se habrían erizado con cualquier historia de terror
como si vivos estuviesen. Ya estoy saciado por atrocidades.
El horror, tan familiar para mis criminales pensamientos,
ya no me sobresalta” (Macbeth, Escena quinta del Acto V)*

ÍNDICE: 1. PRESENTACIÓN; 2. MODIFICACIONES EN EL MODELO DE ESTADO Y DE REGULACIÓN SOCIAL. CORRIGIENDO EL EXCESO DE SEGURIDAD; 3. LA TRANSUBSTANCIACIÓN DEL ESTADO DEL BIENESTAR EN ESTADO PENAL; 4. LA VULNERABILIDAD Y LA INCERTIDUMBRE COMO MATERIALES CONDUCTORES DEL MIEDO; 5. EL 11 DE SEPTIEMBRE. LA PUERTA AL REINO DE MACBETH; BIBLIOGRAFÍA CITADA.

1. Presentación

“**miedo: 1.** Estado afectivo del que ve ante sí un peligro o ve en algo una causa posible de padecimiento o de molestia para él. **2.** Creencia de que ocurrirá o puede ocurrir algo contrario a lo que se desea”.

Voz obtenida del *Diccionario de Uso del Español de María Moliner. Tomo II*, Segunda Edición, Editorial Gredos, Madrid, 1998.

Sin introducirnos en los registros un tanto agoreros que recorren los discursos sobre el estado y el devenir de nuestras sociedades, lo cierto es que no deja de haber una, cuando menos, impresión generalizada de que tras unas décadas de bonanza que invitaban al optimismo sobre la condición humana, estos vientos parecen haberse truncao. Al ritmo de tambores de guerra, lo que fue seguridad y considerables niveles de certeza, básicos para el desarrollo en libertad de los proyectos vitales de las personas, se han transformado en vulnerabilidad e incertidumbre. A partir de estos dos últimos

elementos se ha recuperado todo un modelo de regulación social basado en el miedo, en el temor al poder humano, en establecer, recurriendo a la definición arriba recogida, una *gobernanza* política asentada en alimentar un estado de ánimo angustioso originado por la presencia de un riesgo o de un peligro de un daño, ya sea real o imaginario. En las páginas que siguen, se trata de aportar lo que creo que pueden ser cuestiones de interés relacionadas con esta transformación en los criterios de regulación social. Para ello, no podemos dejar de tener presente la intensificación que en estas “estrategias del miedo” ha supuesto la fecha del 11 de septiembre de 2001; y no tanto por los atentados en sí, como por las políticas que, a costa de debilitar la cualidad democrática de nuestras sociedades, han impulsado una determinada lectura de la seguridad sobre la libertad.

2. Modificaciones en el modelo de Estado y de regulación social. Corrigiendo el exceso de seguridad

Aunque sea de forma muy breve, conviene recordar algunas cuestiones que nos ayuden a comprender las relaciones actuales entre el Estado y los individuos y cómo éstas se ven mediadas por la vulnerabilidad, la inseguridad y el temor que ambas provocan. Así, al hablar de las modificaciones en el modelo de Estado y de regulación social debemos tener presente cómo en las sociedades desarrolladas de principios del XX se había producido un proceso de reflexión marcado por una serie de crisis sociales, políticas y económicas que desembocando en la barbarie de la guerra exigían una modificación del modelo de Estado y de las relaciones del Estado con la sociedad. Frente a un Estado liberal, incapaz de hacerse cargo y de gestionar la complejidad creciente y las tensiones que producían sus propias contradicciones, el Estado social se construía sobre unos pilares que le iban a caracterizar y definir a lo largo de la segunda mitad del XX, tales como la puesta en marcha y desarrollo de políticas sociales en diferentes áreas, salud, vivienda, educación, prestaciones económicas, servicios sociales,...; el diseño y aplicación de las estrategias económicas keynesianas; la imposición de unos modelos de organización del trabajo de acuerdo a los planteamientos fordistas; la conveniencia de sostener un régimen de acumulación que reflejara el compromiso trabajo-capital; la existencia de un sistema político-sindical representativo; la introducción de mecanismos de regulación-intervención en el ámbito laboral; o, en general, su capacidad como Estado a la vez manager-productor y distribuidor de bienes y servicios¹.

Para ser más preciso, todas estas formas de intervención propias del Estado social se sumaban a la centralidad que significaba en las sociedades occidentales el trabajo asalariado; y ahora sí, con todo ello se conformaba la conocida como “sociedad sala-

1. De la numerosa bibliografía sobre el tema, pueden servir las páginas que en un trabajo anterior dedico a la creciente asunción de responsabilidad por parte del Estado en el tratamiento de la cuestión social, lo que va a acabar derivando en el modelo de Estado social tal y como se desarrolló en la segunda mitad del XX. Cfr. Susín (2000).

rial”, un modelo de regulación social que suponía el reflejo de un contrato colectivo a través del cual el trabajo y el capital asumían un compromiso con el que, por medio de una serie de concesiones y regulaciones, se garantizaba la supervivencia de las estructuras económicas y políticas básicas del sistema, que no dejaba de ser un sistema capitalista. De esta forma, el significado de la sociedad salarial trascendía las meras relaciones asalariadas y se presentaba como “un modo de gestión política que asociaba la propiedad privada y la propiedad social, el desarrollo económico y el logro de los derechos sociales, el mercado y el Estado” (Castel 1997, p. 375).

En otras palabras, el modelo de regulación social que se impone en las democracias occidentales tras la II Guerra Mundial, y en el que el Estado social se presentaba como pieza clave, suponía que se asumía un *desarrollo sostenible y armónico* del capitalismo y la democracia. Como decimos, el Estado social aparecía en este contrato social como la “instancia central de regulación”, instalándose, de acuerdo con Robert Castel, en el corazón de la propia sociedad salarial y desarrollando, y es lo que más nos interesa ahora, una actividad intervencionista que se desplegaba en tres direcciones: la garantía de una protección social generalizada, la asunción de un papel activo en el plano económico y el servir como agente mediador en la búsqueda de un compromiso entre los diferentes intereses de empleadores y asalariados. (Castel 1997, p. 375-87).

La propuesta era la de un Estado que, frente al dogma decimonónico del mercado autorregulado, se movía por un principio de responsabilidad hacia sus ciudadanos que se materializaba en toda una estructura estatal con la que se pretendía hacer frente a las alteraciones y riesgos que en los inicios del XX se intensificaban en el espacio vital de las personas haciéndolas más vulnerables, y que Forsthoﬀ explica como la creciente descompensación entre “el espacio vital dominado” y el “espacio vital efectivo”. Mientras el primero, “aquél que está de tal manera colocado bajo el individuo de modo que éste pueda considerarse dueño de dicho espacio”, venía sufriendo un proceso de reducción constante y creciente; el segundo, “aquel espacio en el que fácticamente se desarrolla la existencia de cada uno”, se encontraba en un proceso inverso de crecimiento constante (Forsthoﬀ 1986, p. 47-50). Así, a través de un complejo entramado institucional el Estado mostraba su compromiso para la asunción de un papel protagonista en la garantía de la existencia de las personas, pero también de algo más, pues este Estado intervencionista, realmente, encerraba la pretensión de garantizar una situación de *bienestar*, “una supervivencia con dignidad, entendida tal como la concibe cada sociedad en su propia época” (Bauman 2000, p. 73).

En este sentido, el ser ciudadano de estas sociedades significaba disfrutar de un nivel de seguridad al margen de la dictadura economicista del mercado²; especialmente por la capacidad que, en su manifestación de la preocupación del *Estado providencia* por el derecho a la vida de sus ciudadanos, las distintas políticas sociales ofrecían en el tema de la *socialización de los riesgos* (Ewald 1986). Como bien recoge quien ha

2. Resulta de interés, en este punto, atender a los “espacios desmercantilizados”, espacios donde vivir al margen del mercado. Vid. Esping-Andersen (1993, p. 57-80).

desarrollado el que sería el modelo canónico de ciudadanía de la segunda mitad del XX, T. H. Marshall, si hasta entonces la ciudadanía no se había caracterizado precisamente por reducir la desigualdad social, la incorporación a las dimensiones civil y política de la dimensión social y de los derechos sociales que conlleva, permitía moldear y legitimar la permanencia constante de desigualdades en las sociedades capitalistas. Es decir, a partir de la consideración de la ciudadanía como “aquel estatus que se concede a los miembros de pleno derecho de una comunidad”, Marshall defiende el valor de la dimensión social de la misma en cuanto que, si bien no hace que se eliminen las dinámicas de desigualdad del mercado, ni la estructura de clases en las que se desarrollan; si, cuando menos, contribuye a que la desigualdad resulte absorbida por una tendencia hacia unas relaciones sociales regidas por principios de justicia social (Marshall 1998).

En definitiva, alejándonos de la inseguridad del mercado, la intervención y la responsabilidad del Estado del bienestar hacia sus ciudadanos se definía en la realización de la categoría de ciudadanía en su dimensión social; esto es, en la realización del “conjunto de expectativas que cada ciudadano en cuanto tal expresa frente al Estado para obtener las garantías de seguridad necesarias, en la vida y en el trabajo, para dar contenidos de dignidad a la existencia individual” (Barcellona 1991, p. 29). Lo cual, como advertíamos hace un momento, no significaba que el Estado social tienda “a eliminar los presupuestos del proceso económico capitalista, sino que, única y exclusivamente, corrige los efectos de la desigualdad sobre el plano de la distribución de la riqueza producida”; es decir, que “mientras que al sistema de empresas se le conserva el poder de dirección del proceso económico, al Estado se le asigna la tarea de crear un sistema de ‘seguridad social’ destinado a asegurar condiciones de vida más igualitarias” (Barcellona 1991, p. 33).

Precisamente estos niveles de seguridad que abrían caminos hacia la realización de niveles de vida dignos, han sido interpretados desde las posiciones neoliberales, y en una lectura que da continuidad a las “retóricas de la intransigencia” que denunciaba Hirschman (1991), como un exceso de democracia que lastraba el desarrollo natural de un mercado con capacidad para autorregularse y para regular la sociedad; recuperando, de este modo, la confianza ciega en la economía como el principio básico de ordenación social³. Adam Smith, Malthus o Spencer reviven en los planteamientos neoliberales de las últimas décadas del XX, especialmente, en la citada fe en la racionalidad económica y en el mercado, así como en el desprecio hacia aquellas intervenciones públicas que presentadas con el fin de contribuir al desarrollo del bienestar y la igualdad son rechazadas por considerarlas más que un peligro para la libertad individual. Con las reflexiones y políticas neoliberales, con la “utopía neoliberal”, se trata, ante todo, de *deconstruir* todo aquello que suponga ir más allá del individuo, centrando el punto de mira de estos ataques en el Estado del bienestar y en todo lo que significa éste, en tanto

3. Vid. en este sentido, el clásico Polanyi (1989).

que se le considera, en palabras de Bourdieu, como el “depositario de todos los valores universales asociados a la idea de lo público” (Bourdieu 1999, p. 146).

Más en concreto, la racionalidad económica que se impuso como “solución a la crisis” necesitaba para desarrollarse un marco de inseguridades distinto al que había posibilitado el Estado del bienestar, y por ello no se dudó en poner en marcha todo un proceso de desinversión del citado modelo de Estado, y del pacto que los sustentaba, aunque esto conllevara el debilitamiento de la ciudadanía y de la solidaridad (Petrella 1997)⁴. En otras palabras, entre estabilidad y rentabilidad financiera, de un lado, y reforzamiento de la condición de ciudadanía, de otro, las políticas puestas en práctica en los llamados países desarrollados, –y, por supuesto, con mayor impunidad allí donde queda muy lejos hablar de ciudadanía–, se han inclinado por lo primero, desplazando a las necesidades sociales de los centros de decisión en el plano económico y, por lo tanto, obviando que la función principal de la economía es la consecución del mayor desarrollo humano posible, así como de las más altas cotas de bienestar para los miembros de la comunidad sin excepción⁵.

Con todo, y aunque, ciertamente, no se puede olvidar que en el inicio del fin de la *edad de oro* del Estado del bienestar está la crisis económica de comienzos de los 70, y que posteriormente esta crisis se intensifica con la implementación de las políticas regresivas neoliberales en lo social, lo económico y lo laboral, una comprensión más correcta aconseja hablar de un cambio en el paradigma societal, en los valores que sustentan la sociedad, en las claves que permiten entender el significado de ser individuo y las relaciones entre éstos y con la sociedad; algo que se intensifica, sin duda, en un contexto de una globalización dominada por la racionalidad del mercado y por la pérdida de centralidad del trabajo asalariado (Susín 2003, p. 161-73). Petrella o el citado Bourdieu recurren a un imaginario que nos permite comprender lo ocurrido (Petrella 1997, p. 45-ss.; y Bourdieu 2000, p. 158). Las *Nuevas Tablas de la Ley* de las que habla el primero, o el *Nuevo Evangelio Ecuménico* al que alude el sociólogo francés, hacen referencia a la dogmática sustitución de la solidaridad y la ciudadanía, los pilares, dice Petrella, de la *sociedad justa*, por otros principios y valores que a través del individualismo, la competitividad, la idolatrización de mercado, la privatización o/y la reivindicación excluyente de los intereses particulares vienen a definir una situación de *darwinismo social* en la que se acaba expropiando a las personas de su propia exis-

4. Por otro lado, sobre cómo afecta esta “privatización” o “desinversión” del Estado del bienestar y lo público a la ciudadanía, y ofreciendo estrategias de reactivación de la misma, Alonso (1997). Finalmente, del mismo Alonso también merece la pena ver Alonso (2000, p. 160-91), donde se analiza cómo el Estado del bienestar pierde terreno frente a un modelo más mercantil, lo que provoca el retroceso en el reconocimiento y realización de los derechos sociales. Este artículo es contestado por Ludolfo Paramio, Paramio (2000, p. 193-8), quien critica la relación excesiva que plantea Alonso entre derechos sociales y modelo postfordista y también la ambigüedad de las soluciones que aquél postula.

5. En Houtart y Poulet (2001, p. 7-67) encontramos recogidos diversos trabajos de autores como F. Poulet, P. Anderson, Samir Amin y, entre otros, R. Petrella, en los que se exponen diferentes elementos para la comprensión del funcionamiento y la evolución reciente de la lógica que domina el sistema económico capitalista actual.

tencia. Las poblaciones de nuestras sociedades se ven amenazadas por fenómenos de expropiación que afectan a diversos planos de su existencia vital, desde lo social, arrinconado por el individualismo, o lo político, al que se niega valor como instancia de regulación democrática; a la propia persona, expropiada de sus derechos fundamentales, o a la democracia, a la que se ha vaciado de contenido por medio de la expropiación de sus valores libertad, igualdad y solidaridad (Aguiton, Petrella, y Udry 2001, p. 44-55). Es decir, y con el refuerzo que supone la generalización de los nuevos mecanismos de explotación basados en la precariedad y flexibilidad generalizada, la *flexplotación* (Bourdieu 1999, p. 126), las personas se ven expropiadas de su condición de ciudadanía, de pertenencia en la sociedad de acuerdo a la tendencia que se apuntaba con el modelo del Estado del bienestar; y, por el contrario, se encuentran seriamente amenazadas de verse atravesadas por unos vectores de exclusión que revierten la condición de ciudadano en súbdito⁶.

3. La transubstanciación del Estado del bienestar en Estado penal

Como venimos apuntando, todo este ataque al Estado social, en su forma de Estado del bienestar, viene justificado, en el plano político y moral, por su significado negativo frente a la libertad individual. Hayeck, Nozick o Friedman son importantes referentes de estas teorías que, por otra parte, y como bien apunta Félix Ovejero, devienen en una “libertad inhóspita” (Ovejero 2002). Paradójicamente, y si bien el Estado del bienestar aportaba, a través de su preocupación por la igualdad, los niveles de seguridad básicos para empezar a hablar de la libertad de las personas, lo cierto es que es ahora por las modificaciones practicadas en el Estado y su transformación en Estado penal cuando realmente nos encontramos con que “se cierra el círculo iniciado por la revolución conservadora”, y “se convierte en inesperada realidad su afirmación de que el Estado es, en efecto, el principal enemigo de la libertad” (Ridao 2004, p. 22).

Sin embargo, y pese a lo que podía interpretarse en una primera lectura de lo expuesto hasta ahora, los cambios en la fisonomía de nuestros Estados no suponen ni la desaparición del mismo, ni menos Estado. Por una parte, y al margen de que como es sabido, desregular exige regular, en las políticas prácticas de neoliberales y neoconservadores *confesos* como Thatcher, Reagan, los Bush o, más cercano, Aznar, y de no tan *confesos*, caso de la un tanto tramposa *tercera vía* de Blair⁷, ha quedado patente que las estrategias de desregularización no han significado una devolución del poder acumulado por el Estado a la sociedad, ni la liberalización del mercado, sino el mantenimiento e incremento del poder de programación del Estado en beneficio de los intereses de la

6. Sirvan en este punto las reflexiones que aparecen en los diversos trabajos que sobre la ciudadanía componen Bernuz y Susín (2003).

7. De las diversas críticas que encontramos a la tercera vía, por ejemplo: “La retórica de la tercera vía es más neoliberal que la propia retórica neoliberal, pues se sustenta en un individualismo dinámico que justifica a la perfección las transformaciones que se han operado en el mundo productivo postfordista” (Álvarez-Uría 2001, p. 36).

industria y del capital y en detrimento de los gastos en servicios sociales (Ortega 1990, p. 131). Pero, además, y sin dejar de guardar relación con lo anterior, el Leviatán que tanto asustaba a los neoliberales, defensores de la libertad individual, se ha *transubstancializado* del Estado del bienestar al Estado penal; dicho de otra forma, y fruto de la relación existente entre los cambios en el control del delito y los cambios políticos y sociales (Garland 2005), el debilitamiento de un Estado, el del bienestar, se corresponde, y hasta cierto punto, justifica y legitima, el crecimiento del otro, el penal o de seguridad⁸. El Estado ha seguido existiendo, y su cualidad como Estado débil tal y como se pretendió extender desde el neoliberalismo requiere de alguna precisión. Como ha puesto de manifiesto Boaventura de Sousa Santos, si bien uno de los cuatro “consensos básicos” sobre los que se sustenta el “consenso liberal” es el del Estado débil, eso no significa el fin del Estado ni su disminución; al contrario, su pleno significado reside en que este consenso, ligado al “consenso económico neoliberal”, lleva consigo una cierta paradoja, pues “se asienta, sin embargo, sobre el siguiente dilema: sólo el Estado puede producir su propia debilidad por lo que es necesario tener un Estado fuerte capaz de producir eficientemente, y de asegurar con coherencia, esa su debilidad” (Santos 1999, p. 16-8).

Así pues, lo que viene ocurriendo no es tanto la desaparición o la reducción de esa “grave amenaza” para la libertad individual que es el Estado; sino que más bien el recorte de las políticas sociales se ha traducido en una transferencia de recursos hacia ámbitos que conforman un sector público represivo, si bien es cierto que como luego veremos, en todo caso esta transferencia ha sido posible al producirse en un momento de recorte del campo de actuación de la política. Sobre esto, resulta suficientemente preciso Loïc Wacquant en su *Las cárceles de la miseria*, donde, por ejemplo, podemos leer al inicio y en referencia a este tránsito de un modelo de Estado a otro: “A la manera de un buen padre de familia que actuó durante demasiado tiempo con ternura y tolerancia, en lo sucesivo el Estado providencia europeo debería adelgazar y luego obrar con severidad con sus fieles disipados y elevar ‘la seguridad’, definida estrechamente en términos físicos y no de riesgos de vida (salarial, social, médico, educativo, etc.), al rango de prioridad de la acción pública” (Wacquant 2000, p. 12). En la misma línea, un poco más adelante, en su denuncia de la construcción ideológica que realizada por el sector privado se esconde detrás de este proceso y que “pone de relieve los lazos orgánicos, tanto ideológicos como prácticos, entre el debilitamiento y retroceso del sector social del Estado y el despliegue de su brazo penal”, dice: “Los mismos –países, partidos, políticos y profesores– que ayer, con el éxito insolente que es dable constatar a ambos lados del Atlántico, militaban a favor del ‘Estado mínimo’ en lo que se refería a las prerrogativas del capital y la utilización de la mano de obra exigen hoy con igual fervor ‘más Estado’ para enmascarar y contener las consecuencias sociales deletéreas,

8. No deja de ser significativo de lo expuesto arriba la respuesta que Ariane Arpa, responsable de Intermon Oxfam, da en una entrevista sobre sus próximos retos al frente de la citada ONG: “...es que nos encontramos en un contexto político con un énfasis cada vez mayor en seguridad en detrimento de los temas de pobreza”; entrevista publicada en el diario *El País* de 4 de abril de 2005.

en los sectores inferiores del espectro social, de la desregulación del trabajo asalariado y del deterioro de la protección social” (Wacquant 2000, p. 17).

De esta forma, en los Estados Unidos, donde se inicia la escritura del discurso ideológico-teórico y la práctica a la que éste da cobertura, nos encontramos con una política consciente y reflexiva de degradación del Estado del bienestar y de la seguridad que éste proporcionaba, con el parapeto ideológico de estar *liberando* a la gente de las redes de dependencia que aquel modelo estatal y de regulación social propiciaban; cuando lo que ocurre, simple y llanamente, es que se está imponiendo un modelo de regulación basado en la aplicación de los criterios *darwinistas* a lo social. Los efectos de este darwinismo social de tintes decimonónicos que, por otra parte, permite la puesta en práctica de políticas casi impensables hace un tiempo (Roszak 2004, p. 67-74), nos remiten al renacimiento de unas situaciones que ya se daban por superadas y que son las que van a arropar las exigencias de un tipo de intervención pública en la forma de Estado penal o de seguridad.

En este sentido, Luis de Sebastián realiza un análisis de cómo los Estados Unidos se encuentran inmersos en una dinámica de *decadencia* que afecta a “tres órdenes básicos de la vida social: el económico, la democracia interna y el liderazgo político”⁹. De este modo, nos habla de la situación de *decadencia interna* y *externa* que atraviesan los Estados Unidos en el plano económico. Junto a cuestiones más de nivel “macro” que tratan, por ejemplo, de un endeudamiento creciente para financiar el déficit fiscal originado por la reducción de impuestos y el aumento del gasto militar; destaca Luis de Sebastián el empeoramiento de la calidad de vida de la mayoría de la población de los Estados Unidos, que relaciona con un deterioro de los ingresos, consecuencia, en buena parte, de la pérdida de puestos de trabajo y de las protecciones sociales asociadas a los mismos; de la destrucción de empleo público; o de la limitación y reducción de las medidas redistributivas. El resultado final es un incremento de la vulnerabilidad y la fragilidad de la inmensa mayoría de la población, lo que contrasta con el éxito creciente de unos pocos. Con todo ello, y con apoyo suficiente de cifras, dibuja el citado autor una ciudad de la desigualdad, “Inequityville”, una sociedad dual y plutocrática en la que la precariedad se acaba traduciendo en angustia y miedo, y éste, como veremos, en retraimiento y aislamiento social¹⁰.

9. A través de la idea de *decadencia* pretende destacar el autor la calidad de *gigante de pies de barro* de los Estados Unidos; lo cual no significa que no sea, por ejemplo, en el ámbito económico una potencia mundial, o que no ejerza una indudable hegemonía a nivel internacional. Así, al inicio de esta obra, Luis de Sebastián expone: “Hablar de la decadencia de esta nación hegemónica parece un contrasentido o una locura del autor. Pero el lector verá que no, que la grandeza todavía aparente de Estados Unidos está declinando, que el país ya no es lo que era, que todavía se hace respetar por la fuerza que tiene, pero no convence, y que ya no ejerce el liderazgo democrático, generoso e inteligente de la segunda mitad del siglo XX” (Sebastián 2004, p. 11).

10. En una valoración de unos datos que hablan de “un estancamiento del progreso económico y de la movilidad social de las familias norteamericanas a partir de la década de los setenta”, dice este autor: “El deterioro marca el final del ‘sueño americano’, o al menos la reducción del mismo a una versión mínima y vicaria (...), pero el éxito de unos pocos sirve para mantener en vigor el mito. Sin embar-

A partir del incremento de la vulnerabilidad a nivel social, no resulta difícil alimentar una cierta situación de “crisis de ansiedad” en nuestras sociedades que permite que la forma de tratar estas situaciones evolucione en una línea de recorte de derechos; lo cual supone, de una parte, la modificación y recorte de las políticas sociales en una línea asistencialista y orientada al control de las “clases peligrosas”, de las que las políticas de *workfare* son un buen ejemplo¹¹; y el complemento de esto con una amplia y extensa política de “criminalización de la pobreza” y de “encierro de pobres”, puesta en práctica a través de un diverso tipo de medidas que componen lo que Wacquant llama un “sistema de inseguridad social” y que significa que, como venimos diciendo, “a la atrofia deliberada del Estado social corresponde la hipertrofia distópica del Estado penal”. De estas medidas, el recurso masivo y sistemático al encarcelamiento, la “hiperinflación carcelaria”, es la tendencia más visible pero no la única, pues se acompaña de otras herramientas de “seguridad”, como son la extensión horizontal de la red penal, esto es, el incremento de medidas que sin conllevar encierro en prisiones suponen privación de libertad y generalización de medidas de control y vigilancia; el crecimiento desmesurado del sector penitenciario dentro de la administración pública; el resurgimiento y prosperidad de la industria privada de la prisión; y la calidad selectiva de estas medidas, la política de *affirmative action* carcelaria, como queda de manifiesto en lo que el autor da en llamar el “ennegrecimiento constante de la población detenida” (Wacquant 2000, p. 75-ss.)¹².

Lo anterior, sin embargo, no nos lleva a una era “post-rehabilitación” definida de forma absoluta en que “las estructuras para evaluar y rehabilitar a los individuos hayan sido desmanteladas y eliminadas”. Más bien ocurre que se ha impuesto lo que en criminología se da en llamar “la nueva cultura del control del delito”; y que se refiere al reconocimiento de que nos encontramos ante todo un complejo proceso que se tradu-

go, la mayoría de los ciudadanos de los Estados Unidos viven angustiados por mantener el trabajo (y el seguro médico, si lo tienen) y pagar la hipoteca de la casa y la universidad de los hijos. La precariedad de la situación laboral de la mayoría alimenta la hostilidad hacia los competidores y extranjeros, su agresividad y su aislamiento en una vida estrictamente familiar, lo que provoca una cerrazón y una pérdida de interés por las cosas que no se relacionen con su trabajo, sus ingresos y su casa” (Sebastián 2004, p. 223-4).

11. El sistema conocido como *workfare*, “work for welfare”, “hay que trabajar para acceder al bienestar”, se encuentra más desarrollado a través de las políticas sociales estadounidenses que por medio de las europeas. Para un acercamiento a lo que significan en la práctica estos programas que materializan la idea del *workfare*, vid. por ejemplo, Morel (1994, p. 125-47); Roche (1992, sobre todo, p. 132-45); Reeve (1999); y Cattacin, Gianni, Mänz y Tattini (1999).

12. Con un “prólogo” y un “postfacio” de Wacquant donde, de forma resumida, también se expone lo que acabamos de recoger arriba, resulta de interés para conocer en voz de los afectados cuestiones como las indicadas, sobre todo, en relación a la situación del sistema penitenciario de los Estados Unidos, Burton-Rose, Pens y Wright (2002). Se trata de una recopilación de artículos aparecidos en *Prison Legal News*, una revista que data su primera publicación en mayo de 1990 y que, editada y escrita casi íntegramente por personas presas en cárceles de los Estados Unidos, se presenta como un instrumento para dar voz y vertebrar las denuncias y luchas frente y en el interior del sistema penal y penitenciario estadounidense. Su página web es: <http://www.prisonlegalnews.org>.

ce en una serie de cambios, algunos estructurales, pero, sobre todo, del plano de la cultura que da significado a las estructuras y ordena su uso. De esta forma, Garland viene a señalar tres elementos centrales de esta “nueva cultura del control del delito”. Ésta se vertebraría, en primer lugar, en torno a un “welfarismo penal modificado” que, además de con la reinención de la prisión como “una zona de cuarentena, en la que se segrega a individuos supuestamente peligrosos en nombre de la seguridad pública”, tiene que ver con cuestiones como la mayor prioridad de objetivos retributivos, incapacitantes y disuasivos; con una focalización obsesiva en la seguridad, la cual se viene a maximizar con una minimización de costos; con la redefinición de la rehabilitación en una línea instrumentalizadora y con el fin de garantizar la eficiencia del control social; con la reubicación de la libertad condicional a través de medidas como el uso de pulseras y el rastreo electrónico o los tests sobre consumo de droga,...; con un desplazamiento de los procesos de individualización hacia la víctima; o, en relación directa con lo anterior, este desequilibrio víctima – delincente también se pone de manifiesto en una predisposición a negar los derechos de éstos en pos de servir a garantizar la idea de seguridad, por ejemplo, a través de medidas que “publicitan” la condición de delincente, valorizando, así, el elemento del estigma.

Tras esto, Garland también se refiere al desarrollo de una “criminología del control”, es decir, a unas nuevas formas de criminología que se sustentan, de una parte, en una idea de control de tono funcionalista, que deja de lado la reforma de los individuos, ocuparse de las personas, de los valores y de sus actitudes morales, y se preocupa de que el sistema funcione, minimizando el desorden, la desviación y el peligro por medio de estrategias como la “tolerancia cero”¹³; y de otra, en una criminología que tiene entre sus temas centrales la defensa del orden y la autoridad, la afirmación de estándares morales absolutos,..., y que, entre otras cosas, concibe al delincente como un “ser intrínsecamente perverso o malvado”, lo cual le “garantiza” un tratamiento para nada compasivo que sostiene la irrecuperabilidad de aquél y da entrada a la pena de muerte, a la cadena perpetua, al cumplimiento íntegro de las penas,...; en cualquier caso, como indica Garland, se trata de dos corrientes criminológicas que significan un patente alejamiento del proyecto de justicia penal del Estado del bienestar, caracterizado por su confianza en la integración por medio de la corrección de los individuos y la reforma social. Finalmente, el citado autor destaca un tercer elemento en la nueva cultura del control del delito, el tránsito de un razonamiento “social” a un estilo de razonamiento “económico”, lo cual acaba afectando a ámbitos como el análisis sobre la causa y el tratamiento del delito, y materializándose en una dinámica de “coste-benefi-

13. “Sobre tolerancia cero”, “zero tolerance”, escribe De Giorgi que “es, en realidad, algo que resulta difícil de definir: es más una nueva retórica política, casi una tendencia subcultural o una filosofía popular que una estrategia específica de política criminal”; y un poco más adelante, explicando en qué se resume la actuación de la policía en la aplicación de esta “tolerancia cero” que acabará por eliminar absolutamente la criminalidad: “La policía, como segura voz de una comunidad angustiada por el miedo al delito, debe cesar de tolerar desviaciones. No se debe seguir permitiendo que las normas sean quebrantadas: que después se trate de normas jurídicas, de juicios morales o de convicciones estéticas, poco importa. La era de la *zero tolerance* ha comenzado” (De Giorgi 2005, p. 156-9).

cio”, de rendimientos, de cálculo económico, hasta ahora suficientemente extraña al campo de la justicia penal y la criminología. Ocurre, sin embargo, que esta racionalidad económica debe compartir espacio con un agresivo discurso basado en perseguir, castigar el delito y proteger al público “a cualquier precio”, lo cual supone de por sí una limitación al economicismo anterior que debe ser compensada con el suficiente juego político. En cualquier caso, y vista la realidad política, parece que el discurso y la lógica que se ha acabado imponiendo no dista mucho de aquélla que sostiene que “es mejor mantener encerrado para siempre a un delincuente conocido que arriesgar la vida o la propiedad de otra víctima inocente” (Garland 2005, p. 286-312).

En este marco, no resulta extraño, de un lado, el desplazamiento de valores que como la libertad y la igualdad sirvieron para construir el modelo de Estado del bienestar y, de otro, el interés por *retejer* las redes estatales de acuerdo a unos *patrones* que con el eje del miedo resultan más acordes con las necesidades y la ideología neoliberal y neoconservadora: “Verdaderas cruzadas morales generan un clima social de *moral panic*, que sustenta y legitima una intervención institucional cada vez más represiva y punitiva, sobre todo frente a la micropenalidad” (de Giorgi 2005, p. 131). En cualquier caso, el objetivo es disponer de medidas de tratamiento de los que son, en definitiva, los principales *beneficiarios* de este incremento del Estado penal, las víctimas de la destrucción del Estado del bienestar¹⁴. Sobre estos sectores de la población va a girar ahora una permanente percepción de riesgo, que lleva a la redefinición de la *cuestión social* en *cuestión criminal*, y de *la justicia social* en *justicia penal*. Se trata de la extensión de una política de “ley y orden”, de control de la población que, a diferencia de otras épocas en las que se buscaba la reconducción y la reutilización del individuo para el ámbito laboral y social, en la “crisis de la sociedad salarial” y en el tránsito hacia la sociedad *postfordista*, sólo busca, en sintonía con la lógica criminológica que se ha dado en llamar actuarial y managerial¹⁵, la gestión de los sujetos percibidos como peligrosos a través de su aislamiento y neutralización (de Giorgi 2005, p. 125-52)¹⁶. Como recoge Bauman al hilo de su análisis de “las prisiones en la era poscorrecional”: “El fuerte incremento del castigo por medio de la cárcel sugiere que a ciertos nuevos y extensos sec-

14. “Las cárceles albergan a las víctimas de la destrucción sistemática del Estado del Bienestar que se está dando en Estados Unidos. Los gastos ingentes que ocasiona semejante población penal consumen lo que ahorra el gobierno al dejar de ayudar a las madres solteras con niños pequeños y de financiar el programa Head Start” (Sebastián 2004, p. 269).

15. Vid. sobre la imposición de esta criminología actuarial en el marco de la sociedad del riesgo y de la crisis del Estado del bienestar, Rivera y Nicolás (2005, p. 219-43). Vid. también, De Giorgi (2005, p. 43-80).

16. Una prueba y reflejo de lo dicho puede ser ver cómo se materializa, frente a cualquier estrategia orientada a la rehabilitación, la preocupación por la carga financiera que conlleva esta política de encarcelamiento masivo. Loïc Wacquant recoge cuatro estrategias puestas en práctica por las autoridades penitenciarias estadounidenses: recortar el nivel de servicios y la calidad de vida en los centros; aprovechar la innovación tecnológica en diversos campos, informática, biometría,..., para aumentar la productividad de los carceleros; transferir parte del coste del encarcelamiento a los presos y a sus familias; y reintroducir en masa el trabajo no cualificado en los centros penales. Cfr. Wacquant (2002, p. 347-62).

tores de la población se les considera, por tal o cual motivo, amenazas al orden social, y su expulsión forzada del trato social por medio de la prisión aparece como un método eficaz para neutralizar esa amenaza o calmar la ansiedad social provocada por ella¹⁷.

Sin embargo, las referencias a Estados Unidos no nos pueden cegar, y así, este Estado penal se integra y participa de lo que Bourdieu y Wacquant denominaron una *nueva vulgata planetaria*, la cual “se apoya en oposiciones y equivalencias, que se sostienen y se responden, para describir las transformaciones contemporáneas de las sociedades avanzadas: liberación económica del Estado y refuerzo de sus componentes policiales y penales; desregulación de los flujos financieros y del mercado de empleo; reducción de la protección social y celebración moralizadora de la ‘responsabilidad individual’” (Bourdieu y Wacquant 2000). Como exponen los autores de la cita anterior en su *Las argucias de la razón imperialista*, la mundialización ha supuesto un vehículo para encubrir en ropajes de ecumenismo cultural o de fatalismo económico un imperialismo y sus consecuencias que se convierten, así, en necesidades naturales. “A resultados de una inversión simbólica basada en la naturalización de los esquemas del pensamiento neoliberal, cuya dominación ha conseguido imponerse en los últimos veinte años gracias a la labor de zapa de los *think tanks* conservadores y de sus aliados en los campos político y periodístico. La remodelación de las relaciones sociales y de las prácticas culturales de las sociedades avanzadas conforme al patrón norteamericano, basado en la pauperización del Estado, la mercantilización de los bienes públicos y la generalización de la inseguridad social, se acepta actualmente con resignación como el desenlace obligado de las evoluciones nacionales; eso cuando no se celebra con un entusiasmo aborregado que recuerda de manera extraña la admiración que suscitó, hace medio siglo, el Plan Marshall en una Europa devastada” (Bourdieu y Wacquant, 2001, p. 14-5).

En efecto, en “el ascenso del Estado penal”, si bien éste ha sido en Estados Unidos especialmente destacable, esto no puede hacer que dejemos a un lado que la transformación del modelo de Estado y de regulación social afecta también a países europeos donde el Estado del bienestar había tenido un desarrollo tal que permitía hablar de la democratización de unos ciertos niveles de seguridad entre sus ciudadanos; algo a lo que, por otra parte, no resulta ajena la lógica imperial en la que ha devenido la política de los Estados Unidos; una lógica imperial que, como bien señala Theodore Roszak fijándose en la relación existente entre los asuntos nacionales y los exteriores, resulta

17. En su análisis de las cárceles como *fábricas de inmovilidad*, expone Bauman: “El aislamiento total aparece como un ideal (hasta ahora) remoto, que reduce al otro a la personificación pura de la fuerza punitiva del derecho”; y refiriéndose a un ejemplo de cárcel, la de Pelican Bay en el Estado de California, denuncia que en ella “la única tarea de los guardias es asegurarse de que los presos permanezcan en sus celdas, es decir, en un estado de ceguera e invisibilidad, incomunicados. Si no fuera que comen y defecan, uno confundiría sus celdas con ataúdes”; “lo que *hacen* los presos de Pelican Bay dentro de sus celdas *no tiene importancia*. Lo que sí importa es que permanezcan allí. No fue diseñada como fábrica de disciplina ni de trabajo disciplinado, sino de *marginación* y de personas habitadas a su estado de *marginados*; la característica del marginado en la era de la comprensión espacio-temporal es la *inmovilidad*. La cárcel de Pelican Bay se aproxima al ideal de la perfección en materia de *inmovilización*” (Bauman 2001a, p. 138-53).

de “una transformación ideológica que se ha adueñado de la cultura política” de ese país. Aunque volveremos luego sobre ella, sobre la referida transformación ideológica podemos adelantar siguiendo a Roszak: “Hasta cierto punto es resultado pura y simplemente de la codicia por parte de nuestra comunidad empresarial. Pero va más allá. La avaricia de los ricos ha recibido un potente impulso ideológico, incluso podríamos decir que un ímpetu religioso, por parte de una nueva generación de intelectuales triunfalistas y de fundamentalistas fanáticos” (Roszak 2004, p. 15).

Así, si bien las políticas y los efectos de las mismas siguen marcando distancias en buena parte de los países europeos con respecto a Estados Unidos, lo cierto es que también en este lado del Atlántico encontramos modificaciones en las políticas sociales y de seguridad que abren la puerta a la corrección del modelo de Estado del bienestar hacia un Estado penal o de seguridad¹⁸. De esta forma, y aunque no le falte cierta dosis de razón, quizás le sobre algo de optimismo, pues las distancias a veces se acortan, cuando Rifkin plantea en una publicación de 2004 que hoy lo que estaría en alza sería el “sueño europeo”, si es que sirve la expresión, frente al “sueño americano”; y sin percatarse de que ya algo está cambiando a peor, advierte en el apartado dedicado al empleo: “Si la unión europea liquidara realmente buena parte de su red asistencial a favor de un modelo de mercado más libertario, podría suceder que sus 455 millones de habitantes se vieran atrapados en los mismos problemas sociales que padece actualmente Estados Unidos, desde unas mayores desigualdades hasta una pobreza más extendida, ausencia de regulaciones y la amenaza de la prisión” (Rifkin 2004, p. 79).

En este sentido, y en lo que se refiere a Europa, Loïc Wacquant, sin dejar de reconocer la “calidad” del modelo norteamericano, denuncia que a nuestro continente también ha llegado la “sensatez” penal¹⁹; lo que de acuerdo a sus argumentos contribuye, en su extensión universal (por lo menos al universo de los países capitalistas, aclara), a dotar de la cualidad de autoevidente al *ethos punitivo*. Wacquant expone la “mundialización de la tolerancia cero”, la extensión, desde el Nueva York de Giuliani hacia Europa, de la confianza en un régimen punitivo, policial y judicial que actúa sobre los perdedores del sistema, los pobres, los marginados, buena parte de los inmigrantes²⁰,

18. En sentido contrario, Robert dice: “¿No habrá riesgo de que el Estado de la seguridad sustituya al Estado social? Quienes se preocupan por ello piensan en el ejemplo americano (...). Por el momento los diferentes indicadores no señalan síntomas de americanización (...). Los Estados Unidos hacen más bien el papel de contramodelo” (Robert 2003, p. 238).

19. “En efecto, si bien el ascenso del Estado penal es particularmente espectacular y brutal en ese país (Estados Unidos), por las razones históricamente interconectadas que conocemos (...), la tentación de apoyarse en las instituciones judiciales y penitenciarias para eliminar los efectos de la inseguridad social generada por la imposición del trabajo asalariado precario y el recorte correlativo de la protección social se hace sentir en toda Europa, (...), a medida que se despliegan en ella la ideología neoliberal y las políticas que inspira, tanto en materia de trabajo como de justicia” (Wacquant 2000, p. 102).

20. Dada la importancia en nuestras sociedades del fenómeno migratorio, merece la pena pensar en la utilización de las normativas de tratamiento de la inmigración como unas políticas instrumentalizadas hacia la criminalización de la misma. Vid. por ejemplo, los trabajos de Vázquez García y Bermejo, recogidos en Cueto (coord.) (2005); y De Giorgi (2005, p. 81-124).

criminalizándolos, considerándolos “elementos alógenos que es imperativo evacuar del cuerpo social”. Se trataría, como bien sintetiza este autor, de la ampliación de la expresión “consenso de Washington”, conteniendo, así, medidas de ajuste estructural que no sólo tendrían que ver con efectos en el plano económico y laboral, sino que alcanzarían al tratamiento punitivo de la inseguridad y la marginalidad sociales, consecuencias de la aplicación de la ortodoxia económica y del desgaste sistemático al que es sometido el Estado del bienestar; algo a lo que, siguiendo los dictados de los *think tanks* neoconservadores estadounidenses, no va a resultar ajena la capacidad que tienen algunas instituciones y medios para construir, amplificar y difundir, incluso dotándolas de un ropaje científico, las tesis y concepciones que sobre la seguridad y la inseguridad legitiman al Estado penal²¹. Como sostiene Garland para Estados Unidos y Gran Bretaña, la aplicación de una *estrategia de segregación punitiva* que viene a materializar un giro de la penalidad contemporánea en una línea marcadamente punitiva, requiere de un conjunto de políticas públicas altamente politizado, y para ello de suficiente respaldo social y cultural (Garland 2005, p. 235-ss.)²².

Finalmente, en esta modificación del modelo de Estado, y con él de los criterios básicos de regulación social, desplazando los que serían propios de una sociedad democrática hacia otros de una sociedad que, en su obsesión por la seguridad, corre el peligro de deslizarse hacia una sociedad totalitaria²³; no se puede dejar de lado, –junto a factores como el incremento de las estrategias punitivas; el desplazamiento de la idea de la función resocializadora de la pena por una función retribucionista, de seguridad y de “defensa social”; la comercialización del castigo; o la extensión de una serie de medidas que como la implantación de videocámaras en lugares públicos hacen primar la seguridad sobre la libertad–, el significativo aumento de la población penitenciaria en Europa, lo que da a la cárcel un papel protagonista en el tratamiento de la cuestión social. “La cárcel –escribe Garland sobre la *resurrección y reinvención* de esta institución cerrada– se ubica precisamente en el punto de encuentro de dos de las dinámicas sociales y penales más importantes de nuestro tiempo: el riesgo y la retribución. (...) El encarcelamiento sirve, simultáneamente, como satisfacción expresiva de sentimientos retributivos y como mecanismo instrumental para el *management* del riesgo y el confinamiento del peligro. Los sectores de la población efectivamente excluidos de los mundos del trabajo, del welfare y de la familia (...) crecientemente se encuentran en prisión;

21. Cfr. Wacquant (2000, p. 26-73). En estas páginas, Wacquant presta atención al importante papel que para esta sustitución del Estado del bienestar por el Estado penal desempeñan instituciones como el *Centre for Policy Studies* y el *Institute of Economic Affairs*, ambas en el Reino Unido; o el francés *Institut des hautes études de la sécurité intérieure*. Se trata, sobre todo, de construir y difundir una concepción de la seguridad y de la inseguridad que justifique el incremento de las medidas punitivas y de control de la población que conforman ese Estado penal o de seguridad. En el caso español, también tenemos receptores aplicados de los *think tanks* neoconservadores estadounidenses, como puede ser el caso de la Fundación para el Análisis y los Estudios Sociales, FAES, presidida por José María Aznar.

22. También resulta de interés, en este sentido, las reflexiones sobre “el declive de la autonomía de la justicia penal”. Cfr. Garland (2005, p. 282-4).

23. Cfr. Trías (2005).

su exclusión social y económica es efectivamente encubierta por su estatus de delinquentes condenados. La prisión reinventada del presente es una solución penal frente al nuevo problema de la exclusión social y económica” (Garland 2005, p. 323-3).

En este caso, las cifras aportadas por Wacquant también nos muestran cómo los países que formaban la Unión Europea hasta la ampliación de 2004 acompañan, salvo excepciones²⁴, a Estados Unidos en el proceso de inflación carcelaria; destacándose, además, una sobrepresencia de algunas poblaciones como las procedentes de los sectores más precarios de entre los trabajadores y los inmigrantes, a quienes no sólo se neutraliza, sino que se arrastra, a través del encierro y sus consecuencias, a una situación cuasi-perenne de inseguridad y pauperización (Wacquant 2000, p. 101-ss.). En concreto, para el caso del Estado español, Instituciones Penitenciarias publica en su página web una realidad penitenciaria que ha evolucionado en su ámbito de competencia desde los 33.035 de media semanal en 1990; a los 44.312 en 1996 y a los 59.878 en 2005, según cifras de fecha de 8 de abril de este último año referido²⁵. “Sea como fuere, –viene a concluir Wacquant–, el Estado penal europeo está en vías de instauración en la práctica, en tanto que la construcción de un eventual Estado social continental vegeta todavía en la etapa del esbozo y los anhelos piadosos. Pues la Europa de la libre circulación de los capitales y las personas es también la de la cooperación policial, judicial y penitenciaria, y esta cooperación se intensificó vigorosamente siguiendo la estela de los recientes avances en la integración económica y monetaria”. Insistiendo un poco más adelante en las conexiones entre el desarrollo de las políticas socio-laboral y la penal y policial, y realizando la siguiente y expresiva síntesis: “La ‘mano invisible’ tan valorada por Adam Smith está sin duda de vuelta, pero ahora lleva guante de hierro” (Wacquant 2000, p. 152-6)²⁶.

4. La vulnerabilidad y la incertidumbre como materiales conductores del miedo

Todo este proceso de cambio y transformaciones hacia un modelo que recurre y abusa del miedo y de las inseguridades para justificarse, requiere para su comprensión que dediquemos un tiempo al tema de la vulnerabilidad y la incertidumbre. En realidad, el propio modelo de Estado social, con toda su fuerza reguladora, ya debía buena parte de su justificación a dichos elementos. Como sabemos y hemos apuntado al inicio, tras

24. En lo que fue Alemania Occidental, Austria y Finlandia se observa un proceso de deflación carcelaria si se comparan las cifras de 1983 y 1997, sin por ello afectarse negativamente el índice de criminalidad; Wacquant (2000, p. 154-5).

25. Cfr. <http://www.mir.es/instpeni/>.

26. Siguiendo con tan *férreas* imágenes, Garland utiliza la expresión weberiana de “la nueva jaula de hierro” para referirse a cómo podemos quedar atrapados durante tiempo en una cultura de control del delito “nacida de los miedos y ansiedades de fines del siglo XX”. Así, denuncia la dificultad de afrontar los costos sociales que implican los nuevos esquemas de control del delito a largo plazo. “El recrudecimiento de las divisiones sociales y raciales; el reforzamiento de los procesos criminógenos; la alienación de grandes grupos sociales; el desprestigio de la autoridad legal; una reducción de la tolerancia cívica; una tendencia hacia el autoritarismo; éstos son la clase de resultados que pueden emanar de descansar en los mecanismos penales para mantener el orden social” (Garland 2005, p. 328-31).

la II Guerra Mundial la reconstrucción de las sociedades occidentales se fía a un modelo que buscaba la armonía trabajo – capital, y a través del cual, a la vez que se aceptaban por los trabajadores las bases de un modelo capitalista, el Estado se comprometía a limitar en la medida de lo posible los efectos del libre juego de las fuerzas del mercado, estableciendo una red de seguridad que permitiese neutralizar los crecientes riesgos sociales. Como recoge Bauman: “En una sociedad moderna media, la vulnerabilidad y la inseguridad de la existencia, así como la necesidad de perseguir propósitos vitales bajo condiciones de incertidumbre aguda e irredimible, están garantizadas por la exposición de las actividades vitales a las fuerzas del mercado”. Es esta situación de vulnerabilidad e inseguridad la que proporciona, de forma “natural”, el “suministro permanente de ‘temor oficial’”²⁷; a partir de allí, el Estado se justifica y consigue los niveles de adhesión necesarios para su existencia en su preocupación por socializar los riesgos, por responsabilizarse ante los infortunios individuales y colectivos. En este sentido, partiendo de que todo poder político “debe atender a una renovación periódica de sus credenciales”, y si vulnerabilidad e incertidumbre, como “las dos cualidades de la condición humana a partir de las cuales se moldea el ‘temor oficial’”, se presentan como “la principal razón de ser de todo poder político”; parece conveniente tener a ambas en cuenta a la hora de pensar sobre el nuevo modelo de Estado y de regulación social que viene a ocupar el espacio dejado por un Estado del bienestar sobre el que no dejan de caer discursos y prácticas de “deconstrucción”. Ocurre así que “el Estado –continúa Bauman– se lava las manos ante la vulnerabilidad y la incertidumbre que dimanaban de la lógica (o falta de lógica) del libre mercado, redefinida ahora como un asunto privado, una cuestión que los individuos han de tratar y hacer frente con los recursos que obran en su poder”; lo que exige replantar la fuente y la variedad de la vulnerabilidad y la incertidumbre que lo justifican (Bauman 2005, p. 65-72).

En esta situación, la variedad de vulnerabilidad y de incertidumbre, la fuente de “temor oficial” que se escoja como argumento para ofrecer protección requiere atender al tránsito que ha ocurrido desde una época de “modernidad sólida” a otra caracterizada por su “liquidez” y que nos permite comprender el significado del proclamado triunfo de la individualidad. Así, Beck propone la imagen de una “segunda modernidad”, la “reflexiva”, que actuaría sobre la modernidad con una cierta vocación de “auto-destrucción creativa”. El dinamismo del progreso impulsaría un nuevo tipo de modernidad

27. Hablando de la “irrupción de la inseguridad”, Robert distingue entre la “inseguridad como miedo” y la “inseguridad como preocupación”. En el caso de la primera hay un sentimiento de amenaza; en la segunda, hay preocupación por un problema social, y es ésta la que relaciona con la cuestión de la vulnerabilidad. “La inseguridad –dice sobre su dimensión de *preocupación*– prospera más bien entre aquellos que no tienen ni el armamento (por falta de cualificación o rigidez extrema de su bagaje de actitudes) ni el tiempo (demasiado mayores) necesarios para afrontar el nuevo reparto del poder económico y social con alguna posibilidad de éxito. También son, preferentemente, aquellos que todavía no han perdido su empleo pero temen perderlo pronto. (...) Los más inseguros no son necesariamente los más directa o inmediatamente amenazados, sino más bien los que son más sensibles al debilitamiento del modelo de sociedad y a la incertidumbre que alcanza a su proceso de reproducción y, en fin, a su persistencia” (Robert 2003, p. 78-89).

que socavaría y transformaría el anterior, el ligado a la sociedad industrial, proponiendo, de este modo, una desvinculación a la que ya no seguiría la revinculación a las formas sociales industriales²⁸. A su vez, este proceso por el cual la sociedad industrial deviene en obsoleta, tiene su otra cara en la inexorable aparición, sin posibilidad de elección, de la sociedad del riesgo, donde las amenazas, las ambivalencias, lo imprevisible, las incertidumbres, ..., se manifiestan como líneas definitorias del marco en el que se ha de desarrollar la trayectoria vital de los individuos²⁹. En la sociedad del riesgo los conflictos sobre las distribución de los “males” vienen a “superponerse” y a ganar protagonismo frente a los conflictos sobre la distribución de los “bienes”, los propios de las sociedades industriales. Con todo ello, éste, el de la sociedad del riesgo, resulta ser un concepto a través del cual se “designa una fase de la modernidad en la que las amenazas que ha ido produciendo el desarrollo de la sociedad industrial empiezan a predominar”; a partir de aquí, Beck plantea tres áreas de referencia en las cuales observar estos procesos de transformación y donde se pone de manifiesto la extensión de los peligros que amenazan con desbordar a la sociedad industrial. En concreto, nos interesa atender al agotamiento de lo que se recoge como “las fuerzas de significado colectivas y específicas de grupo de la cultura de la sociedad industrial”, cuya pérdida hace recaer sobre los propios individuos “todo el esfuerzo de definición”³⁰.

Zygmunt Bauman nos sugiere, como ya hemos apuntado más arriba, la lectura de esta transformación de la modernidad a través de la metáfora de la liquidez. Así, Bauman, en distintas publicaciones, se refiere a este proceso de “licuefacción” contraponiendo las imágenes de una modernidad “pesada”, “sólida”, “condensada”, “sistémica”,

28. “Por tanto, –resume Beck–, se supone que modernización reflexiva significa que un cambio de la sociedad industrial que se produce de forma subrepticia y no planeada, a remolque de la modernización normal, de modo automatizado, y dentro de un orden político y económico intacto implica lo siguiente: una *radicalización* de la modernidad que quiebra las premisas y contornos de la sociedad industrial y que abre vías a una modernidad distinta” (Beck 1997, p. 14-5). Como plantea este autor en otras publicaciones, esta “modernidad reflexiva” dispone de la suficiente fuerza significativa como para poder decirse de ella que significa “una modernización *potenciada* con un alcance capaz de *modificar la sociedad*” (Beck 1999, sobre todo, p. 22-85; 1998, p. 199-ss.; y 2002, p. 7-63).

29. “Cualquiera que conciba la modernización como un proceso de innovación autonomizado debe contar con que incluso la sociedad industrial devendrá obsoleta. La otra cara de la obsolescencia de la sociedad industrial es la aparición de la sociedad del riesgo. Este concepto designa una fase de desarrollo de la sociedad moderna en la que los riesgos sociales, políticos, económicos e individuales tienden cada vez más a escapar a las instituciones de control y protección de la sociedad industrial” (Beck 1997, p. 17-8). Mientras que en otro texto del mismo autor leemos sobre la forma de precisar la diferencia que distingue “los riesgos de la sociedad industrial de los peligros y exigencias de la sociedad del riesgo”: “Es posible establecer analíticamente este corte diciendo que la sociedad del riesgo comienza allí donde falla la seguridad prometida en los sistemas de normas sociales en relación con los peligros desatados por las decisiones” (Beck 1999, p. 36).

30. Junto a esta, Beck señala otras dos áreas de referencia afectadas por la sociedad del riesgo: la que tiene que ver con la relación de la sociedad industrial con los recursos de la modernidad y la cultura, y su dilapidación consecuencia del propio desarrollo de la modernidad; y la que recoge como la relación de la sociedad con las amenazas y problemas que ella misma produce y que exceden los fundamentos de las ideas sociales de seguridad. Cfr. Beck (1997, p. 17-21).

a otra “licuada”, “fluyente”, “dispersa”, “liviana”, “diseminada”, “desregulada” o “capilar”. El desplazamiento de la “primera” modernidad por esta “segunda”³¹, abre la puerta a un cuestionamiento radical y a una transformación de los paradigmas sobre los que se sustentó aquella, produciendo, de este modo, una afección sobre aquellos elementos que hasta ahora podían servir como hitos o señales de referencia. La seguridad se convierte en insegura; la certeza se hace incierta; y la protección se traduce en protección desprotegida (Bauman 2001c, p. 17-ss.). Se trata, en definitiva, de una situación de inseguridad, de ausencia de control sobre el presente, de falta de reglas, que viene en buena parte provocada por una fuente de anomia que Bauman denomina “economía política de la incertidumbre” (Bauman 2001c, p. 180-4)³².

Si bien la inseguridad, la incertidumbre, no es algo extraño a la condición humana, en este caso lo original es que no existe posibilidad alguna de control o de resistencia. Desintegrada la trama social y desmoronadas y agotadas las agencias y fuerzas de acción colectivas, por otra parte, exigencia, y a la vez consecuencia, de una nueva técnica de poder postpanóptica “que emplea como principales instrumentos el descompromiso y el arte de la huida” (Bauman 2003a, p. 14-20); la incertidumbre se presenta como una “poderosa fuerza individualizadora”³³. Se impone un proceso de individualización caracterizado, con respecto a la individualización de la primera modernidad, en que al “desarraigo” que conlleva no sigue “rearraigo” alguno. Es decir, si en la modernidad “temprana” o “clásica” la individualización, signo de identidad de la misma, conllevaba la liberación de las personas de las estructuras estamentales heredadas y su adscripción a las clases como un lugar construido en el que la persona encontraba un rearraigo tal que significaba sobre los individuos una sujeción que no envidiaba a la de los estamentos premodernos; en la modernidad “reflexiva”, la de la sociedad del riesgo, “no existen canteros previos donde ‘rearraigarnos’ (...). Existe más bien una variedad de ‘juego de las sillas’ en el que dichas sillas tienen diversos tamaños, cuya cantidad y ubicación varían, obligando a hombres y mujeres a estar en permanente movimiento sin prometerles ‘completud’ alguna (...). No existen perspectivas de ‘rearraigo’ al final del camino tomado por individuos ya crónicamente desarraigados” (Bauman 2003a, p. 35-43; y 2001b, p. 57-60). O como resumen los Beck: “Así –por dar una simple definición–, ‘individualización’ significa ‘*disembedding without reembedding*’ (‘desincrustar sin reincrustar’)” (Beck y Beck-Gernsheim 2003, p. 30).

31. No es que las sociedades del siglo XXI sean menos “modernas” que las que dejamos atrás en el XX; más bien se podría decir que son “modernas” de una forma diferente (Bauman 2001b, p. 119).

32. También resulta interesante la idea de Bourdieu de una “precariedad que está en todas partes”; Bourdieu (1999, p. 120-8).

33. Sobre esta incertidumbre que se ha instalado en la vida laboral, dice Bauman: “La incertidumbre del presente es una poderosa fuerza *individualizadora*. Divide en vez de unir, y dado que no se puede decir quién podría despertarse en qué división, la idea de unos ‘intereses comunes’ se torna cada vez más nebulosa y al final se hace incomprensible. Temores, ansiedades y quejas nacen de una manera tal que se padecen en soledad. No se suman, no se acumulan en una ‘causa común’” (Bauman 2001b, p. 35).

La individualización, que no es una opción, una elección, sino un destino, ha venido para quedarse, concediendo a las personas una libertad sin precedentes, pero también una impotencia como no habían tenido antes. La individualización que se ha instalado “consiste en transformar la ‘identidad’ humana de algo dado en una ‘tarea’, y en hacer responsables a los actores de la realización de esta tarea y de las consecuencias (así como de los efectos colaterales) de su desempeño. En otros términos, consiste en establecer una autonomía *de iure* (haya o no haya sido establecida también una autonomía *de facto*)”³⁴. Así pues, en esta individualización los individuos quedan atrapados en la lógica del “hágalo usted mismo”, “condenados a su individualización” construyen su propia biografía, así como “los lazos y redes que la rodean”, de una forma constante, compulsiva, interminable. “Uno de los rasgos más decisivos de los procesos de individualización es, pues, que éstos no sólo permiten, sino que también exigen una activa contribución por parte de los individuos. (...) Las oportunidades, los peligros y las incertidumbres biográficas, que antes estaban predefinidas dentro de la asociación familiar o de la comunidad rural, o a tenor de las normativas de los estados o clases asistenciales, deben ahora percibirse, interpretarse, decidirse y procesarse por los propios individuos. Las consecuencias –tanto las oportunidades como las cargas –pasan ahora a los individuos” (Beck y Beck-Gernsheim 2003, p. 42).

Cada uno de nosotros es responsable con la *construcción* de su propia biografía de sus éxitos y fracasos (Beck 1999, p. 128-33); hasta el punto de que se trata de “*buscar soluciones biográficas a contradicciones sistémicas*” (Beck y Beck-Gernsheim 2003, p. 31). Y de forma correlativa, esto implica que nadie ha de perder ni un ápice de su libertad por los otros. Como un eje básico de una maquinaria que debilita los niveles de confianza propios y en el otro, a la vez que añade dosis de incertidumbre, la individualización de esta modernidad líquida se produce sin un arraigo, sin un compromiso; en un marco de “desregulación” impuesta por aquéllos que ya no desean ser regulados porque, de acuerdo con Bauman, “*ya no tienen interés en regular a otros*”. “En resumen: se ha acabado la mayoría de los puntos de referencia constantes y sólidamente establecidos que sugerían un entorno social más duradero, más seguro y más digno de confianza que el tiempo que duraba una vida individual”. Además, el contexto que se ofrece es el de una incertidumbre con fuerte carga atomizadora y disgregadora, que fragmenta, que aísla y que para nada estimula la recuperación de la comunidad aunque sea en la “causa común” del sufrimiento. “El tipo de incertidumbre, de oscuras premoniciones y temores respecto al futuro que acosan a hombres y mujeres en el entorno social fluido, en perpetuo cambio, en el que las reglas del juego cambian a mitad de la partida sin previo aviso o sin una pauta legible, no une a los que

34. “Ser un individuo *de iure* significa no tener a quién echarle la culpa de la propia desdicha, tener que buscar las causas de nuestras derrotas en nuestra propia indolencia y molicie. (...) existe una enorme y creciente brecha entre nuestra condición de individuos *de iure* y nuestras posibilidades de transformarnos en individuos *de facto* –o sea, de tomar el control de nuestro destino y hacer las elecciones que verdaderamente deseamos hacer–. Es de las profundidades de ese abismo que emanan los efluvios venenosos que emponzoñan la vida de los individuos contemporáneos” (Bauman 2003a, p. 37-44).

sufren: los separa y los aísla. Los sufrimientos que causa a los individuos no se suman, no se acumulan o condensan en algún tipo de ‘causa común’ que podría perseguirse con mayor eficacia sumando fuerzas y actuando al unísono” (Bauman 2003b, p. 49-60).

De esta forma, esta fragmentación y atomización no sólo afecta a los propios sufrimientos y penurias, el propio disenso se encuentra difuso y no focalizado, lo que no hace sino aumentar la sensación de oscuridad y de sospecha mutua, desplazando la solidaridad y la idea de sociedad justa como pilares de la comunidad e imposibilitando cualquier comunidad que no esté construida “a partir del miedo, la sospecha y el odio” (Bauman 2001c, p. 18-24). Agotada la experiencia de compromiso, de la causa común, en el triunfo de una individualidad que recuerda a la que Tocqueville denunció que amenazaba al ciudadano en su *La democracia en América*; nos encontramos con una perversión de la idea de comunidad, o más exactamente, de la idea de “seguridad en la comunidad”. Si bien se sigue mirando a ella, ésta revive en la forma de comunidad “perchas”, “de guardarropa”, “estética”, “espectáculo” o “de carnaval”. Comunidades que para nada *tejen* vínculos estables, ni facilitan el establecimiento y la durabilidad de compromisos desde los que se habilite el espacio público suficiente para reconstruir los puentes rotos entre la condición de individuo *de iure* y las capacidades de individuo *de facto* (Bauman 2003a, p. 210-2; y 2003b, p. 71-87). En cualquier caso, estas comunidades significan una vía de gestión y administración de los espacios públicos, una política, que se muestra incapaz de acceder, y mucho menos dominar, las fuentes de la inseguridad y la incertidumbre.

Siguiendo a Freud, Bauman habla de *Sicherheit*, una seguridad en sentido amplio que abarcaría seguridad, certeza y protección; y destaca que la ausencia o escasez de alguno de estos elementos da lugar a “falta de resolución, pérdida de confianza en la propia capacidad y desconfianza de las intenciones de los otros, incapacidad creciente, angustia, aislamiento, tendencia a inculpar y a acusar, a la agresividad y a buscar chivos expiatorios”. Aunque el panorama habla de una extensión de la seguridad insegura, la certeza incierta y la protección desprotegida, el carácter más concreto, visible y tangible de las amenazas a la protección, que tiene que ver con la seguridad de nuestro cuerpo, la seguridad personal, y de nuestras propiedades, –algo, como decimos, más concreto y tangible que el lugar social que ocupamos o las perspectivas futuras de acuerdo a nuestras decisiones–, hace que sea sobre ésta sobre la que recaiga la atención de los gobiernos. Dada la imposibilidad de que los gobiernos ofrezcan y garanticen una existencia segura o un futuro cierto, centran su atención en el ámbito de la protección; o dicho de otra forma, desvían la causa de la angustia y la ansiedad de nuestras sociedades de modernidad líquida, los sentimientos de miedo, en definitiva, hacia el tema de la protección, de la garantía de la seguridad personal (Bauman 2001c, p. 24-62).

De esta manera, es en esta búsqueda compulsiva de seguridad, transformada de acuerdo con Philippe Robert en orden público³⁵, y que puede llevar incluso a la paradójica figu-

35. Como apunta al final de una de sus publicaciones: “El desafío consiste en distribuir seguridad para detener las crispaciones. Redefinir el orden público –deshacer el círculo vicioso de la prohibición,

ra del “gueto voluntario” (Bauman 2003b, p. 131-45); donde se encuentra la alternativa a un Estado que se legitimaba en su actuación frente a la inseguridad provocada por el mercado. “Amenazas y miedos a los cuerpos, posesiones y habitats humanos que surgen de las actividades criminales, la conducta antisocial de la ‘infraclase’ y, en fechas más recientes, el terrorismo global”, proporcionan la variedad no económica de vulnerabilidad e incertidumbre que legitiman al Estado. Sin embargo, y a diferencia de la inseguridad que nace del mercado, “esa inseguridad alternativa, con la que el Estado confía en restaurar su monopolio perdido de la redención, debe fortalecerse de manera artificial o, cuando menos, dramatizarse mucho con el fin de inspirar un volumen de ‘temor oficial’ lo bastante grande como para eclipsar y relegar a una posición secundaria las preocupaciones relativas a la inseguridad generada por la economía, sobre las cuales nada puede ni desea hacer la administración estatal”. Con el agravante añadido, como se precisa en la cita que utilizamos, que estas amenazas y peligros para la seguridad personal requieren ser anunciadas “intensamente y pintarse del más oscuro de los colores, de suerte que la no materialización de las amenazas pueda aplaudirse como un evento extraordinario, como un resultado de la vigilancia, el cuidado y la buena voluntad de los órganos estatales”³⁶.

¿Acaso no puede pensarse que hay algo, o mucho de esto en las políticas y en la construcción que sobre la vulnerabilidad y la incertidumbre, sobre las condiciones que alimentan el miedo y la angustia, se ha impulsado a partir del 11 de septiembre de 2001? Más si cabe cuando, probablemente, uno de los efectos más importantes del 11 de septiembre “ha sido la radical transformación del clima de opinión que los occidentales –a imagen y semejanza de los estadounidenses– se formaban de sí mismos y de su papel en el mundo. Es la consabida sensación de pérdida de la invulnerabilidad que, como la pérdida irreversible de la inocencia, obliga a adquirir un nuevo conocimiento perverso del bien y del mal” (Gil Calvo 2003, p. 16).

5. El 11 de septiembre. La puerta al Reino de Macbeth

Aunque sea éste ya el último apartado de un trabajo que permitiría, en la riqueza del tema, una ingente posibilidad de tratamientos y desarrollos, cabe ahora realizar algu-

atenuar la penalización del control de los flujos migratorios– para dar prioridad a la seguridad pública”. (Robert 2003, p. 236). En este trabajo, Robert analiza con el refuerzo de datos cuantitativos el problema de la seguridad pública, y lo centra en el progresivo distanciamiento que plantea que existe entre el incremento de lo que llama “depredaciones”, robos o hurtos sin violencia y sin confrontación con la víctima, y la negligencia ante ellas de los poderes públicos; lo que origina, por una parte, sentimiento de abandono y, por otra, dice, “cultura de la impunidad” (Robert 2003, sobre todo, p. 37-138).

36. Unas líneas más adelante, continúa Bauman: “Pero ‘volver a la gente insegura y ansiosa’ ha sido la tarea que más ocupados ha tenido estos últimos meses a la CIA y al FBI: advertir a los norteamericanos de los inminentes atentados contra su seguridad, que con toda certeza se perpetrarán, aunque es imposible decir dónde, cuándo y contra quién, poniéndolos en un estado de alerta permanente y acrecentando así la tensión. Debe haber tensión; cuanta más, mejor; dispuesta a ser aliviada en caso de que ocurran los atentados, de suerte que pueda existir acuerdo popular a la hora de atribuir todo el mérito por el alivio a los órganos de la ley y el orden, a los cuales van quedando reducidas de forma progresiva la administración estatal y sus responsabilidades oficialmente declaradas” (Bauman 2005, p. 73-4).

na precisión sobre este “miedo” que ha centrado nuestra atención³⁷. Así, parece interesante recurrir a la investigación de Jean Delumeau sobre el miedo en las sociedades occidentales, que centra en los siglos XVI al XVIII, pero de la que, entre muchas otras, podemos obtener un par de cuestiones que nos pueden resultar de utilidad. Por ejemplo, nos interesa cuando al hilo de reconocer la dificultad de analizar el miedo y, especialmente, cuando éste pasa de lo singular a lo colectivo, Delumeau sostiene, recurriendo a la psiquiatría, la conveniencia de distinguir en el plano individual entre miedo y angustia. De esta forma, mientras el miedo se conectaría con el temor, el espanto, el pavor y el terror; la angustia nos llevaría a la inquietud, la ansiedad y la melancolía. Además, mientras el miedo remite a lo conocido; la angustia lleva hacia lo desconocido. “El miedo —dice este autor— tiene un objeto determinado al que se puede hacer frente. La angustia no lo tiene, y se la vive como una espera dolorosa ante un peligro tanto más temible cuanto que no está claramente identificado: es un sentimiento global de inseguridad. Por eso es más difícil de soportar que el miedo”. También es cierto, sin embargo, como Delumeau se encarga de precisar, que distinguir entre uno y otra no debe llevarnos “a ignorar sus vínculos en los comportamientos humanos”; relación que se materializa en que “miedos repetidos pueden crear una inadaptación profunda en un sujeto y conducirlo a un estado de malestar profundo generador de crisis de angustia”; mientras que, de manera recíproca, “un temperamento ansioso corre el riesgo de verse más sometido a los miedos que cualquier otro. Además, el hombre dispone de una experiencia tan rica y de una memoria tan grande que sólo raramente experimenta miedos que en un cierto grado no estén penetrados de angustia” (Delumeau 1989, p. 31-2).

Con esta distinción se pretende facilitar la comprensión de la existencia del miedo no sólo a nivel individual, sino también “colectivo”, en tanto que con este término se trasciende lo específico de cada individuo y se alcanza una especie de hábito propio de un grupo humano de temer a una amenaza; y, en relación con esto, se llega a reflexionar sobre si la civilización europea ha sido asediada por una conjunción de miedos ante los que se ha visto obligada a reaccionar. Para el autor, a partir de la diferenciación presentada en el párrafo anterior, y dado que la angustia se manifiesta como “característica de la condición humana y lo propio de un ser que se crea sin cesar”, se explica el recurso a fabricar miedos particulares, como estrategia tendente a desactivar los estados prolongados de una angustia “flotante, infinita e indefinible” que amenaza el equilibrio interno de nuestras sociedades. Atrapadas en la dinámica de su propio desarrollo, éstas habrían tenido buena parte de la responsabilidad en la construcción e identificación de unos miedos particulares. “En una secuencia larga de traumatismo colectivo, Occidente ha vencido la angustia ‘nombrando’, es decir, identificando, incluso ‘fabricando’ miedos particulares”³⁸.

37. Junto a las referencias del clásico trabajo de Delumeau que utilizamos, también puede resultar de interés acudir a Bodei (1995), donde al hilo de la reflexión sobre el uso político de las pasiones en la Modernidad, también se trabajan cuestiones como el miedo, sus funciones, significado,...

38. Cfr. Delumeau (1989, p. 33). En este sentido, conviene recoger cómo a lo largo de la citada publicación Delumeau adjudica, especialmente, a la Iglesia, y también al poder civil relacionado con ésta, buena parte de la responsabilidad en esta producción y utilización del miedo; identificando todo

Junto a esto, también señala el autor en esta obra que citamos que igual que en el plano individual los miedos o la angustia liberan energía; en el plano colectivo, la represión, la falta de afecto, el desprecio de un grupo, acumulan una carga de rencor susceptible de explotar un día. Existiría, pues, una vinculación entre miedo y ansiedad que se completa con otra entre éstos y agresividad que acaba traducándose en unas movilizaciones de energía leídas como pánicos, revueltas, o como “la instalación de un clima de ansiedad, de neurosis incluso, capaz por sí mismo de resolverse más tarde en explosiones violentas o en persecuciones de chivos expiatorios”³⁹.

Con lo anterior, vamos viendo que la situación de malestar de nuestras sociedades vivida de forma colectiva no es algo que sea original de hoy, como tampoco es la vinculación miedo y ansiedad, de un lado, y agresividad, del otro. El miedo, el terror, la angustia y la violencia han estado suficientemente presentes entre nosotros, de la misma forma, incluso, que el 11 de septiembre ha sido una fecha de terror y violencia que no sólo remite a los atentados de las Torres Gemelas, como pone de manifiesto el recuerdo del bombardeo del Palacio de la Moneda en Santiago de Chile en 1973 y de la matanza ocurrida en 1995 en la ciudad bosnia de Sebrenica⁴⁰. Centrándonos en el 11 de septiembre de 2001 no cabe duda de que ha supuesto un momento de inflexión importante dentro de una sociedad que se creía segura, casi, como apuntábamos al final del

lo que pueda suponer una situación aberrante y/o peligrosa, caso de los turcos, la brujería (las mujeres), los judíos, los comportamientos alejados de la doctrina de la Iglesia, los herejes,..., pero también los locos y pobres, frente a los cuales se aplican estrictas y autoritarias medidas de represión que en buena parte vienen justificadas en el temor a Dios y más secularmente en el peligro de una diversidad que se sale de la norma. En el texto, se habla de dos niveles de miedo: uno, “los miedos de la mayoría”, los que sienten amplias capas de la población, los espontáneos; los otros, los reflexivos, enlazan con la cultura dirigente, con la Iglesia, quien hace un inventario de males y “agentes malignos”, los explica y utiliza de acuerdo a sus intereses, y con el fin de desactivar la angustia disgregadora que amenazaba a la sociedad. Cfr. sobre todo, Delumeau (1989, p. 307-ss.).

39. También resulta de interés el análisis que realiza Gil Calvo a partir de lo que Hitchcock estableció como las “reglas del método del suspense”. Para Gil Calvo, el conocimiento de estas cuatro reglas sirve para comprender el comportamiento de los medios de comunicación en su función de crear una expectación que alimenta la ansiedad de un público a la espera de acontecimientos. Además, en la tercera de estas reglas Gil Calvo se refiere a la diferencia entre el susto, “la sorpresa o golpe de efecto instantáneo, generalmente angustioso, y la ansiedad o suspense, que se va alimentando a lo largo del tiempo mediante su comprensión –cuando cada segundo dura una eternidad– o su estiramiento –si pasa volando como un soplo–”; situando el atentado del 11 de septiembre como “el ejemplo más llamativo” del primero, del *susto*; y el anuncio continuado de que se preparaba la guerra de Irak como un claro ejemplo de la utilización del recurso al *suspense* en su función de crear expectación. Cfr. Gil Calvo (2005, p. 284-90). Por otra parte, la combinación de un susto con un estado de ansiedad puede resultar fatal, como muestra la muerte por paro respiratorio derivado de un infarto de miocardio de la actriz mejicana Mariana Levy a finales de abril de 2005 en Ciudad de México, cuando en el clima de miedo permanente y de ansiedad que se vive en esa ciudad, un extraño armado se acercó al coche en el que estaba con su familia.

40. En Aguilar (2004, p. 13-ss.) se comienza con la cita de estos tres 11 de septiembre y, a partir de constatar la importancia de la posterior valoración social y jurídica que se haga de los mismos, se intenta aportar elementos para la precisión en el uso de conceptos como terror, terrorismo y terrorismo global.

epígrafe anterior, invulnerable; sin embargo, también es cierto que no puede leerse sino como un detonante que ha disparado mecanismos que no resultan del todo extraños a nuestras sociedades. En este sentido, Derrida utilizó su metodología deconstructivista para rechazar la calidad del 11/9 como “gran acontecimiento”. El filósofo francés en sus diálogos con Giovanna Borradori, tras reflexionar sobre la propia expresión “11/9”, y sobre su abuso⁴¹; denuncia, sobre todo en virtud del carácter del 11/9 de no imprevisible, que éste pueda ser reconocido como “gran acontecimiento”. Así, sobre la condición del 11/9 como “gran acontecimiento” dice Derrida: “No es seguro. No era imposible prever el ataque, en suelo norteamericano, por parte de los llamados ‘terroristas’ (...), de un edificio o de una institución sensibles, espectaculares, altamente simbólicos. Para no hablar de Oklahoma City (...), ya había ocurrido un atentado con bomba contra las Torres Gemelas hace unos años (...). Sin embargo, aceptemos, como hipótesis, hablar a este propósito de un ‘acontecimiento’ y procedamos lentamente, con paciencia. Después de todo, cada vez que algo sucede, hasta en la experiencia cotidiana más trivial, hay una parte de acontecimiento y de imprevisibilidad singular: cada instante marca un acontecimiento (...) ¿Se dirá por eso que (...) el 11 de septiembre fue un ‘acontecimiento mayor’? (...) No se cuenta de la misma forma a los muertos en todas partes. Es nuestro deber recordarlo, sin atenuar con ello nuestra tristeza por las víctimas de las Torres Gemelas, nuestro espanto o nuestra rabia frente a este crimen. Tenemos el deber de recordar que la resonancia que tienen estos asesinatos jamás es puramente natural y espontánea. Depende de una maquinaria compleja (histórica, política, mediática, etc.)”; y tras citar los casos de matanzas ocurridas en Camboya, Ruanda, Palestina, Irak, Hiroshima y Nagasaki, concluye: “Lo menos que se puede decir de estas agresiones es que sus dimensiones, cuantitativas o de otra índole, no fueron inferiores a las del ‘11 de septiembre’. Y los Estados Unidos, digámoslo en forma de lótopo, no siempre estuvieron del lado de las víctimas” (Borradori 2003, p. 138-9).

Para Derrida, lo que sí ha existido es la “impresión”, una “impresión construida”, una “creencia” de que ha ocurrido algo terrible y que, además, no se sabe bien todavía qué es. “Lo que es terrible en el ‘11 de septiembre’, lo que sigue siendo ‘infinito’ en esta herida, es que no sabemos lo que es y, así, no sabemos describirlo, ni identificarlo, ni nombrarlo”. Recurriendo a plantear el 11 de septiembre como un síntoma de una “crisis autoinmunitaria”, es decir, como parte del proceso autoinmune a través del cual un

41. “No se sabe bien qué es lo que se llama o nombra de este modo: el 11 de septiembre (...) *Hay que repetirlo*, tanto más cuanto que no se sabe muy bien qué es lo que denominamos de ese modo, como para exorcizar *por partida doble: por una parte*, para conjurar mágicamente la ‘cosa’ misma, el miedo o el terror que inspira (...); y, *de otra parte*, para negar, en este mismo acto de habla y de enunciación, la impotencia para nombrar de manera apropiada, para caracterizar, para pensar la cosa de que se trata, para ir más allá del simple deictico de la fecha: algo terrible tuvo lugar el 11 de septiembre, y en el fondo no se sabe qué” (Borradori 2003, p. 132-3). Se estaría, así, utilizando el lenguaje al margen de su función referencial, utilizándose para nombrar algo que no se puede nombrar “porque sucede más allá del lenguaje: el terror y el trauma”. Con esta fecha repetida y repetida se pretende cumplir una especie de “mantra tranquilizador”, y, a la vez, “aliviar el sentido de responsabilidad por el fracaso en evitarlo, así como el sentido de vulnerabilidad que tal fracaso inevitablemente provoca” (Borradori 2003, p. 210-1).

ser vivo se *suicida* inmunizándose *contra* su propia inmunidad, pone de manifiesto que lo que ha acabado por dar valor de acontecimiento a los atentados de las Torres Gemelas, mejor dicho, a la fecha del 11/9, es la vulnerabilidad de un sistema en el que la estabilidad de la superpotencia se antoja como inexcusable, (Borradori 2003, p. 140-9).

Sea o no sea un “gran acontecimiento”, y ya la “impresión”, justificada o no, puede ser considerada como tal; lo cierto es que esta fecha ha proporcionado el marco idóneo para la extensión e imposición de las posiciones conservadoras y de sus discursos basados en el pesimismo antropológico que revive hoy en un “discurso del odio”⁴². Incluso, la obsesión casi enfermiza por la seguridad, por nuestra seguridad, hace que nuestra civilización recupere una cierta empatía hacia el castigo, la venganza, el odio, que alimentan acciones que se visten como actos “justicieros”⁴³. Así pues, no resulta excesivamente difícil desarrollar un discurso y unas prácticas en las que la seguridad se imponga sin problemas como un valor absoluto, como un bien en sí mismo, sobre los valores propios de las sociedades democráticas, el pluralismo, la igualdad, la justicia y la libertad⁴⁴. No resulta difícil recuperar discursos y prácticas políticas en las que la seguridad se convierte en necesario epicentro; de tal forma que se recupera la tradicional lectura que la enfrenta con la libertad y de la que Hobbes, en línea con el pesimismo antropológico al que nos referíamos, resulta un autor de referencia básica; como podemos ver, por ejemplo, en la explicación que sobre el fin, la generación y definición del Estado nos aporta en el *Leviatán*, siempre centrada en la garantía de la seguridad frente a la amenaza de la condición de guerra. Así, podemos leer sobre la esencia del Estado: “La multitud así unida en una persona se denomina ESTADO (...). Esta es la generación de aquel gran LEVIATÁN (...) de aquel *dios mortal*, al cual debemos, bajo el *Dios inmortal*, nuestra paz y nuestra defensa. Porque en virtud de esta autoridad que

42. Precisamente se ha publicado a principios de 2005 la edición en castellano de un libro de André Glucksmann que se dedica a esta extensión del discurso del odio. En el texto, se defiende que el odio existe y que alimenta al terrorismo, a las bombas humanas, al antisemitismo,..., lo que ha servido para que, en nuestro país, sobre él se realizarán favorables críticas desde sectores que apoyaban la guerra y la invasión de Irak, incidiendo en la necesidad de combatir ese odio propio de los terroristas. Sin embargo, el final del libro tal vez recomiende algún matiz a lo anterior: “¿Sentiría yo odio hacia el odio? Ni una pizca. Lo he descubierto terco y brutal, pero sobre todo, sumamente estúpido en su voluntad original por igualarse a Dios. (...) La gente honesta, los religiosos sinceros, los realistas sin ilusiones tienen la inteligencia de su límites, no necesitan odiar el odio para combatir su locura asesina y sonreír con su ridículo”. Cfr. Glucksmann (2005). Si el odio existe, existe también entre los “civilizados”.

43. Por ejemplo, me remito aquí a una imagen que me proporciona David San Martín. Se trata del final de la película *Dogville* (2003) de Lars von Trier, donde la violencia ejercida por los pistoleros sobre la comunidad que ha maltratado a la hija del jefe de la banda, papel interpretado por Nicole Kidman, y a instancia de ésta, puede crear hasta una cierta empatía en el espectador que contempla la acción como un *acto de justicia*. Por otra parte, esta imagen fue comentada, precisamente, en el coloquio de una conferencia que Javier de Lucas impartió en la Universidad de La Rioja, dentro del I Seminario Cine y Derecho, con el significativo título “Sin Perdón: de la justicia a la venganza”.

44. “España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político”, art. 1.1 de la Constitución Española de 1978.

se le confiere por cada hombre particular en el Estado, posee y utiliza tanto poder y fortaleza, que por el terror que inspira es capaz de conformar las voluntades de todos ellos para la paz, en su propio país, y para la mutua ayuda contra sus enemigos, en el extranjero. Y en ello consiste la esencia del Estado, que podemos definir así: una persona de cuyos actos una gran multitud, por pactos mutuos, realizados entre sí, ha sido instituida por cada uno como autor, al objeto de que pueda utilizar la fortaleza y medios de todos, como lo juzgue oportuno, para asegurar la paz y defensa común. El titular de esta persona se denomina SOBERANO, y se dice que tiene poder soberano; cada uno de los que le rodean es SÚBDITO SUYO” (Hobbes 1987, p. 137-41)⁴⁵.

Sobre este enfrentamiento libertad – seguridad, Ridao explica, hablando del “miedo y sus portavoces”, que “se consagra una metáfora política (...) en virtud de la cual la libertad y la seguridad guardan una relación análoga a la de los vasos comunicantes, de manera que cuanto más demanden los ciudadanos de una menos obtendrán inevitablemente de la otra” (Ridao 2004, p. 114). De esta forma, un peligro principal del 11 de septiembre, si no “el peligro”, es favorecer un clima que permitiera la instalación de un régimen autoritario en el que los ciudadanos, en virtud del miedo y de la demanda de seguridad a cualquier precio, acepten ser privados de sus libertades y contemplen pasivos la desvalorización de las instituciones políticas de sus democracias. “Los atentados del 11 de septiembre contra las Torres Gemelas y el Pentágono, así como la reacción de una parte sustancial de la comunidad internacional, constituyen hasta la fecha el último asalto en la reducción del campo de actuación de la política (...). La más terrible de las victorias que podrían alcanzar los terroristas es que los agredidos acabasen compartiendo su premisa de que, en efecto, las instituciones no sirven para hacer frente a su amenaza, de modo que, ellos también, se sintieran autorizados para emprender y justificar cualquier acción realizada invocando la causa suprema, con independencia del sufrimiento que provocara” (Ridao 2004, p. 29-30). En efecto, el 11 de septiembre ha proporcionado la coartada perfecta, y esperada, para el desarrollo de toda una serie de prácticas y discursos por medio de los cuales las fuerzas conservadoras y fundamentalistas norteamericanas han impuesto su “ley”. Elementos económicos, corporativistas, junto a otros hiperconservadores, triunfalistas, a intereses de la industria militar y unidos con sectores fundamentalistas del tipo de los “cristianos renacidos” y evangélicos, han confluído alrededor y en el gobierno de George W. Bush, imponiendo sus criterios en el contenido nacional e internacional de la agenda política de la única superpotencia mundial (Roszak 2004; y Tortosa 2004, p. 45-84).

Enlazando con el pesimismo antropológico que citábamos antes, Benjamin R. Barber se refiere a la enseñanza de Maquiavelo, “es mejor ser temido que amado”, como la lección que Estados Unidos ha aprendido del 11 de septiembre (Barber 2004, p. 16). Más en concreto, podemos citar tres ámbitos en los que se ha aplicado esta lógica de

45. Más adelante, en el capítulo dedicado a la “misión del representante soberano” también podemos leer: “La misión del soberano (...) consiste en el fin para el cual fue investido con el soberano poder, que no es otro sino el de procurar la *seguridad del pueblo*” (Hobbes 1987, p. 275).

a la seguridad a través de la explotación del miedo y a costa de la libertad y la democracia. En primer lugar, en el ámbito internacional, podemos ver cómo Estados Unidos, que tras la guerra fría y la posterior liquidación de la Unión Soviética aparecía como la única superpotencia en un mundo cada vez más globalizado, se ha decantado por desarrollar su hegemonía a través de la intimidación y la dominación militar, para lo cual, y al modo de otras ocasiones en la Historia de los Estados Unidos, el 11 de septiembre ha servido como el acontecimiento catalizador necesario del tipo de Pearl Harbor⁴⁶. Como plantea José Luis Sampedro, el imperialismo mercantil y financiero que se desarrolló en los 90 bajo el mandato de Clinton, se mostraba insuficiente a los ojos de unos conservadores “ebrios de patriotismo” (Sampedro 2005, p. 71). Así, la combinación de un líder, George W. Bush, identificado con la política redentora y expansionista que Dios le ha asignado en la Historia a Estados Unidos; junto a un acontecimiento que sirvió de detonante, el 11 de septiembre, permitió que se desarrollase una política imperialista en la que los dirigentes estadounidenses manifestaron pronto su opción ante el dilema de si Estados Unidos debía desarrollar un liderazgo o una dominación global⁴⁷. Así pues, y como acabamos de apuntar siguiendo a Brzezinski, la realidad ha colocado a Estados Unidos en el dilema de cómo usar su calidad de “epicentro” del mundo global, bien para construir sobre él una comunidad de intereses compartidos, lo que la convertiría en una Superpotencia con respaldo global; o bien una superpotencia (con minúsculas) a la que su obsesión por la seguridad desliza hacia tendencias autoaislacionistas en las que el odio, la hostilidad y el miedo acaben creando una situación tal de desequilibrio que afecte a la propia seguridad nacional de la nación más poderosa (Brzezinski 2005).

Tras el 11 de septiembre, el terrorismo se ha convertido en la excusa a través de la cual se disimulan las ambiciones imperialistas y se acaban justificando las acciones que responden a dicha lógica revistiéndolas de que se realizan en beneficio de todos⁴⁸. “Con el terrorismo, Rumsfeld y los suyos ya tienen lo necesario: el hecho detonante que ‘les

46. Vid. Ramonet (2005, p. 9-45), donde se expone lo que ha sido un proceso hacia la guerra y la invasión de Irak hasta presentar la opción militar como algo necesario e inexorable.

47. Cfr. Petras y Veltmeyer (2004, p. 77-117), sobre la importancia del 11 de septiembre como momento iniciático a partir del cual la Administración Bush se ha dedicado a imponer una construcción imperial, un “Nuevo Orden Mundial”.

48. Lógicamente, todo esto requiere de un inmenso aparato de propaganda que Estados Unidos no ha dudado en utilizar antes, durante y después de la invasión de Irak, al margen de un sinnúmero de mentiras e intoxicaciones, como la intervención de Colin Powell, secretario de Estado norteamericano, el 5 de febrero de 2003 ante el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas. Cfr. Ramonet (2005, p. 9-45 y p. 65-96); y también, Derian (2004). Todo ello en el marco del posterior reconocimiento de que Irak no poseía, desde hacía tiempo, armas de destrucción masiva; y pese a los informes de los inspectores internacionales en el mismo sentido. Por otra parte, a finales de marzo de 2005 se publicó un informe de una comisión presidencial compuesta por republicanos y demócratas y que se encargó de investigar los informes de inteligencia que contribuyeron a justificar la invasión de Irak. De este informe leemos en *El País* de 1 de abril de 2005 algunos extractos. Por ejemplo, sobre el aparato de espionaje de EE.UU dice que, aunque no hay pruebas de manipulación, estuvo “absolutamente equivocado en casi todos sus juicios sobre el arsenal de armas de destrucción masiva de Sadam Husein antes de la guerra”.

obliga a actuar', junto con la opinión volcada a su favor. Y precisamente para conquistar mejor esa opinión, respondiendo a su miedo, se acuñó muy pronto la consigna 'Libertad Duradera', sustituyendo a la propuesta en un principio, que enmascaraba la ira vengativa y el orgullo herido bajo las desmedidas palabras 'Justicia Infinita'" (Sampedro 2005, p. 76-7). Frente al "Eje del Mal", al que se refirió George W. Bush en el discurso sobre el estado de la Unión en enero de 2002 y que estaría formado por Irán, Irak y Corea del Norte, los Estados Unidos inician una no exenta de tonos religiosos y fundamentalistas auténtica "cruzada antiterrorista", para lo cual utilizan como arma de choque principal la estrategia de la "guerra preventiva". Esta estrategia se plantea desde un poder hegemónico que antepone su seguridad a cualquier otra cuestión, sin comprender que vivimos en un mundo de suficientes interdependencias como para que la seguridad de todos y cada uno esté relacionada, constituyéndose, así, en un auténtico "imperio del miedo" que desplaza cualquier posibilidad de realización democrática (Barber 2004, p. 35-132)⁴⁹. En otras palabras, en la respuesta a los atentados terroristas, el poder hegemónico no duda en recurrir "a la ruptura de las reglas del juego, esperando recuperar así la iniciativa perdida. Es lo que ha hecho el Pentágono tras el 11-S en su cruzada antiterrorista, que ha comenzado por romper las propias reglas que los Estados Unidos decían defender desde 1945 por lo menos: libertades civiles, seguridad jurídica, derecho de defensa, Carta de la ONU, etc. Tanto es así que su nueva Iniciativa Estratégica, propuesta por el presidente Bush en septiembre del 2002, proclama la arbitraria libertad que se arroga la hiperpotencia para intervenir con acciones militares unilaterales en cualquier punto del planeta, a fin de prevenir las hipotéticas amenazas terroristas" (Gil Calvo 2003, p. 259).

En segundo lugar, y siendo lo anterior el ámbito que más trascendencia y resistencias ha tenido, no podemos dejar de lado que estas medidas que se presentan como antiterroristas pero que tienen, ante todo, un significado de triunfo de la fuerza frente al Derecho, un significado represor y limitador de los derechos y libertades, también se han desarrollado en el ámbito interno de los países "civilizados". Se trata de una especie de "mirada hacia dentro" que bien puede tener su lógica en dotar de verosimilitud a la amenaza que supone el "Eje del Mal", a través de publicitar la existencia de un "invisible enemigo interior" al que hay que combatir. "Es la invención política de una epidemia patógena de agentes infecciosos a erradicar, que obliga a toda la sociedad a movilizarse contra tan peligrosa peste colectiva. Para ello se airean por los medios supuestas amenazas reales o imaginarias – como la muy sospechosa campaña de atentados de origen desconocido realizados con sobres que contenían ántrax–, a fin de crear

49. En la segunda parte de este trabajo citado, Barber defiende la sustitución de la "guerra preventiva" por la "democracia preventiva", de la que dice que, pese a su dificultad, no menos que la otra estrategia, tiene dos virtudes, "se distancia del imperio del miedo buscando la protección por medios distintos del terror compensatorio, y es eficaz"; cfr. Barber (2004, p. 135-97). En concreto, sobre el caos que se ha disparado en Irak y que ahora sí supone una amenaza real a la estabilidad internacional, vid. por ejemplo, Ramonet (2005, p. 149-56). Vid. también sobre este "nuevo desorden internacional" a partir del 11-S, Lamo de Espinosa (2004, p. 47-105).

una psicosis colectiva que aconseje a los ciudadanos renunciar a la Libertad civil en defensa de la Seguridad pública. Y así se ha logrado inducir entre los estadounidenses una histeria colectiva de manía persecutoria, que predispone a consentir cualquier abuso de poder con la excusa de su presunta eficacia antiterrorista⁵⁰. De esta forma, al amparo del 11 de septiembre, y de nuevo de la necesidad de *asegurar la sociedad*, se han producido una serie de reformas legislativas que conforman, desde su lógica limitadora de derechos, una especie de “Estado de excepción permanente” que, sin duda, contribuye a pensar que nuestras sociedades son menos libres, tal y como se ha denunciado desde organizaciones internacionales del tipo de Amnistía Internacional⁵¹.

Entre estas reformas legislativas surgidas tras el 11-S, la que ha servido como referencia de la evolución de Estados Unidos hacia el recorte de las libertades ha sido la conocida como *Patriot Act*, Ley Patriótica, de 26 de octubre de 2001, o también “Uniting and Strengthening America by Providing Appropriate Tools Required to Intercept and Obstruct Terrorism Act of 2001” (Uniendo y fortaleciendo a América mediante los apropiados recursos para interceptar y detener al terrorismo). Esta norma, que como apuntamos, ha venido acompañada de otras en la misma línea⁵², proporciona al ejecutivo una capacidad de vigilancia y control sobre las personas que supera los supuestos fines antiterroristas con los que justifica su existencia; significa, por lo tanto, junto a otras manifestaciones como Guantánamo y las torturas y vejaciones de la cárcel de Abu Ghraib a las que luego nos referiremos, la materialización de un auténtico *Imperio sin*

50. La cita continúa: “Se designa una quinta columna de invisibles enemigos infiltrados a exterminar, se alienta a la población a que denuncie y delate a sus vecinos más sospechosos y se hacen demostraciones públicas de persecución oficial contra los apestados, a los que se detiene y se interna sin juicio en centros de reclusión privándoles de sus derechos para someterlos al oprobio público, a la espera de realzar la moral del patriotismo estadounidense, humillantemente profanado por la inolvidable ofensa del 11-S” (Gil Calvo 2003, p. 275-6). Sobre esta realidad casi paranoica que se vive en los Estados Unidos post 11-S, pueden verse *Fabrenbeit 9/11* (2003), de Michael Moore; y la más reciente *Tierra de Abundancia* (2004), de Win Wenders.

51. En una entrevista publicada en el diario *El País* de 14 de marzo de 2005, a la pregunta de si desde el 11 de septiembre el mundo es no sólo menos seguro sino también menos libre, Irene Khan, secretaria general de Amnistía Internacional, contestaba: “El 11-S fue un crimen contra la humanidad, el peor ataque contra los derechos humanos. Pero después los Gobiernos occidentales respondieron limitando los derechos humanos, pensando que así aumentaría la seguridad. En cambio, lo que vemos tres años y medio después es que la violencia ha aumentado. Y hemos visto el abuso masivo de los derechos humanos en nombre de la guerra contra el terrorismo por parte de Gobiernos democráticos, y el desprecio del Estado del derecho. Por tanto es un mundo menos seguro y a menudo parece dispuesto a sacrificar los derechos humanos en nombre de la seguridad”. A ello hay que unir los informes anuales publicados por Amnistía donde se denuncia que a partir del 11-S, y en el marco de la lucha contra el terrorismo, ha habido un recorte de libertades fundamentales, tanto en Estado Unidos como en otros países.

52. Cfr. en este sentido, Alarcón y Soriano (2004), donde se recogen con unos breves comentarios una selección de textos normativos, gubernamentales y doctrinales a través de los cuales se pretende aportar elementos para el conocimiento del significado del “Nuevo Orden Americano”. En particular, en lo que se refiere a los textos normativos, queda recogida la limitación que éstos suponen sobre las libertades fundamentales y el correlativo incremento de poder del ejecutivo.

ley (Zulaika y Douglass 2004). Limitar derechos como el Habeas Corpus, uno de los fundamentos del Estado de Derecho; proporcionar amparo legal para realizar detenciones que llevan a encarcelaciones sustentadas en meras sospechas; ampliar la capacidad de investigación y de control del ejecutivo, de la policía, del FBI y de la CIA, incluyendo la intervención telefónica y cibernética sin autorización judicial; reducir, por lo tanto, el control judicial frente a las actuaciones del ejecutivo; autorizar al ejecutivo a limitar, arbitrariamente, derechos a los no estadounidenses, incluyendo la deportación y la denegación de entrada en el país sin requerir justificación expresa...⁵³, son algunos de los contenidos de la *Patriot Act* (Dempsey y Cole 2002), una norma que, por otra parte, también ha tenido una polémica extensión en el ordenamiento jurídico británico⁵⁴.

Finalmente, en tercer lugar, esta convivencia entre la vindicación de la seguridad nacional y la minusvaloración de la libertad y la democracia tiene una de sus más grotescas y, a la vez, dramáticas manifestaciones en la “normalización” que se ha dado de la tortura. Se trata de una, sino la más, forma preclara de ignorar los derechos humanos y la ley, y su principal peligro está en que parece que se tiende, en el mejor de los casos, a que sea aceptada como el “mal menor” que nuestras democracias deben soportar ante la amenaza terrorista y en virtud de su “derecho” a sobrevivir, lo cual no está exento de buena dosis de problemática moral (Ignatieff 2004, p. 15-44). Al margen de que no resulta extraño encontrar denuncias de la práctica de torturas en nuestras democracias liberales, sobre todo, en el marco de la aplicación de legislaciones antiterroristas⁵⁵; a partir del 11-S, e impulsado por el ejecutivo norteamericano, se ha extendido una cierta tendencia a normalizar y justificar la tortura, incluso a legalizarla, como se ha puesto de manifiesto con una serie de informes y memorandos redactados por aboga-

53. En su limitación de los derechos, esta norma, y otras como la *Homeland Security Act of 2002*, Ley de Seguridad Nacional de Estados Unidos de 26 de noviembre de 2002, pueden evocar a otra norma de la Alemania nazi donde, de la misma forma, se establecían preceptos que con el objetivo declarado de proteger la nación y el Estado de actos terroristas, servían para limitar derechos y libertades. Cfr. Aguilar (2004, p. 40-5).

54. A raíz de los atentados del 11-S el Reino Unido aprobó una norma con un espíritu similar a la *Patriot Act* norteamericana. Esta norma fue denunciada en diciembre de 2004 por los jueces-lores de la Cámara de los Lores como ilegal y discriminatoria. En febrero de 2005, Blair trabajaba en una norma que entrara en vigor en marzo, la Ley de Prevención del Terrorismo, y que mantenía la línea de limitación de las libertades de la anterior. Así, en unas manifestaciones de Blair recogidas en *El País* de 25 de febrero de 2005 se lee, en línea de sus planteamientos de seguridad por encima de libertad: “No tengo duda alguna acerca de cuál es la principal obligación de un primer ministro: hacer todo lo posible para proteger la seguridad de nuestra nación y de sus ciudadanos”. Este proyecto tuvo que ser modificado tras tensiones entre el ejecutivo y la Cámara de los Lores, corrigiendo o suavizándose algunos puntos que se consideraban vulneraban el Estado de Derecho y aprobándose, finalmente, la nueva Ley el 11 de marzo de 2005 que será de nuevo revisada en un año.

55. Por ejemplo, en una breve entrevista publicada en *El País* de 14 de abril de 2005, Fernando Mariño, Presidente del Comité contra la Tortura de Naciones Unidas respondía a la pregunta de si en España había torturas: “Sí, hay algunos casos de tortura, como los hay en Francia o en el Reino Unido. En concreto la legislación antiterrorista plantea algunos problemas como el alargamiento del periodo de incomunicación de los detenidos. No implica tortura necesariamente, pero sí aumenta el riesgo de que se produzcan violaciones”.

dos de la Administración Bush donde se recogen, pese a normas internacionales como la Convención de Ginebra, argumentos jurídicos para la defensa de acciones de tortura (Lewis 2004). En este sentido, no escapa que uno de estos consejeros – abogados fuera Alberto Gonzales, actual responsable de Justicia del ejecutivo Bush. Ni tampoco puede quedarse a un lado que tras hacerse públicas, y posteriormente investigarse, las vejaciones y torturas llevadas a cabo por el ejército estadounidense en la cárcel cercana a Bagdad de Abu Ghraib, el Pentágono, un año después, abril de 2005, haya acabado exculpando de responsabilidad militar o delictiva a los altos mandos que entonces se encontraban destacados en Irak, quizás con la excepción de la general Janis Karpinski, responsable de las prisiones en Irak en el momento de las torturas publicitadas y que ha sido degradada a coronel en mayo de 2005, no sin antes proclamar su condición de “chivo expiatorio” del proceso, al igual que unos pocos soldados condenados por malos tratos a detenidos iraquíes. De esta forma, Guantánamo, Bagram, en Afganistán, o Abu Ghraib suponen el abandono más claro de la vía de la democracia, el Estado de derecho y los Derechos Humanos (Ramonet 2005, p. 136-45); lo cual, en un contexto en el que Bush, “principal sheriff del condado global”, y su equipo de gobierno no tienen reparos en hablar de libertad y democracia⁵⁶, no admite otra lectura que no sea, como plantea Irene Khan, que se ha producido una auténtica “usurpación del lenguaje de los derechos humanos”⁵⁷.

En definitiva, y pese a que no resulta extraño encontrar voces que se resisten a aceptar estas respuestas totalitarias como las únicas posibles⁵⁸; lo cierto es que este “Nuevo Orden”, del que los Estados Unidos en su calidad de potencia hegemónica son principales, pero no únicos responsables, se desliza por una vía de desprecio de la democracia, de “usurpar derechos”, que nos lleva peligrosamente hacia un totalitarismo sustentado en el terror e ignorante de que la riqueza de nuestras democracias reside en su misma vulnerabilidad. Esta forma de ejercer el poder no comprende, o no acepta, la

56. Por ejemplo, en el documento, firmado por George W. Bush, “La estrategia de seguridad nacional de los Estados Unidos de América”, de septiembre de 2002, se puede leer: “La libertad individual es una pretensión no-negociable de la dignidad humana; la primogenitura de toda persona en cualquier cultura. A través de la Historia, la libertad ha sido amenazada por la guerra y el terror; ha sido desafiada por los deseos ignominiosos de Estados poderosos y por los propósitos diabólicos de los tiranos; y ha sido probada su consistencia por la propagación de la pobreza y de la enfermedad. Hoy, la humanidad tiene en sus manos la oportunidad del triunfo incontestable de la libertad sobre todos estos obstáculos. Estados Unidos da la bienvenida a nuestra responsabilidad para liderar esta gran misión”. Recogido en Alarcón y Soriano (2004, p. 154).

57. En la entrevista ya citada de *El País*, Irene Kahn dice: “Lo más indignante es el modo en que esta Administración ha usurpado el lenguaje de los derechos humanos. Bush habla de democracia y libertad para llevar a cabo una estrategia de miedo y fuerza. EE. UU. es el Estado más poderoso y envía un mensaje muy fuerte al resto del mundo. Cuando he estado en Sudán me han dicho: ‘Si EE.UU. puede hacerlo en Guantánamo, nosotros podemos hacerlo aquí’. Éste es el mensaje: que pueden ignorarse los derechos humanos y la ley”.

58. Buen ejemplo de estas posiciones son algunas de las intervenciones y el mismo texto que surgió de la Cumbre sobre Terrorismo celebrada en Madrid en marzo de 2005, donde se defiende “una respuesta democrática a la amenaza global del terror”.

imposibilidad de acceder a la garantía de una seguridad absoluta, ignorando que, paradójicamente, “la vulnerabilidad de nuestras sociedades resulta ser aquello que las hace más fuertes” (Innerarity 2004, p. 147-76). Dicho de otra forma, y como sostiene Ignatieff, “cuando nos enfrentamos a la violencia terrorista, no podemos permitir que las reivindicaciones de la seguridad nacional prevalezcan sobre las reivindicaciones de libertad, ya que lo que estamos tratando de defender es nuestra existencia continuada como pueblo libre. La libertad debe establecer un límite a las medidas que empleamos para mantenerla” (Ignatieff 2005, p. 191). Los dilemas que sobre la seguridad de nuestras sociedades se impongan no deben, en ningún caso, resolverse a partir de la instauración de un *imperio del miedo* en el que los ciudadanos pierdan su condición de tales, se desactiven y se conviertan en meros súbditos entregados al orden. Al contrario, la ciudadanía debe interpretarse como la trinchera que en la democracia ha de protegernos frente al terror. “El imperio del miedo es un reino sin ciudadanos, un dominio de espectadores, súbditos y víctimas cuya pasividad significa inutilidad, y cuya inutilidad define e intensifica el terror. La ciudadanía construye muros de actividad en torno al terror (...). La lógica de la libertad y la de la seguridad pueden unirse con la bisagra de la democracia. El imperio del miedo nada puede hacer para sojuzgar la verdadera democracia, para someter a los hombres y las mujeres que con el compromiso de la ciudadanía constituyen la verdadera democracia” (Barber 2004, p. 199-203).

En cierta medida, y para acabar, se puede decir que con esta obsesión hacia una seguridad absoluta, el poder, alejado de la democracia, de los derechos y de la ley, se está comportando como el Macbeth que retrata Shakespeare. Macbeth encarna a un poder que rompe las reglas del juego político, que actúa tiránicamente, como queriendo enfrentarse a su destino inexorable, *perder el poder*⁵⁹. Si aún estamos a tiempo, parece obligado pensar que nuestras sociedades no deben convertirse en “Reinos de Macbeth”, donde el crimen sea el instrumento necesario para mantener el orden; donde se de la paradoja de que se cometan crímenes para acabar con el crimen; donde acabemos desintegrándonos en sentimientos de culpabilidad, como Lady Macbeth; donde el orden político no se sustente en una secuencia de miedos y ambiciones; y donde, sobre todo, y como le pasó a Macbeth, en la deseable vulnerabilidad de nuestras democracias, no nos dejemos dominar por las predicciones de las brujas y de las apariciones.

Aparición Segunda a Macbeth: “Sé decidido, sanguinario, valiente: podrás tomar a risa el poder de los hombres, porque nadie nacido de mujer hará daño a Macbeth” (Escena primera del Acto IV).

59. “Pero la realidad íntegra del poder es también su final. Un poder íntegro que sólo se basa en la prevención, en la disuasión, en la seguridad y en el control, es un poder simbólicamente vulnerable: ya no puede desempeñarse y finalmente se vuelve contra sí mismo. Esta debilidad, este desfallecimiento interno del poder mundial, es lo que a su manera revela el terrorismo – tal como una angustia inconsciente se muestra a través de un acto fallido. Es propiamente el ‘infierno del poder’. De este modo, el 11 de septiembre aparece desde el punto de vista del poder como un gigantesco desafío, ante el que el poder mundial ha quedado en evidencia” (Baudrillard 2003, p. 86).

Bibliografía citada

- AGUILAR, C. (2004): “¿Terrorismo global o Terror global?”, en SORIANO, R.; C. ALARCÓN y J. J. MORA (dirs.), *Repensar la democracia*, Sevilla: Aconcagua Libros, p. 13-45.
- AGUITON, Ch.; R. PETRELLA y UDRY, Ch.-A. (2001): “La construcción de una globalización desde los expropiados. Primera parte: los mecanismos de exclusión”, en HOUTART, F. y F. POLET (coords.), *El Otro Davos. Globalización de resistencias y de luchas*, trad. B. Martínez y V. Valembois, Madrid: Editorial Popular-Plaza y Valdés, p. 44-55.
- ALARCÓN, C. y R. SORIANO (2004): *El nuevo orden americano: textos básicos. Normativos, gubernamentales y doctrinales*, Córdoba: Editorial Almuzara.
- ALONSO, L. E. (1997): “La reconstrucción de la solidaridad: la crisis del Estado del bienestar y los dilemas de la ciudadanía”, *Acciones e investigaciones sociales* 6, p. 13-51.
- , (2000): “Ciudadanía, sociedad del trabajo y Estado de bienestar: los derechos sociales en la era de la fragmentación”, en PÉREZ LEDESMA, M. (comp.), *Ciudadanía y democracia*, Madrid: Editorial Pablo Iglesias, p. 159-91.
- ÁLVAREZ-URÍA, F. (2001): “Neoliberalismo, tercera vía y socialdemocracia”, *Claves de razón práctica* 111, p. 31-9.
- BARBER, B. R. (2004): *El imperio del miedo. Guerra, terrorismo y democracia*, trad. M. Pino, Barcelona: Paidós.
- BARCELONA, P. (1991): “Los sujetos y las normas. El concepto de Estado social”, trad. E. Díaz-Otero, en OLIVAS, E. (ed.), *Problemas de legitimación en el Estado social*, Madrid: Trotta, p. 29-47.
- BAUDRILLARD, J. (2003): *Power Inferno*, trad. I. Herrera, Madrid: Arena Libros.
- BAUMAN, Z. (2000): *Trabajo, consumismo y nuevos pobres*, trad. V. de los Ángeles Boschiroli, Barcelona, Gedisa.
- , (2001a): *La globalización. Consecuencias humanas*, trad. D. Zadunaisky, México: Fondo de Cultura Económica.
- , (2001b): *La sociedad individualizada*, trad. M^a. Condor, Madrid: Cátedra.
- , (2001c): *En busca de la política*, trad. M. Rosenberg, Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica de Argentina.
- , (2003a): *Modernidad líquida*, trad. M. Rosenberg y J. Arrambide, Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica de Argentina.
- , (2003b): *Comunidad. En busca de seguridad en un mundo hostil*, trad. J. Alborés, Madrid: Siglo XXI.
- , (2005): *Vidas desperdiciadas. La modernidad y sus parias*, trad. P. Hermida, Barcelona: Paidós.
- BECK, U. (1997): “La reinención de la política: hacia una teoría de la modernización reflexiva”, en BECK, U.; A. GIDDENS y S. LASH, *Modernización reflexiva. Política, tradición y estética en el orden social moderno*, versión española de J. Alborés, Madrid: Alianza Universidad, p. 13-73.
- , (1998): *La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad*, trad. J. Navarro y otros, Barcelona: Paidós.

- , (1999): *La invención de lo político. Para una teoría de la modernización reflexiva*, trad. I. Merzari, México: Fondo de Cultura Económica.
- , (2002): *Libertad o capitalismo. Conversaciones con Johannes Willms*, trad. B. Moreno, Barcelona: Paidós.
- BECK, U. y E. BECK-GERNSHEIM, (2003): *La individualización. El individualismo institucionalizado y sus consecuencias sociales y políticas*, trad. B. Moreno, Barcelona: Paidós.
- BERNUZ, M^a. J. y R. SUSÍN (2003): *Ciudadanía. Dinámicas de pertenencia y exclusión*, Logroño: Universidad de La Rioja.
- BODEI, R. (1995): *Una geometría de las pasiones. Miedo, esperanza, felicidad: filosofía y uso político*, trad. J. R. Monreal, Barcelona: Muchnik editores.
- BORRADORI, G. (2003): *La filosofía en una época de terror. Diálogos con Jürgen Habermas y Jacques Derrida*, trad. J. J. Botero y L. E. Hoyos, Madrid: Taurus.
- BOURDIEU, P. (1999): *Contrafuegos. Reflexiones para servir a la resistencia contra la invasión neoliberal*, trad. J. Jordá, Barcelona: Anagrama.
- BOURDIEU, P. y L. WACQUANT (2000): “La nueva vulgata planetaria”, *Le monde diplomatique* (ed. en castellano) mayo, p. 4-5.
- , (2001): *Las argucias de la razón imperialista*, trad. M^a. J. Furió, Barcelona: Paidós.
- BRZEZINSKI, Z. (2005): *El dilema de EE.UU. ¿Dominación global o liderazgo global?*, trad. A. Santos, Barcelona: Paidós.
- BURTON-ROSE, D.; D. PENS y P. WRIGHT (2002): *El encarcelamiento de América. Una visión desde el interior de la industria penitenciaria de EE. UU.*, trad. M. Barrobés, Barcelona: Virus.
- CASTEL, R. (1997): *Las metamorfosis de la cuestión social. Una crónica del salariado*, trad. J. Piatigorsky, Buenos Aires: Paidós.
- CATTACIN, S.; M. GIANNI; M. MÄNZ y V. TATTINI (1999): “Workfare, citoyenneté et exclusión sociale”, en COUTU, M. y otros (eds.), *Droits fondamentaux et citoyenneté. Une citoyenneté fragmentée, limitée, illusoire?*, Montréal: Themis, p. 363-82.
- DE CUETO, C. (coord.) (2005): *Seguridad y diversidad en las sociedades contemporáneas*, Madrid: Biblioteca Nueva.
- DE GIORGI, A. (2005): *Tolerancia cero. Estrategias y prácticas de la sociedad de control*, trad. I. Rivera y M. Monclús, Barcelona: Virus.
- DELUMEAU, J. (1989): *El miedo en Occidente. (Siglos XIV-XVIII). Una ciudad sitiada*, trad. M. Armiño y F. Gutiérrez, Madrid: Taurus.
- DEMPSEY, J. X. y D. COLE (2002): *Terrorism and the Constitution: Sacrificing Civil Liberties in the Name of National Security*, 2^a ed., Washington DC: First Amendment Foundation.
- DERIAN, J. DER (2004): “In terrorem: antes y después del 11 de septiembre”, trad. A. Elena, en J. Beriain, *Modernidad y violencia colectiva*, Madrid: Consejo de Investigaciones Sociológicas, p. 281-96.
- ESPING-ANDERSEN, G. (1993): *Los tres mundos del Estado del bienestar*, trad. B. Arregui, Valencia: Edicions Alfons el Magnànim.
- EWALD, F. (1986): *L'État providence*, Paris: B. Grasset Fraquelle.

- FORSTHOFF, E. (1986): "Problemas constitucionales del Estado social", en ABENDROTH, W.; E. FORSTHOFF y K. DOEHRING, *El Estado social*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- GARLAND, D. (2005): *La cultura del control. Crimen y orden social en la sociedad contemporánea*, trad. M. Sozzo, Barcelona: Gedisa.
- GIL CALVO, E. (2003): *El miedo es el mensaje. Riesgo, incertidumbre y medios de comunicación*, Madrid: Alianza.
- GLUCKSMANN, A. (2005): *El discurso del odio*, trad. M. Rubio, Madrid: Taurus.
- HIRSCHMAN, A. O. (1991): *Retóricas de la intransigencia*, trad. T. Segovia, México: Fondo de Cultura Económica.
- HOBBS, Th. (1987): *Leviatán. O la materia, forma y poder de una República eclesiástica y civil*, trad. y prefacio M. Sánchez Sarto, México: Fondo de Cultura Económica.
- HOUTART, F. y F. POLET (coords.) (2001): *El Otro Davos. Globalización de resistencias y de luchas*, trad. B. Martínez y V. Balembois, Madrid: Editorial Popular-Plaza y Valdés.
- IGNATIEFF, M. (2005): *El mal menor. Ética política en una era de terror*, trad. M^a. J. Delgado, Madrid: Taurus.
- INNERARITY, D. (2004): *La sociedad invisible*, Madrid: Espasa Calpe.
- LAMO DE ESPINOSA, E. (2004): *Bajo puertas de fuego. El nuevo desorden internacional*, Madrid: Taurus.
- LEWIS, A. (2004): "La legalización de la tortura tras el 11-S", trad. S. Barceló, *Claves de razón práctica* 147, p. 20-6.
- MARSHALL, T. H. (1998): "Ciudadanía y clase social", en MARSHALL, T.H. y T. BOTTO-MORE, *Ciudadanía y clase social*, versión de Pepa Linares, Madrid: Alianza Editorial, p. 15-82.
- MOREL, S. (1994): "Les programmes de retour à l'emploi pour les allocataires de l'assistance sociale. L'approche américaine du 'workfare'", *Revue Française des affaires sociales* 3, p. 125-47.
- ORTEGA, L. (1990): "Una vía hacia un nuevo pacto social para Europa", *Sistema* 99, p. 129-33.
- OVEJERO, F. (2002): *La libertad inhóspita. Modelos humanos y democracia liberal*, Barcelona: Paidós.
- PARAMIO, L. (2000): "Comentario al artículo: Ciudadanía, sociedad del trabajo y Estado de bienestar: los derechos sociales en la era de la fragmentación", en PÉREZ LEDESMA, M. (comp.), *Ciudadanía y democracia*, Madrid: Editorial Pablo Iglesias, p. 193-8.
- PETRAS, J. y H. VELTMEYER, (2004): *El sistema en crisis. Dinámica del capitalismo de libre mercado*, trad. M. Coderch, Madrid: Editorial Popular.
- PETRELLA, R. (1997): *El bien común. Elogio de la solidaridad*, trad. M^a. Puig de la Bellacasa, Madrid: Debate.
- POLANYI, K. (1989): *La Gran Transformación. Crítica del liberalismo económico*, trad. J. Varela y F. Alvarez-Uría, Madrid: La Piqueta.
- RAMONET, I. (2005): *Irak. Historia de un desastre*, trad. Ll. Miralles de Imperial, Barcelona: Debate.

- REEVE, Ch. (1999): "Droit au travail obligatoire et criminalisation de la misère", *Les Temps Modernes* 603, p. 80-95.
- RIDAO, J. M^a. (2004): *Weimar entre nosotros*, Barcelona: Círculo de lectores - Galaxia Gutenberg.
- RIFKIN, J. (2004): *El sueño europeo. Cómo la visión europea del futuro está eclipsando el sueño americano*, trad. R. Vilà y otros, Barcelona: Paidós.
- RIVERA, I. y G. NICOLÁS (2005): "La crisis del welfare y sus repercusiones en la cultura política europea", en RIVERA, I. (coord.) *Política criminal y sistema penal. Viejas y nuevas racionalidades punitivas*, Barcelona: Anthropos, p. 219-54.
- ROBERT, PH. (2003): *El ciudadano, el delito y el Estado*, trad. A. Recasens y A. Rodríguez, Barcelona: Atelier.
- ROCHE, M. (1992): *Rethinking citizenship. Welfare, ideology and change in modern society*, Cambridge: Polity Press.
- ROSZAK, TH. (2004): *¡Alerta, mundo! El nuevo imperialismo norteamericano*, trad. M. Portillo, Barcelona: Kairós.
- SAMPEDRO, J. L. (2005): *Los mongoles en Bagdad*, Barcelona: Destino.
- SANTOS, B. DE SOUSA (1999): *Reinventar la democracia. Reinventar el Estado*, trad. J. Eraso, Madrid: Ediciones Sequitur.
- SEBASTIÁN, L. DE (2004): *Pies de barro. La decadencia de los Estados Unidos de América*, Barcelona: Península.
- SHAKESPEARE, W. (1990): *Macbeth*, 2^a ed., edición bilingüe del Instituto Shakespeare, trad. por M. A. Conejero y otros, Madrid: Cátedra.
- SUSÍN, R. (2000): *La regulación de la pobreza. El tratamiento jurídico-político de la pobreza: los ingresos mínimos de inserción*, Logroño: Universidad de La Rioja.
- , (2003): "Para una 'reactivación práctica' de la ciudadanía. Iniciativas populares frente a la exclusión", en MARTÍNEZ DE PISÓN, J. y A. GARCÍA INDA (coords.), *Derechos Fundamentales, movimientos sociales y participación. Aportaciones al debate sobre la ciudadanía*, Madrid - Oñati: Dykinson - Instituto Internacional de Sociología de Oñati, p. 157-212.
- TORTOSA, J. M^a. (2004): *Democracia made in USA. Un modelo político en cuestión*, Barcelona: Icaria.
- TRÍAS, E. (2005): *La política y su sombra*, Barcelona: Anagrama.
- WACQUANT, L. J. D. (2000): *Las cárceles de la miseria*, edición a cargo de H. Pons, Madrid: Alianza.
- , (2002): "Cuatro estrategias para limitar los gastos penitenciarios en la gestión del encarcelamiento masivo en los Estados Unidos", en BURTON-ROSE, D.; D. PENS y P. WRIGHT, *El encarcelamiento de América. Una visión desde el interior de la industria penitenciaria de EE. UU.*, trad. M. Barrobés, Barcelona: Virus, p. 347-62.
- ZULAIKA, J. y W. A. DOUGLASS (2004): "Imperio sin ley: Guantánamo, Patriot Act y Abu Ghraib", en BERIAIN, J. (ed.) *Modernidad y violencia colectiva*, Madrid: Centro de Investigaciones Sociológicas, p. 343-53.

LA EXCEPCIÓN COMO REGLA

JOSÉ IGNACIO LACASTA-ZABALZA
Universidad de Zaragoza

ÍNDICE: 1. EXCEPCIONES Y MILAGROS. LA TEOLOGÍA DE CARL SCHMITT CONTRA LA ILUSTRACIÓN Y EL ESTADO DE DERECHO; 2. EL DISCURSO DE LA GUERRA; 3. EL RENACIMIENTO ACTUAL DE LA EXCEPCIÓN, LA GUERRA Y LA DIALÉCTICA AMIGO/ENEMIGO COMO RIESGOS PARA LA LIBERTAD Y LOS DERECHOS HUMANOS; BIBLIOGRAFÍA CITADA.

1. Excepciones y milagros. La teología de Carl Schmitt contra la Ilustración y el Estado de Derecho

Beccaria, esto es algo más que un tópico histórico y cultural, representa cabalmente las aspiraciones de la Ilustración en el mundo jurídico o su casi exacta proyección con respecto al derecho. “Su mensaje –así lo sintetiza Luis Prieto-Sanchís– sabe reunir los elementos que componen la conciencia del siglo: la secularización, el racionalismo y el principio de utilidad, pero también el humanitarismo y la filantropía” (AA.VV. 2001, p. 183). Pero aquí se vuelve particularmente relevante una de esas actitudes reunidas por el pensador italiano: la del racionalismo jurídico del siglo XVIII.

En el capítulo XXVIII de su famoso libro *De los delitos y de las penas*, dedicado a la pena de muerte, Beccaria realiza una reflexión sobre las reglas y las excepciones en la que no es ocioso aquietarse (Beccaria 1983, p. 104-109). No admite la pena capital en ningún caso; porque no es útil ni necesaria y por algo que se suele olvidar con demasiada frecuencia. Que es lo siguiente en palabras de Beccaria:

“Considero un absurdo que las leyes, que son expresión de la voluntad pública, que detestan y castigan el homicidio, cometan uno ellas mismas, y, para alejar a los ciudadanos del asesinato, ordenen un asesinato público”.

No obstante, Beccaria había realizado una excepción al completo destierro de la pena capital. Cuando un individuo:

“aun privado de libertad siga teniendo tales relaciones y tal poder que comprometa la seguridad de la nación, cuando su existencia pueda producir una peligrosa revolución en la forma de gobierno establecida”.

Supuesto fáctico que acude a la mente como el clásico crimen de lesa majestad o como la alta traición para la que reservaron la privación de la vida algunas tradiciones jurídicas republicanas que, sin embargo, la excluían del orden constitucional. Es conocido, por ejemplo, que la Segunda República española abolió –y eso le honra dadas las cruentas tradiciones patrias al respecto– el máximo castigo, pero lo reservó para momentos en los que aplicaba el estado de guerra al amparo de la Ley de Orden Público. Y al socaire de la misma se pronunciaron en consejos de guerra –y se ejecutaron– no pocos castigos capitales durante el mandato de Gil Robles (Ballbé 1983, p. 374).

La crítica a la excepcionalidad del régimen de 1931 se inició con el rechazo a la Ley para la Defensa de la República, que recibió la certera oposición de Ángel Ossorio y Gallardo, Santiago Alba o, en la filosofía jurídica española, de Luis Legaz Lacambra, quien, sin embargo, invalidó al completo la sinceridad de su razonamiento democrático al apoyar posteriormente el golpe militar del 18 de julio de 1936 dirigido contra la Constitución legítima de 1931. Por todos, y por sus propias e indudables posiciones democráticas, el nacionalista gallego Castelao plasmó en 1937 sus diferencias jurídicas con ese regusto por la excepción del Estado republicano. Sin duda, heredado de las viejas querencias estatales enquistadas durante la extensa Restauración borbónica y su excrecencia última, la dictadura del general Primo de Rivera. Por eso, Castelao ironizaba sobre ciertas leyes (como la de Orden Público, el Decreto de plenos poderes, la Ley para la Defensa de la República) “no previstas por el Código fundamental y contrarias al espíritu que lo inspiró”, so pretexto –observaba con humor galaico Castelao– “de ciertos hechos o realidades que pasaron desapercibidos y que siempre surgen en España con el único objeto de sorprender a los gobernantes” (Castelao 1976, p. 161).

Un mal endémico de la política española que ya había detectado unos años antes Joaquín Costa (1973, p. 26-28). Quien diagnosticó que, en general, el poder político español no se sometía a leyes –aceptadas por toda la ciudadanía– ni a otras normas que no fueran las de una oligarquía de intereses que controlaba toda la acción política (ya fuera encabezada por liberales o por conservadores). Una asociación de oligarcas que ponía a su servicio al mismo Parlamento, considerado no como la representación de la soberanía popular ni como la legítima fábrica de la legislación, sino como una mera herramienta –un tanto oxidada por demás– al servicio de un “millar de privilegiados que acaparan todo el derecho” y “gobiernan en vista de su interés personal”:

“O, dicho de otro modo, no es el régimen parlamentario la regla, y excepción de ellas los vicios y las corruptelas denunciadas en la prensa y en el Parlamento mismo durante sesenta años; al revés, eso que llamamos desviaciones y corruptelas constituyen el régimen, son la misma regla”.

No en vano fue Joaquín Costa en ese mismo pasaje quien definió al Estado español de la Restauración borbónica como: “Régimen de pura arbitrariedad, en que no queda lugar para la ley”. Pero lo que puso de manifiesto Castelao con sus opiniones antes y aquí citadas, una vez puesta en marcha la Constitución nada oligárquica de 1931 y en clara ruptura con lo justamente estigmatizado por Joaquín Costa, es en realidad algo igualmente grave. Que, a mayor dosis de excepción en el sistema jurídico, le

corresponde una menor cantidad y presencia normativa del Código fundamental o Constitución con el consiguiente deterioro de los derechos humanos (hoy derechos fundamentales). Que lo extraordinario pervierte sustancialmente la vida constitucional ordinaria y en paz. Eso y no otra cosa significa la altísima presencia de la jurisdicción castrense en materia de orden público, es decir en el territorio natural de los derechos y libertades, a lo largo de toda nuestra historia constitucional y especialmente de nuestras etapas inconstitucionales como la ya citada dictadura primorriverista o el desdichadamente dilatado régimen militar de Francisco Franco (Ballbé 1983).

Bueno será, pues, recordar que el inicial proyecto de la Ilustración, encarnado en la obra de Beccaria, no pensaba propiamente en circunstancias anormales surgidas de manera imprevista para exceptuar la aplicación de la ley y la de la pena de muerte, sino en una situación completamente ajena al Derecho, en un *No/Derecho* si se permite el uso de esta locución tan contradictoria. Este sobreseimiento del Derecho sucede –hay que repetirlo– “cuando los mismos desórdenes sustituyen a las leyes”. Lo que se identifica con la anarquía, la pérdida de la libertad y de la seguridad de la nación, la “peligrosa revolución” contrapuesta a la existencia misma de un orden jurídico. Porque el modelo de régimen político de Beccaria es uno sometido “*al tranquilo reinado de las leyes*”, donde el gobierno reúne “los votos de la nación”, bien armada interna y externamente por la fuerza (porque sin fuerza no es posible el derecho), pero también con “la opinión”, dado que ésta es “más eficaz tal vez que la propia fuerza”(Beccaria 1983, p. 104).

En estas circunstancias jurídicas no cabe el asesinato legal de ningún ciudadano, porque no sirve para apartar a los delincuentes de la comisión de los delitos y porque esa destrucción física solamente es imaginable cuando impera la ausencia completa de las leyes o el mencionado *No/Derecho*. Es decir, la obra de Beccaria no cavilaba en esa suerte de *zona intermedia* que se sitúa entre la Constitución y la guerra, donde se genera la suspensión o inaplicación de los derechos fundamentales y que, con los más variados pretextos (entre los que sobresale el terrorismo internacional), se adueña hoy de buena parte del arsenal jurídico del mundo civilizado con el objetivo –o más bien el resultado– de mutilar la democracia mediante la excusa de la seguridad.

Las ideas de Beccaria no constituyen aquí una perspectiva utópica o un mero deseo y su meta, cargados por demás de las evidentes excepciones actuales. Como ha sabido desentrañarlo Luigi Ferrajoli, se trata de una concepción que relaciona el ejercicio de la libertad con la práctica de las leyes y su observancia, lo que no es el imperio de una suerte de estrecho legalismo, sino una tradición que comprende a Diderot y Voltaire, entre otros, al proponer que para todo ciudadano existe la legítima opción de hacer todo aquello que no sea contrario a las normas jurídicas existentes en un país (Ferrajoli 1995, p. 71-73).

Diderot (1989, p. 19-20) había considerado:

“Que, dado que de dos voluntades, una general y la otra particular, la primera no yerra jamás, no es difícil apreciar a cuál de las dos habría de pertenecer, para felicidad del género humano, la potencia legislativa, y qué veneración se

debe a los augustos mortales cuya voluntad particular reúna la autoridad y la infalibilidad de la voluntad general”.

El *quid* de esta cuestión se encuentra en que, al igual que la voz DERECHO de la Enciclopedia (en realidad *Droit naturel (Moral)*, redactado por Diderot), nada de lo que la ley prescribe se puede considerar ilegítimo. Por ser las normas fruto inexcusable de la voluntad general de una sociedad. El *Discurso sobre la Economía política* de Jean-Jacques Rousseau (1985, p. 8, 9) nos transmite con viveza esta corriente cultural al imaginar un cuerpo político similar al físico del hombre, en el que la cabeza es el poder soberano, el estómago y la boca las actividades comerciales e industriales, la economía el corazón que distribuye la sangre de las finanzas, pero el papel del cerebro está reservado a las leyes, sede indiscutible del entendimiento y la voluntad. Ya que:

“Esa voluntad general, tendente siempre a la conservación y bienestar del todo y de cada parte, es el origen de las leyes y la regla de lo justo y de lo injusto para todos los miembros del estado, en relación con éste y con aquéllos”.

Voluntad que se hace realidad, carne y hueso, en el contrato social. Uno de los autores que inspiran a Carl Schmitt, Hippolyte Taine, trae a oportuna colación el efecto que esas ideas produjeron en la sociedad francesa de su tiempo y, de modo mimético o por expansión, en todas las naciones que seguían atentas el fenómeno revolucionario (Taine 1986, p. 467-469):

“Pues no solamente sus principios han pasado a las leyes y su espíritu anima la Constitución completa, sino que además la nación parece que ha tomado en serio su lance ideológico, su ficción abstracta”.

“Un contrato social efectivo y espontáneo, una inmensa asamblea de hombres que, por primera vez, acaban de asociarse libremente entre ellos, reconocer sus derechos respectivos” y “comprometerse mediante un pacto explícito”. Un idilio ciudadano, una fiesta jurídica y política, en la que el pueblo adopta los argumentos vulgarizados de los pactos libres entre seres libres. Como, nada curiosamente, lo reprodujo siglo y pico más tarde la fabulosa película *La marselesa* del director Renoir.

Es lógica la aversión de Carl Schmitt –dado su cultivo de lo excepcional– a ese triunfo en la tierra de la igualdad; acontecimiento histórico en el que, en palabras de Taine: “Parece que todas las barreras que separan a los hombres hayan sido derribadas sin esfuerzo”.

Voluntad que engendra en la práctica una igualdad sin excepciones ni privilegios. Es más, nace expresamente contra unas y otros. A lo que hay que agregar que, en el caso de Beccaria (1983, p. 55), también hay una sutil doctrina de la relación de la fuerza con el derecho:

“Obsérvese que la palabra *derecho* no es contradictoria de la palabra *fuerza*, sino que la primera es más bien una modificación de la segunda, o sea, la modificación más útil a la mayoría”.

Puede que afirmaciones de Beccaria, al estilo de la posibilidad del conocimiento del derecho por la mayoría de la sociedad, mediante códigos que pudieran circular de mano en mano (idea –como la de cada persona convertida en su propio abogado– que igualmente puede encontrarse en Bentham o en no pocos autores republicanos como Pi i Margall), pertenezcan a lo irrealizable o a esa ingenuidad formalista que caracteriza una parte del ideario de Beccaria, al autorizado decir de Norberto Bobbio en su calibrado prólogo a *Derecho y razón* de Luigi Ferrajoli (1995, p. 18). Pero la sumisión de toda la fuerza estatal al derecho y la necesidad de embridar la coerción a través del orden jurídico, nos acercan a Kelsen y a la democracia que, al mismo tiempo, es el sistema –parafraseando a Beccaria– de más utilidad para la mayoría.

Todo esto supo verlo con perspicacia y antipatía Carl Schmitt, quien, en sus escritos sobre *Teología política*, encontraba de esta lapidaria e inequívoca suerte la hostilidad del pensamiento ilustrado a la excepción del derecho (1975, p. 65-67):

“El racionalismo de la época de la Ilustración no admite el caso excepcional en ninguna de sus formas”.

Claro que esta proposición hunde sus raíces en motivos más profundos. Los ilustrados hicieron protagonista al hombre al recluir la Teología en el ámbito religioso que le es propio. Y las primeras páginas *De los delitos y de las penas* nos hablan de modo diáfano tanto de esta separación como de la establecida entre el diferente oficio de teólogos y juristas (1983, p. 50):

“La justicia divina y la justicia natural son por su esencia inmutables y constantes, porque la relación entre dos mismos objetos es siempre la misma; pero no siendo la justicia humana, o sea política, más que una relación entre la acción y el vario estado de la sociedad, puede variar a medida que se haga necesario o útil a la sociedad aquella acción (...) Pero si estos principios, esencialmente distintos, llegan a confundirse, ya no hay esperanza de razonar correctamente en las materias públicas”.

Y precisamente por expresar su oposición a esta fuerte trayectoria doctrinal racionalista, Carl Schmitt aseveró nada menos que (1975, p. 65):

“El estado excepcional tiene en la Jurisprudencia análoga significación que el milagro en la Teología”.

Esta observación adquiere su significado histórico, en la historia, pues cuando se gesta la idea misma de soberanía (Bodino, Hobbes), el arsenal jurídico se toma de la teología y las virtudes del soberano no difieren de las del mismísimo Dios. Una obra paradigma del pensamiento de esa época es el célebre *Examen de Ingenios* de Juan de Huarte San Juan, que vio la luz en 1575, esto es, un año antes de la publicación de *Les six livres de la République* de Bodino. El trabajo de Huarte ha sido universalmente conocido entre los historiadores de la medicina y la psicología, pero igualmente es hartamente interesante por las cuestiones jurídicas que trata dentro del más acendrado humanismo de su tiempo. El poder regio, soberano, no conoce superiores –otros príncipes ni juris-

dicciones– y él mismo puede ser superior al derecho. Lo que es decir también que los *arcana imperii* pueden examinarse al margen de la legislación ordinaria (Huarte de San Juan 1977, p. 80-89):

“Y así como el Rey tiene casos reservados para sí, los cuales no pueden ser determinados por el Derecho por ser extraños y graves, de la misma manera dejó Dios reservados para sí los efectos milagrosos, para la producción de los cuales no dio orden ni poder a las causas naturales”.

Puede resultar curioso pero, si bien es cierto que el humanista Huarte equipara el milagro a los casos reservados para el rey, este autor del siglo XVI deviene más prudente y más racional que Carl Schmitt, pues sostiene que el “Rey no quiere escuchar cuando le piden que quebrante alguna ley justa” del mismo modo que “Dios no quiere escuchar cuando alguno le pide milagros y hechos fuera del orden natural sin necesidad”.

De manera que, para Huarte San Juan, el “milagro”, lo excepcional, requiere: a) una absoluta necesidad b) salida completa del “orden natural” de las cosas y del funcionamiento jurídico habitual y c) quebrantamiento por el soberano de una ley justa. En tanto que, para la irracionalidad de la perversión de Carl Schmitt, lo anormal es lo que se convierte precisamente en lo normal (1975, p. 45):

“La excepción es más interesante que el caso normal. Lo normal nada prueba; la excepción, todo; no sólo confirma la regla, sino que ésta vive de aquélla”.

Cántico desde un peculiar vitalismo contra la racionalidad del Estado de Derecho y contra la democracia, que le hace decir de manera existencial a Carl Schmitt:

“En la excepción hace la vida real con su energía saltar la cáscara de una mecánica anquilosada en pura repetición”.

Todo ello lo dirige Schmitt frente a Hans Kelsen y su pretensión de someter todo el Estado al Derecho, para así forjar una teoría cuyos conocidos presupuestos básicos son sobre todo dos (1975, p. 35 y 97):

“Soberano es aquel que decide sobre el estado de excepción” y

“La distinción propiamente política es la distinción entre el *amigo* y el *enemigo*”.

La edición española que aquí se maneja lleva un prólogo del mismo Carl Schmitt de marzo de 1939, en vísperas del término de la cruel guerra fratricida de 1936-1939; que queda ubicada en el seno de unas relaciones internacionales vistas como el fracaso de una “neutralidad espiritual” imposible en España y en cualquier otro lugar. El mundo es comprendido como el escenario natural de un “magno torneo” en el que se diferencian los verdaderos “espíritus”; pues en esa diferenciación “se encuentra el punto extremo de la distinción del amigo y enemigo”(1975, p. 9-10). También es Carl Schmitt quien para entonces ha admirado públicamente el arrojo de los nazis y ha escrito su artículo *El Führer protege la ley*, en defensa de Hitler y los miles de asesinatos políticos de sus rivales, ante la inmoral mudez o sordomudez de las iglesias católica y protestante (Kershaw 2001, p. 511). Conviene recordar esto porque en España, dada la des-

memoria reinante durante muchos años en el plano intelectual, hay quien se ha atrevido a decir recientemente –a propósito del innegable catolicismo del autor alemán– que “Schmitt, que tuvo el carné nazi, nunca fue nazi” (Schmitt 2000, p. XXIV). Lo que, valga la ironía y ya que aquí nos hallamos de lleno en quisicosas sobrenaturales, hubiera sido un auténtico milagro.

Lo cierto es que la apología de Hitler y el antisemitismo de Carl Schmitt se producen cuando éste era consejero estatal nazi (Aladár Métall 1976, p. 67). Y que, de nuevo en el plano doctrinal, Carl Schmitt establece una línea de continuidad entre el racionalismo de la Ilustración y las teorías jurídicas positivistas de finales del siglo XIX e inicios del XX, cuyo máximo representante es Hans Kelsen. Contra quien Schmitt exhibe sus argumentos frente a la pretensión kelseniana de someter el Estado al Derecho (1975, p. 48-49):

“llega Kelsen al resultado, nada sorprendente, de que, desde el punto de vista jurídico, el Estado tiene que ser algo puramente jurídico, algo normativamente vigente, no una realidad cualquiera, ni algo pensado al margen y yuxtapuesto al orden jurídico”.

Y, como complemento, reprocha Schmitt lo que Kelsen propone: “la razón de la vigencia de una norma no puede ser más que otra norma, considerado jurídicamente, el Estado es, por consiguiente, idéntico a su Constitución, o sea, a la norma fundamental unitaria”.

Claro que esa identificación del orden estatal con el orden constitucional no se puede realizar más que en una democracia como la que se pensó para el régimen de Weimar. En una adecuada vida institucional que haya sabido separar convenientemente el derecho de la política. La razón de ser de su *Teoría pura del derecho*, la exponía Hans Kelsen en 1934 como respuesta a los embates que había sufrido de Carl Schmitt y otros muchos (entre los que se encontraban no pocos de sus críticos de izquierda socialista y comunista) (1979, p. 10-12):

“En verdad, el pleito no atañe al lugar de la ciencia jurídica en el marco de la ciencia, y las consecuencias resultantes, como pareciera ser el caso; se trata de la relación de la ciencia del derecho con la política, de la neta separación entre ambas; de la renuncia a la arraigada costumbre de defender exigencias políticas en nombre de la ciencia del derecho, invocando, pues, una instancia objetiva, exigencias políticas que sólo poseen un carácter supremamente subjetivo aun cuando, con la mejor fe, aparezcan como el ideal de una religión, una nación o de una clase”.

Era difícil sostenerlo en 1934, pero el porvenir de la *Teoría pura del derecho* iba inexcusablemente unido al de la democracia y al fin de la política como una cadena vital de sucesos extraordinarios –los milagros– y del derecho concebido como el reino de la excepción. Puesto que, para Kelsen:

“El ideal de una ciencia objetiva del derecho y el Estado sólo tiene perspectiva de un reconocimiento general en un periodo de equilibrio social”.

Y, desde la caída del régimen constitucional de Weimar, esos años treinta, hasta el final de la segunda guerra mundial, fueron lo menos parecido a una etapa equilibrada de la sociedad alemana y europea. No es de extrañar que, ya en la República de Weimar, Walter Benjamin la contemplase como el progresivo imperio de la excepción. Como –y es lo que da el título a este artículo– *la excepción convertida en regla*. En 1920, el *judaísmo libertario* (la expresión es de Gershom Sholem) de Walter Benjamin criticó el parlamentarismo del régimen de Weimar, su divorcio de la acción social revolucionaria. Entonces, tanto Benjamin como Schmitt han leído al francés Georges Sorel, su teorización del mito y sus famosísimas *Reflexiones sobre la violencia*. Uno y otro coinciden en criticar la democracia alemana realmente existente, sus formas constitucionales: Carl Schmitt en su trabajo *Die politische Theorie des Mythos* (1923) y Walter Benjamin en su artículo *Zur Kritik der Gewalt* (1920/1921). Son dos interpretaciones de Sorel aplicadas a Alemania, convergentes pero no coincidentes. En efecto, Sorel había distinguido entre fuerza y violencia, con la propuesta de otorgar ilegitimidad a la primera –identificada con el Estado– y la total licitud para la segunda, que representa al movimiento obrero en lucha bajo el mito anarco-sindicalista (de tanto éxito en la sociedad española de los años treinta) de la Huelga General (Lacasta-Zabalza 1994, p. 44-47).

Va a ser Carl Schmitt quien declare la superioridad del “mito nacional” sobre el ideal socialista, en la búsqueda del fortalecimiento del Estado y, finalmente, de la decisión del Führer en su cúspide. Pero, para el deterioro de la democracia de Weimar, también van a actuar –aunque distantes por sus objetivos revolucionarios contra el Estado– pensamientos libertarios como el de Benjamin o procedentes de la enorme simpatía intelectual que los bolcheviques rusos entonces suscitan entre representativos sectores de la izquierda alemana.

Con nulo sentido autocrítico por la responsabilidad en el hundimiento de la legalidad constitucional de Weimar por parte de la izquierda revolucionaria alemana, el polígrafo Georg Lukács –no exento de dogmatismo leninista– describía empero dos sucesos de esos convulsos años que precedieron al ascenso de Hitler, cargados de razón y perspicacia (Lukács 1976, pp 67 y 536). Un amplio sector de la juventud alemana había surgido de la desesperación política –a juicio de Lukács– “para entregarse de lleno a la milagrería del mito”. Y, en cuanto al itinerario ideológico de Carl Schmitt y su mito nacional en esa etapa histórica, sostiene que:

“Como se ve, Schmitt no se limita a apoyar la bestial dictadura hitleriana en el terreno de la política interior, sino que, ya antes de que estalle la Segunda Guerra Mundial, durante el período de su preparación, se convierte en el ideólogo jurídico más descollante de los planes de conquista mundial de la Alemania de Hitler”.

Carl Schmitt (1975, p. 142) por su lado manifestaba cuáles eran sus autores preferidos, entre quienes, además de Maquiavelo y Hobbes, figuran los que no han olvidado las raíces teológicas de los problemas jurídicos y políticos como Donoso Cortés. Al igual que Bossuet, quien había concebido todo el edificio teórico de su *Historia Universal* bajo estas dos perspectivas (Bossuet 1940, p. 11, 532):

“como la religión y el gobierno político son los dos puntos sobre los que ruedan las cosas humanas, ver lo que referente a estas cosas se encierra en un compendio, y descubrir por este medio todo el orden y toda la continuación, es comprender en su pensamiento todo cuanto hay de grande entre los hombres y tener, por decirlo así, el hilo de todas las cuestiones del Universo”.

Con un severo consejo final que Bossuet da al Delfín de Francia (a quien el libro está dedicado) y que debió ser muy del gusto del ultramontano católico Carl Schmitt: los imperios caen “casi todos por sí mismos”, en tanto que siempre se ve “a la religión sostenerse por su propia fuerza”. Palabras procedentes de la época de Luis XIV, pero que casan a la perfección con la cosmovisión de Schmitt y el papel de la Iglesia católica, siempre triunfante, por su *complexio oppositorum*. Esto es, por su capacidad de adaptarse a todas las teorías y tiempos, derivada de engullir una tesis y su contraria, el Antiguo y el Nuevo Testamento, la paz de Jesucristo y el Dios de los Ejércitos de Israel, el perdón y la venganza, en una cadena sin término de ambigüedades sin cuento donde (Schmitt 2000, p. 10):

“esta ambigüedad infinita se vincula nuevamente con el dogmatismo más preciso y una voluntad de decisión, que culmina en la teoría de la infalibilidad papal”.

Esa superioridad eclesial desprende por sí misma los principios de jerarquía y autoridad, que son los que han de regir al mundo y no las débiles y efímeras reglas sin excepción de la Ilustración y el Estado democrático de Derecho de Hans Kelsen. Así es como hay que comprender a Bossuet, según Schmitt (2000, p. 29-30):

“Porque Bossuet tiene más inteligencia que muchos racionalistas y más fuerza intuitiva que todos los románticos y, sin embargo, su discurso sólo es posible si existen unos presupuestos de imponente autoridad”.

“En Bossuet –prosigue Carl Schmitt– se muestra que el sacerdote tiene su papel en la historia mundial junto al soldado y el estadista”. Reparto del poder y representación del mismo posible y conveniente. Pero el sacerdote no puede estar al lado del “comerciante y del técnico”, ni, se debe añadir, al costado del sencillo ciudadano que ejerce su derecho al sufragio. Es más, aquí Carl Schmitt se deja llevar por su imaginación y describe un mundo que deja pequeñas –aunque las recuerde– las ambiciones del Opus Dei en la Iglesia de Juan Pablo II (p. 31). Schmitt piensa una hipótesis: que el capitalismo, el Capital, se desprenda del Estado y “consiguiera hacer realidad el pensamiento económico” al establecer “una situación totalmente impolítica de la sociedad humana”. Entonces: “la Iglesia se erigiría en la única portadora del pensamiento político y de la Forma política”, situándose “más cerca incluso que en la Edad Media de llegar al dominio político mundial”. Lo cual sería peligroso para la propia Iglesia, a la que le conviene, según Schmitt, no abandonar el papel de partenaire del Estado y constituirse en su interlocutora privilegiada.

2. El discurso de la guerra

Además, estas reflexiones de Carl Schmitt se engendran y publican entre 1923 y 1925. Fechas en las que su autor postula la necesidad de un Estado fuerte, incluso a costa de la atacada democracia alemana de Weimar. Una etapa en la que al pensador alemán el parlamentarismo se le aparece como un fenómeno de nula representación, o, como mucho, una muestra de las debilidades y contradicciones del caduco liberalismo político todavía imperante (2000, p. 32):

“Especialmente la teoría alemana del Estado ha desarrollado una mitología doctrinal que resulta a la vez monstruosa y complicada: el Parlamento, como órgano estatal secundario, representa a otro órgano, primario (el Pueblo), pero este órgano primario carece de cualquier voluntad que no sea la del órgano secundario en la medida en que no le esté ‘especialmente reservada’ la posibilidad de tener voluntad propia; ambas personas son sólo una y forman dos órganos pero una única persona: y así se podría seguir”.

Detrás de esta argumentación teológica, las dos personas distintas o la única persona, se encuentra la construcción una teoría de la excepción que contrapone la Presidencia del Reich, de mayor legitimación por su índole plebiscitaria que el Gobierno y el Parlamento (a juicio de Schmitt), al normal ejercicio a través de las reglas jurídicas del poder constitucional. Como ya lo viera con lucidez en 1931 Hans Kelsen, la tesis schmittiana del Presidente del Reich como único defensor de la Constitución de Weimar, camina hacia el Estado total y se apoya en aquellas competencias del Presidente que menos relación tienen con la función de defender el supremo texto. Pero que, se puede constatar, más se acercan a los supuestos excepcionales y al propio concepto de soberanía de Carl Schmitt antes expuesto (Kelsen 1995, p. 69-70):

“Así, la competencia según el artículo 45 y siguientes de la Constitución del Reich sobre representación internacional, declaración de guerra, conclusión de la paz, nombramiento de funcionarios, comando supremo de las fuerzas armadas, etc., disolución del parlamento según el artículo 25, decisión sobre el plebiscito según el artículo 73...”

El discurso de la guerra, como máxima expresión de la excepción y mayor demostración del poder soberano, sobre la vida y la muerte, tenía en los años veinte su peligrosa vivacidad y la posee también en pleno siglo XXI cuando se escriben estas páginas. En octubre de 1922, ya fuere por sus lecturas de Hegel (siempre fresco en su cabeza), por hacerse eco de los tópicos intelectuales de esos años, o por las dos cosas a la vez, José Ortega y Gasset prologaba la segunda edición de su famoso libro *España invertida* con una salvaguardia de la normalidad y repetición histórica de las guerras, la excepción como norma, en la formación y estructura de las naciones europeas (Ortega y Gasset 1984, p. 17-18):

“Por una caprichosa decisión de las mentes, se ha dado en pensar que las guerras son un hecho anómalo en la biología humana, siendo así que la historia

lo presenta en todas sus páginas como cosa no menos normal, acaso más normal que la paz. La guerra fatiga, pero no extenua: es una función natural del organismo humano, para la cual se halla éste prevenido. Los desgastes que ocasiona son pronto compensados mediante el poder de propia regulación que actúa en todos los fenómenos vitales”.

No en vano había sido Hegel quien, un siglo antes, deslumbrado por las conquistas de Napoleón Bonaparte, creyó diagnosticar los riesgos de anquilosamiento que producen en las sociedades los períodos que carecen de contiendas bélicas, pues en “las épocas de paz se extienden los límites de la vida civil y a la larga esto tiene como consecuencia que los hombres se hundan en el vicio”. Si la sociedad es un cuerpo, éste necesita la salud “y cuando los miembros se endurecen ya está presente la muerte” (Hegel 1988, &325, p. 410).

Hegel, que es también admirado por Carl Schmitt, quien lo salva de las decadentes doctrinas de la representación barroca y de las evasiones del romanticismo de su tiempo, por su concepto realista de la política y lo político; pues Hegel llega a trazar con exactitud una definición del enemigo y de la guerra moderna que no pierde los días ni las horas en odios improductivos, propios de anticuadas confrontaciones entre familias y personalismos inconvenientes, para llegar a la verdadera lucha existencial entre los diferentes pueblos por la victoria de uno contra otro (Schmitt 1975, p. 110 y 143-144). Es, tras estas indicaciones que ya había desarrollado Hegel casi en su plenitud, como Carl Schmitt propone que:

“Todavía hoy el caso de guerra es ‘serio’. Se puede decir que en éste, como en otros puntos, el caso excepcional tiene una importancia singularmente decisiva y descubre la esencia de las cosas. Es sólo en la guerra donde el agrupamiento político en función del amigo y del enemigo alcanza su última consecuencia. Gracias a esta posibilidad extrema adquiere la vida del hombre su polaridad específicamente política”.

Entre las meditaciones bélicas de Hegel y las de Schmitt media un siglo. Pero conviene detenerse en las del primero, porque su filosofía (o la de los dos pensadores alemanes) sobre la guerra, aunque así mismo acerca de la seguridad de los Estados (mezclada con la anterior), pervive de modo nefasto para la humanidad en los albores del siglo XXI.

Hegel arranca de una relación entre fuerza y derecho antagónica con las ideas de la Ilustración aquí examinadas en los textos de Beccaria. La fuerza no es modificada por el derecho y siempre es superior a él, cuando no actúa completamente al margen de las normas o las utiliza como instrumento subordinado. Esto se hace particularmente visible en el plano internacional. En un pasaje de su Filosofía del Derecho, Hegel efectúa una remembranza de la paz de Campoformio, cuando los ejércitos aliados contra Napoleón son derrotados por éste. Hasta esta victoria, estaba en tela de juicio el reconocimiento jurídico internacional de la entonces República francesa; fue entonces, en el momento de

capitular los enemigos europeos del general corso, cuando Napoleón dijo a los representantes de las principales potencias rendidas en Campoformio (1988, &331, p. 415):

“La república francesa no necesita ningún reconocimiento, así como el sol tampoco necesita que se lo reconozca”.

La adopción por Hegel de ese punto de partida tiene enormes repercusiones para el exterior e interior de los Estados, que se van a tratar aquí de sintetizar (1988, &333 y &334, p. 416-417):

“...puesto que su relación tiene como principio su soberanía, los estados están entre sí en estado de naturaleza”.

- a) Es decir, la soberanía no contiene la idea de la sumisión del poder al derecho, sino la respuesta a la pregunta propia de Hobbes (tomada después por Carl Schmitt): ¿quién manda? Y, como en el plano internacional no hay un poder efectivo que se sitúe por encima de los Estados, como no sea en el nada práctico reino moral del deber ser, el “estado de naturaleza”, el riesgo de confrontación constante permanece y pertenece de lleno al ser de este mundo.
- b) La consecuencia que se deriva de esto, para Hegel, consiste en la falta de realidad y realismo de las ideas pacifistas, incluida la paz perpetua entre Estados de Kant, que es criticada expresamente en este mismo pasaje por fundamentarse “en motivos morales o religiosos” y por respirar en “la contingencia” de lo que digan las voluntades soberanas estatales y sus ejércitos.
- c) El derecho internacional, así llamado ya por Hegel para referirse al derecho político externo, está tocado en su nacimiento por esa contingencia que representa la inexistencia de un poder dotado de coacción (si no, no sería soberano) aceptado por los Estados:

“No hay ningún pretor entre los estados, a lo sumo mediadores y árbitros, e incluso esto de un modo contingente, es decir, según la voluntad particular”.

- d) “Por lo tanto, en la medida en que las voluntades particulares no llegan a un acuerdo, las disputas entre los estados sólo pueden decidirse por la guerra”. O dicho de otra hegeliana manera: es imposible “un poder reconocido por todos los estados individuales” que “impediría así una solución bélica”.

Lo que no quiere decir que la guerra sea la relación habitual entre los Estados. En sus *Lecciones sobre la Filosofía de la Historia universal*, para cuya versión en castellano preparó en 1928 un conocido prólogo su presentador José Ortega y Gasset, Hegel advertía que cuando los Estados se suponen unos a otros como independientes suelen producirse acuerdos diversos mediante los “tratados y los principios jurídicos”. Pero en la historia universal se manifiesta un “derecho superior” que también lo hace en la realidad política, lo que sucede “cuando se trata de la relación de los pueblos cultos con las hordas bárbaras”; entonces “los derechos de otros pueblos son algo subordinado y no tienen el mismo valor”:

“Lo que pasa en semejantes circunstancias no es aplicable a una situación de verdadera independencia recíproca de los Estados”.

Es el caso de la guerra santa de los musulmanes “antaño y, en teoría, aún hoy” (Hegel 1974, p. 126). Y con parecidos razonamientos delimita Carl Schmitt lo que a su juicio es el concepto de enemigo. Que no es alguien odiado en la esfera personal y privada, pues solamente en ese ámbito se entiende el mandato bíblico de amar a los enemigos. No; es algo existencial y político, un antagonismo así explicado por su autor (Schmitt 1975, p. 102-107):

“Por lo demás, que yo sepa, durante la milenaria lucha entre Cristianismo y el Islam, a ningún cristiano se le ha ocurrido, movido por su amor a los sarracenos, o a los turcos, que debiera entregarse Europa al Islam, en vez de defenderla”.

Pero, más allá de estos ejemplos históricos, lo que decide la cuestión –según Carl Schmitt– del uso de este concepto es que:

“Implica el concepto del enemigo la posibilidad existente en la realidad, de una contienda armada, o sea, de una guerra”.

Pensamientos duraderos de Carl Schmitt a los que él mismo daba gran importancia. Schmitt publicó un pequeño libro titulado *Ex Captivitate Salus*, con un subtítulo que habla por sí mismo: Experiencia de los años 1945-1947. Cuando Carl Schmitt fue preso de los norteamericanos en un campo de concentración de Berlín y posteriormente en la cárcel de Nüremberg. Un libro en el que, en las páginas finales, afirma su autor con ecos de Hegel y su teoría del reconocimiento (1960, p. 94):

“Me pregunto ¿quién puede ser mi enemigo, y quién puede serlo de una manera tal que le reconozca como enemigo e incluso tenga que reconocer que él me considera enemigo? En el reconocimiento recíproco del reconocimiento está la grandeza del concepto. Es poco apto para una época de masas con sus seudoteológicos mitos de enemigo”.

3. El renacimiento actual de la excepción, la guerra y la dialéctica amigo/enemigo como riesgos para la libertad y los derechos humanos

Ya en el siglo XXI y en los lugares que nos ha tocado vivir, también es un hecho el crecimiento de la delincuencia, contra las personas y la propiedad, en los últimos cincuenta años de las sociedades más desarrolladas económicamente. Lo que coincide, asegura Francis Fukuyama en su monografía *La gran ruptura* desde cierta verosimilitud, con el paso de las estructuras industriales a la sociedad de la información o posindustrial (en la definición acuñada por Daniel Bell). No es difícil el desacuerdo con Fukuyama por su especial énfasis más que conservador en las causas familiares (divorcios, madres solteras, etc.) de lo acontecido, pero es posible llegar a un acuerdo en el diagnóstico de la pérdida de confianza colectiva y en el incremento de la inseguridad

así percibido por extensas capas de la población de nuestras sociedades (Fukuyama 2000, p. 43).

Sin embargo, el Derecho penal europeo y el español, no se han adecuado a los cambios acontecidos. Desde el Código Penal español de 1995, los poderes políticos no han sabido más que endurecer los castigos y constreñir los derechos del penado, mientras aumentaba escandalosamente la proporción de personas encarceladas. No se ha evitado ni reducido seriamente la pequeña delincuencia contra la que se dirigen los castigos (delitos contra la propiedad y contra la salud pública), no se han adoptado medidas sólidas de prevención del delito (eliminación de sus raíces marginales y la exclusión social que lo potencia) y, en cambio, nuevos ilícitos nacidos al socaire del fenómeno de la llamada globalización no encuentran acogida en las normas penales y su práctica. Según el penalista Luis Gracia Martín, en su brillante opúsculo sobre la modernización del Derecho penal, la entrega de los Estados occidentales a “los poderes económicos internacionales con la adopción de políticas neoliberales y con la dotación de cobertura jurídica a los intereses de dichos poderes” ha contagiado muy mucho al Derecho penal. La formación de mercados homogéneos no ha ido acompañada por el necesario control político y ordenación jurídica de los mismos por parte de los Estados. La criminalidad de la globalización requiere, piensa Gracia Martín, otra política que le responda y otro Derecho penal moderno. Que incluya una respuesta jurídica adecuada contra el tráfico internacional de “drogas, moneda falsa, armas, órganos humanos, personas para la prostitución, niños para la adopción internacional”, así como contra fraudes económicos del mismo carácter internacional, abusos de poder con uso de computadoras y transferencia de tecnología, “defraudaciones de intereses financieros –ingresos y egresos– de la Unión Europea” y un vasto etcétera. Lo que viene a demostrar que la sensación de impunidad internacional de los poderosos (el caso del Prestige habla por sí sólo) que posee una porción extensa de la sociedad española tiene su fundamento (Gracia Martín 2003, p. 89-94).

El caso es que una parte de la conciencia de la sociedad, de convicciones democráticas, aboga por esa modernización penal para acabar con la inseguridad que la inmunidad del poder económico internacional ciertamente crea en las mentes más preocupadas por estos asuntos. El terrorismo (el de ETA y no digamos el de la yihad del 11/M) también hace que la reclamación de seguridad sea prácticamente unánime. Pero a la vez hay voces que prefieren la incomodidad del Estado policíaco (como el de Hegel) a costa del sacrificio de las libertades (tendencia, sobre todo gubernamental, que se ha manifestado más en los Estados Unidos, Inglaterra o Francia que en la propia España).

En realidad, las ideas de Hegel y Carl Schmitt no murieron con sus autores. En España, en 1972, un destacado filósofo del derecho criticaba en su manual la inviabilidad de una institución que iba a ser viable en 1978 con la nueva Constitución democrática: el Tribunal Constitucional. Luis Legaz Lacambra se oponía a la misma esencia de la justicia constitucional contra lo dispuesto por Kelsen, con las mismas razones que aquí se vieron en la teología política de Carl Schmitt; porque es –decía Legaz Lacambra “imposible querer encerrar todo el juego del poder político en los límites de una norma jurídica rígida”

(1972, p. 677). Porque lo que está en juego es la sujeción al derecho de la fuerza o del Estado a la Constitución, lo cual era el nervio de la democracia en el orden jurídico propugnado por Hans Kelsen. Pero Legaz Lacambra (1972, p. 677), en un régimen como el de Franco en el que ni siquiera existía la Constitución, escribía a manera de aviso:

“A veces, el poder tiene que actuar contra la constitución precisamente para salvar la propia constitución –como Carl Schmitt ha demostrado suficientemente– y, sobre todo, para salvar el Estado”.

En esa España de 1972, se entiende que desde las filas intelectuales de esa dictadura se postulase salvar al Estado y se siguieran –ya un tanto tardíos– los pasos de Carl Schmitt. Lo que no se comprende de ninguna de las maneras es el salvamento de Constitución alguna, pues la última y democrática de 1931 fue abolida de manera ilícita por la violencia de las armas durante la guerra de 1936-1939.

Lo que se quiere decir con todo esto es que ese modelo de Carl Schmitt cuestiona seriamente la relación existente entre Estado y Derecho, fuerza y normas jurídicas, al afirmar la superioridad de la autoridad que detenta el poder (con o sin orden jurídico). Ya Hegel había visto que un Estado así necesita una policía severa sin límites normativos en sus acciones (1988, &234, p. 303):

“No hay pues en sí ningún límite entre lo que es perjudicial y lo que no lo es, y, respecto del delito, entre lo que es sospechoso y lo que no lo es, entre lo que hay que prohibir y lo que hay que vigilar y lo que no requiere prohibición, vigilancia, sospechas o interrogatorios. Son las costumbres, el espíritu de las restantes condiciones, la situación presente, el peligro del momento, etcétera, lo que proporciona una determinación más precisa”.

Hegel ve los costes para la libertad de una policía todopoderosa, pero hace su balance y cree que pesan más los aspectos positivos que los negativos:

“Esto puede hacer que el poder de policía actúe de un modo muy minucioso e incomode la vida normal de los individuos. Pero aunque esto es un inconveniente, no puede trazarse aquí un límite objetivo”.

Que la sociedad quede a merced de un poder dotado “de accidentalidad y personalidad arbitraria”, con los perjuicios subsiguientes, es secundario para Hegel; porque en “épocas de guerra, por ejemplo, deben considerarse perjudiciales muchas acciones que no lo son en circunstancias normales”. Y que Hegel se acerque a los problemas de seguridad estatal desde una metáfora de corte bélico, no es ninguna casualidad y enseña lo peligroso para la democracia de ese tipo de pensamientos. Como el nada inocente tópico político de hoy, conocido como guerra al terrorismo. Ya que si hay una situación que es excepcional, ésta es la guerra en la que, pese a todo, también debe haber normas jurídicas que la regulen en la medida de lo posible¹.

1. En este sentido, puede verse el sólido análisis que realiza el profesor Palacios Romeo en este mismo volumen.

Es preciso volver la vista hacia lo pensado por Beccaria, y no como una especie de fin utópico o inalcanzable. Sino por lo contrario; porque todo depende de si se adopta el criterio del reinado ordinario de las leyes o el del No/Derecho. Porque es una senda de la que no hay que salir, y de la que se sale a menudo so pretexto de una seguridad nunca, además, alcanzada. Todas las políticas policiales son y han de ser compatibles con la regla jurídica sin excepciones propuesta así por Beccaria (1973, p. 72):

“No encuentro excepción alguna a este axioma general: cada ciudadano debe saber cuándo es reo y cuándo es inocente. Si los censores, y en general los magistrados arbitrarios, son necesarios en algún gobierno, es algo que nace de la debilidad de su constitución y no de la naturaleza de un gobierno bien organizado”.

Esto es algo que atañe no solamente a la vida cotidiana en el interior de los Estados occidentales, sino que posee también una proyección internacional. Herbert Marcuse, en uno de sus geniales estudios sobre Hegel, se fijó en la relación existente entre sus ideas sobre la policía y “la política exterior del Estado”. No hay una línea que las separe con nitidez. Por una parte, Hegel quiere que se controle a los individuos, porque la sociedad civil ha demostrado ser demasiado propensa a unos antagonismos que luego tienen difícil solución. Mejor prevenirlos mediante una estrecha vigilancia que consentirlos. Una sociedad civil potente que, además, necesita hacer salir sus irresistibles intereses económicos fuera de la estrechez de las fronteras nacionales y ampliar así los mercados, mediante “una política de expansión económica y colonización sistemática” (Marcuse 1971, p. 208).

Lo que nos transporta de lleno a nuestro siglo XXI. Conquista de materias primas y mercados hasta en los lugares más remotos del globo, seguridad interior a costa de las libertades y derechos humanos, inobservancia –y cierta conciencia frustrada– de la legalidad internacional, los límites policiales en los Estados democráticos, la ausencia de cortapisas jurídicas para el uso de la fuerza militar, etc. ¿Existirá o podrá existir el pretor entre los Estados? O, con paráfrasis de Carl Schmitt, ¿quién es el enemigo una vez desaparecido el socialismo realmente existente de los países del Este europeo? ¿Era una funesta profecía reaccionaria o una visión de futuro de Hegel y Carl Schmitt cuando indicaron el foso siempre existente entre el Islam y el cristianismo?

Ese foso imaginario quiere decir en realidad otras cosas. Sobre todo, el derecho de los más fuertes a la implantación de su poder en el mundo. Aquel derecho superior de los pueblos cultos que Hegel hacía prevalecer sobre los derechos subalternos de otras comunidades “bárbaras” o simplemente subordinadas. Algo no muy diferente del choque de civilizaciones que sirve hoy de soporte a la política exterior y estrategia antiterrorista de los Estados Unidos, presentada por S. P. Huntington (2003, p. 52-53) como:

“los esfuerzos que hacen los Estados Unidos y otras potencias occidentales por inducir a otros pueblos a adoptar ideas importadas de Occidente relativas a la democracia y a los derechos humanos”.

Una rara pedagogía que incluye el uso de las armas a gran escala y al margen completo de la legalidad internacional, para aseverar así que el eje de la política mundial del futuro vendrá determinado “por el conflicto entre ‘Occidente y el resto’ y la respuesta que den las civilizaciones no-occidentales al poder y a los valores de Occidente” (Huntington 2003, p. 52-53). Pero la cuestión no es de índole tan cultural. Hegel creía que cuando la sociedad civil de los países cultos “es llevada más allá de sí”, por motivos económicos, busca en el exterior “los necesarios medios de subsistencia en otros pueblos que están atrasados respecto de los medios que tiene en exceso o respecto de la industria en general” (1988, &246, p. 310). Filosofía descarnada que debería afirmarse también por Huntington y reconocer así que, como lo critica Pedro Martínez Monsávez, los intereses son de otra especie bastante menos espiritual para los Estados Unidos: “llegar a nuevas fuentes de energía y apoderarse de ellas, o al menos manejarlas en beneficio propio preferentemente” (Huntington 2003, p. 82).

Antonio Remiro Brotóns (2003, p. 4-14) ha recordado que Carl Schmitt aplaudió en su día la célebre enmienda Platt, que impuesta a Cuba por el tratado de 22 de mayo de 1903 (artículo III), concedía a Estados Unidos el derecho de intervenir en la isla “para el mantenimiento de un gobierno adecuado a la protección de la vida, la propiedad privada y la libertad individual”. Por lo que concluye con justeza Antonio Remiro Brotóns:

“No son de extrañar las alabanzas que esta cláusula mereció en su día de Carl Schmitt, que en la Alemania nazi bien expresó el derecho de los poderosos a la hegemonía”.

Es efectivamente el derecho de los poderosos a la hegemonía mundial lo que estaba y está en la palestra si la razón no lo remedia. Algo inquietante, pues Remiro Brotóns extrae estas ideas de un comentario suyo sobre la obra de 1999 de W. E. Scheuerman que, traducida al castellano, se titula significativamente *Carl Schmitt: el Fin de la Ley*. Término de la legalidad; un principio al que Schmitt declaró repetidamente su hostilidad. E hizo suyas las proposiciones del teólogo oratoriano francés Laberthonnière “contra las divulgadas nociones teológico-morales, filosóficas y jurídicas acerca de la preeminencia de la ley”, en tanto que “una crítica del concepto de soberanía de la ley” (Schmitt 1971, p. 157). Porque Schmitt, como Laberthonnière, pensaba que:

“Detrás de cada ley terrenal hay inmediatamente hombres que se sirven de ella como de un medio para su poder”.

Eso sucede y también lo contrario; que la ley limita la acción de los poderes e impide la arbitrariedad de los seres humanos que pretenden ponerlos a su servicio y no al de la sociedad. Es más, una de las grandezas del Estado democrático de Derecho consiste en la contención por la ley de los poderes públicos, sin la que casi no es posible hablar del ejercicio garantizado de los derechos humanos o fundamentales. Pero eso es exactamente lo que está ahora en cuestión. Giorgio Agamben, en su *Homo sacer*, ha profundizado en el estudio de Carl Schmitt y ha deducido que su definición de soberanía es “el concepto-límite de la doctrina del Estado y del derecho” y, como “todo concepto-límite es siempre el límite entre dos conceptos”, viene a resultar que, desde esa perspectiva, tal

doctrina es fronteriza “con la esfera de la vida y se confunde con ella”(1997, p. 19). Libro de Agamben del que el filósofo Francisco Jarauta (2004, p. 24), unos días después del horrendo crimen del 11/M en Madrid y a propósito de la presencia innegable de la muerte violenta en nuestras sociedades, saca la siguiente y general lección:

“Cuando, en efecto, la vida pasa a ser la puesta en juego de la política y ésta se transforma en biopolítica, todas las categorías fundamentales de nuestra reflexión, desde los derechos humanos a la democracia, ciudadanía o soberanía popular, entran en un proceso de vaciamiento y dislocación, cuyo resultado está hoy ante nuestros ojos”.

Puede que asistamos, efectivamente, a uno de esos momentos históricos –y desgraciados– en los que, como piensa Jarauta: “la vida y el poder se han encontrado dramáticamente”. Por todo eso, estas reflexiones no solamente son válidas para la dimensión interior de los Estados. Pese a todo, con cierta conciencia crítica, parece todavía bastante grave que los poderosos prescindan de las leyes en el plano internacional para poner en marcha sus pretensiones hegemónicas en todo el mundo. Y eso es lo que viene a ocurrir con el nuevo orden mundial que Estados Unidos intenta imponer a través de la actual Administración Bush. Consistente en creer –según Remiro Brotóns (2003, p. 4-14)– que:

“Es perfectamente posible armar un orden paralelo de valores morales pasados por el filtro de los intereses de Estados Unidos sin la intermediación de normas legales cuya aplicación pueda ser objeto de un escrutinio institucional”.

Circunstancias que nos recuerdan las raíces del planeta sin reglas antes encontrado en Hegel y Carl Schmitt, dotadas de las siguientes características:

Revitalización completa del discurso de la guerra, en un orden mundial –observa Remiro Brotóns– “acusadamente hegemónico” de los Estados Unidos, que “gira en torno a su propia seguridad y se basa en la supremacía militar y su disposición a utilizar la fuerza”.

Devaluación en los Estados Unidos de las reglas del Derecho Internacional, con acusadas tendencias a colocar en vía muerta los artículos concernientes a la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, separación del derecho estatal interno del internacional para así evitar el escrutinio de los Tribunales norteamericanos sobre las obligaciones suscritas internacionalmente, crecimiento de las corrientes intelectuales y de opinión que no consideran los tratados internacionales fuente de obligaciones jurídicas, negación de la Carta de las Naciones Unidas para legitimar el uso de la fuerza, etc.

No menos inquietantes –dice Remiro Brotóns– son los noes de la potencia hegemónica estadounidense. No a la prohibición total de armas nucleares. No al control del uso de las armas biológicas. No a los protocolos prohibitivos de la pena de muerte y a los correspondientes a la Convención Anti-Minas. No a la limitación de los gases con efecto invernadero (Kyoto). Y, sobre todos sus noes, la negación a formar parte del Tribunal

Penal Internacional. Completados con iniciativas legislativas y políticas concretas para que la jurisdicción de esa Corte Internacional no alcance a los ciudadanos norteamericanos.

Todo esto, y más después del atentado conocido por su fecha, el 11/S, ha afectado seriamente a los derechos fundamentales y a las garantías de los países occidentales. En síntesis que ahora se toma de Ignacio Ramonet, con la excusa del antiterrorismo *urbi et orbi*, acrecentada desde el terrible atentado del 11/S, los Estados Unidos iniciaron la creación de tribunales militares especiales para extranjeros (decreto de Bush de 13 de noviembre del 2001). Al que le siguió la creación del penal de Guantánamo, cuyos presos –con escándalo mundial– están fuera de toda consideración jurídica relativa al tiempo y al espacio. La llamada Ley Patriótica, da poderes especiales al presidente de los USA que todavía son objeto de discusión en los Estados Unidos. Y, el 5 de enero del 2004 entró en vigor el programa US Visit, que obliga a todos los extranjeros que llegan a Estados Unidos provistos de visado a dejar grabadas sus huellas digitales y a fotografiarse (Ramonet 2004, p. 1).

El Reino Unido ha derogado el artículo 5 de la Convención Europea de los Derechos Humanos y en el año 2001 una de sus leyes antiterroristas permite detener de manera ilimitada a cualquier extranjero sospechoso sin acusación ni juicio. Ley que quiere ser endurecida por el ministro del Interior David Blunkett, al proponer que los acusados puedan ser juzgados de manera preventiva en procesos secretos y sin jurado. Que los abogados y magistrados que participan en esas secciones especiales sean seleccionados previamente por los servicios secretos, amén de las incontables medidas de control que incluyen pasaportes con elementos electrónicos y que contengan hasta las biometrías de la retina.

En Francia, las leyes Sarkozy de seguridad cotidiana y seguridad interna (noviembre del 2001 y febrero del 2003), así como la denominada ley Perben II, han reforzado este arsenal. La Ley Perben II ha sido denunciada por todas las organizaciones de abogados, al contener medidas ciertamente inadmisibles como la detención durante 96 horas, bajo acusaciones provenientes de medios extraordinarios, tales como los registros con allanamiento en los domicilios de los sospechosos, etc.

Europa no es ningún dechado de virtudes en su política antiterrorista. La experta en estas materias e investigadora del CNRS francés, Virginie Guiraudon, ha observado que ni el Parlamento Europeo ni el Tribunal Europeo tienen ningún control ni fiscalización sobre las medidas intergubernamentales tomadas desde 1993 en materia de terrorismo, que se adoptan por unanimidad en reuniones (“cuyo contenido se desconoce”) de los ministros de Justicia e Interior. Y los fracasos que los Gobiernos atribuyen a “una excesiva atención a las libertades”, con el uso habitual de la falsa contraposición entre libertad y seguridad, son en realidad producto “de políticas de seguridad transburocráticas”, con dificultades en territorios que exigen una mayor cooperación mutua y una “armonización de las legislaciones” (lo que no tiene por qué repercutir negativamente en las libertades y derechos de la ciudadanía). Por lo que Virginie Guiraudon (2004) concluye:

“Decir que la lucha antiterrorista no es eficaz en nuestras democracias porque se da más importancia al respeto de las libertades que a los dispositivos de seguridad, evidencia tanta desinformación como las imputaciones a ETA por el 11/M en España”.

Ignacio Ramonet señala por otro lado el efecto expansivo de estas leyes y medidas antiterroristas no en nuestros Estados europeos, sino en regímenes donde los derechos fundamentales brillan por su ausencia o por su violación. Así, a la ola antiterrorista se han sumado Colombia, Indonesia, China, Birmania, Uzbekistán, Paquistán, Turquía, Jordania, República Democrática del Congo, etc. Donde los opositores políticos y las organizaciones humanitarias han pasado a ser “simpatizantes de los terroristas” (Ramonet 2004, p. 1).

Pero que las acciones institucionales contra el terrorismo, la política antiterrorista, se está convirtiendo en un serio peligro para las libertades en Estados Unidos y Europa, forma parte de una conciencia intelectual crítica que ha sido sintetizada con certeza, ironía y seriedad por Richard Rorty (2004). Rorty se refiere a la “sospecha ampliamente extendida de que la guerra contra el terrorismo es potencialmente más peligrosa que el terrorismo en sí”. Sospecha que le parece “ampliamente justificada”. Después de examinar la Ley Patriótica de Bush y otras actuaciones, Rorty advierte del siguiente riesgo en el horizonte:

“Es cierto que el resultado no sería ningún golpe de Estado fascista. El resultado sería una catarata de medidas que iniciarían un cambio en las condiciones sociales y políticas de la vida occidental. Los jueces y los tribunales perderían su independencia, y los mandos militares regionales recibirían de la noche a la mañana una autoridad que antes sólo tenían los funcionarios electos. Los medios de comunicación, a su vez, se verían obligados a ahogar las protestas contra los acuerdos gubernamentales”.

Desde los datos que analiza Rorty, no hay ni pizca de exageración en sus afirmaciones críticas. Como complemento, no se recrea en los problemas, sino que encuentra posibles soluciones. No en detrimento de la libertad, sino con el fortalecimiento de la libertad de expresión y la puesta de límites a los excesivos secretos. Las poblaciones tienen derecho a saber de sus Gobiernos la existencia de armas de destrucción masiva y han de estar informadas sobre los reales riesgos nucleares. Lo mismo dice de las armas químicas y bacteriológicas, así como la exigencia de dotar de una mayor publicidad a los presupuestos de seguridad e inteligencia pagados por todos los contribuyentes. Un mayor control democrático en estas materias y, desde luego, un cambio completo en el plano internacional, con la ONU como centro ineludible y una modificación, de manera que se acabe con la inmunidad de la violación de los derechos humanos, en la legislación internacional y en el derecho penal también internacional. Con el máximo de transparencia en la acción antiterrorista de los Estados:

“En definitiva, si los Gobiernos occidentales estuvieran obligados a publicar sus planes para estados de emergencia, los políticos autoritarios y demagógicos

tendrían más dificultades para aprovecharse en beneficio propio de un posible estado de excepción”.

Toda una realista demostración, la de Rorty, del siempre necesario coraje democrático.

Bibliografía citada

- AGAMBEN, G. (1997): *Homo sacer*, Paris: Éditions du Seuil.
- AA.VV. (2001): *Historia de los derechos fundamentales*, Tomo II, volumen II, Madrid: Dykinson, Instituto Bartolomé de las Casas de la Universidad Carlos III.
- ALADÁR MÉTALL, R. (1976): *Hans Kelsen. Vida y obra*, México D.F.: UNAM.
- BALLBÉ, M. (1983): *Orden público y militarismo en la España constitucional (1812-1983)*, prólogo de E. García de Enterría, Madrid: Alianza.
- BECCARIA, C. (1983): *De los delitos y de las penas*, edición de F. Venturi, Barcelona: Bru-guera.
- BOSSUET, J. B. (1940): *Discurso sobre la historia universal*, prólogo de B. Morales San Martín, Barcelona: Editorial Cervantes.
- CASTELAO, A. (1976): *Sempre en Galiza*, Madrid: Akal.
- COSTA, J. (1973): *Oligarquía y caciquismo. Colectivismo agrario y otros escritos*, Madrid: Alianza.
- DIDEROT, D. (1989): *Escritos políticos*, estudio preliminar de A. Hermosa Andújar, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- FERRAJOLI, L. (1995): *Derecho y razón*, prólogo de N. Bobbio, Madrid: Trotta.
- FUKUYAMA, F. (2000): *La gran ruptura*, Barcelona: Ediciones B.
- GRACIA MARTÍN, L. (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.
- GUIRAUDON, V. (2004): “Un ‘Mister antiterrorismo’”, *El Periódico de Aragón* 28-3-2004.
- HEGEL, G. W. F. (1974): *Lecciones sobre la filosofía de la historia universal*, prólogo de J. Ortega y Gasset, Madrid: Revista de Occidente.
- , (1988): *Principios de la filosofía del derecho*, ed. de J. L. Vermal, Barcelona: Edhasa.
- HUARTE SAN JUAN, J. (1977): *Examen de Ingenios para las ciencias*, introducción y edición de E. Torre, Madrid: Editora Nacional.
- HUNTINGTON, S. P. (2003): *¿Choque de civilizaciones?*, texto crítico de P. Martínez Montávez, Madrid: Tecnos.
- JARAUTA, F. (2004): “Fragmentos políticos sobre la muerte”, *El País* 9-4-2004.
- KELSEN, H. (1979): *Teoría pura del derecho*, México D.F.: UNAM.
- , (1995): *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*, estudio preliminar de G. Gasió, Madrid: Tecnos.
- KERSHAW, I. (2001): *HITLER 1889-1936*, Barcelona: Península.
- LACASTA-ZABALZA, J. I. (1994): *Georges Sorel en su tiempo (1847-1922). El conductor de herejías*, Madrid: Talasa.

- LEGAZ LACAMBRA, L. (1972): *Filosofía del derecho*, Barcelona: Bosch.
- LUKÁCS, G. (1976): *El asalto a la razón*, Barcelona: Grijalbo.
- MARCUSE, H. (1971): *Razón y revolución*, Madrid: Alianza Editorial.
- ORTEGA Y GASSET, J. (1984): *España invertebrada*, Madrid: Austral.
- RAMONET, I. (2004): "Antiterrorismo", *Le Monde diplomatique* 101.
- REMIRO BROTONS, A. (2003): "Nuevo orden o derecho internacional?", *Claves para la Razón Práctica* 132, p. 4-14.
- RORTY, R. (2004): "Fundamentalismo: enemigo a la vista", *El País* 29-3-2004.
- ROUSSEAU, J. J. (1985): *Discurso sobre la Economía política*, estudio preliminar de J. E. Candela, Madrid: Tecnos.
- SCHMITT, C. (1960): *Ex Captivitate Salus. Experiencias de los años 1945-1947*, Santiago de Compostela: Porto.
- , (1971): *Legalidad y legitimidad*, Madrid: Aguilar.
- , (1975): *Estudios políticos*, Madrid: Doncel.
- , (2000): *Catolicismo y forma política*, estudio preliminar de C. Ruiz Miguel, Madrid: Tecnos.
- TAINÉ, H. (1986): *Les origines de la France contemporaine*, tomo I, Introducción de F. Leger, Paris: Robert Laffont.

LA DECISIÓN JUDICIAL, LA PRISIÓN PROVISIONAL Y LA ALARMA SOCIAL

M^a LUISA CASARES VILLANUEVA

Magistrada

ANDRÉS GARCÍA INDA

Universidad de Zaragoza

I

A principios de marzo de 2005, cuando se escriben estas páginas, los medios de comunicación daban cuenta de la decisión judicial sobre un caso tristemente famoso: el llamado “asesino del naípe” era condenado por la Audiencia de Madrid a 142 años de prisión como autor de diversos delitos de suma gravedad. La prensa señalaba cómo el tribunal había decidido imponerle las máximas penas, entre otras razones, por “la alarma social y el desasosiego” que desataron sus crímenes¹. Y, ciertamente, tales crímenes habían sembrado el pánico en Madrid dos años antes y, a través de la información difundida por los propios medios de comunicación, habían conmocionado al resto de España por su crueldad y su sinsentido. No era de extrañar, por tanto, que el Tribunal encargado de la solución del caso tuviera en cuenta de una u otra manera, a la hora de tomar su decisión, el impacto que tales hechos habían causado en la opinión pública o, como dice la propia sentencia, “la alarma social” que esos crímenes habían suscitado. Es más, podemos pensar que lo contrario hubiera despertado sorpresa, cuando no indignación y rechazo, por parte de esa misma opinión pública. Al fin y al cabo, la noción de alarma social, a pesar de su maleabilidad –o tal vez precisamente por ello– hace ya tiempo que se ha instalado como una referencia fundamental a la hora de interpretar la realidad social y de valorarla jurídicamente.

Indudablemente, se trata de un concepto de difícil precisión. La alarma social sugiere un clima de opinión caracterizado por la inquietud, el desasosiego o el sobresalto que genera la percepción de algún tipo de amenaza. José María Tortosa lo ha definido como

1. Sentencia de 4 de marzo de 2005, de la Audiencia Provincial de Madrid (fundamento jurídico 11^º). La repercusión mediática de la sentencia puede verse, por ejemplo, en *El País* 10 de marzo de 2005.

“esa intranquilidad de diversas intensidades que sigue a hechos excepcionales o que precede, en forma de desconfianza o temor, al posible comportamiento de otros seres humanos” (citado en Del Val 2003, p. 124). Es decir, la alarma social es un clima de opinión caracterizado por la inseguridad. Es “el miedo colectivo” (Gil Calvo 2003, p. 41).

En los últimos años ese estado o clima de opinión se ha convertido en una referencia inevitable a la hora de pensar la realidad social. Los sociólogos y politólogos han caracterizado la nuestra como una “época de miedo”. Sea este real o virtual, como dice Daniel Innerarity (2004), lo que no quiere decir que sea irreal, el miedo se ha convertido en el principal argumento de nuestra sociedad contemporánea². No puede ser de otro modo en una sociedad en la que la vulnerabilidad, el “riesgo” o la amenaza se han convertido en las principales claves de lectura e interpretación social. Como escribe Innerarity, vivimos en una sociedad catastrófica, en la que –paradójicamente– hemos *normalizado* el estado de *excepción* y en la que, podríamos añadir nosotros, la obsesión por la seguridad, que es uno de los dos valores fundamentales a los que respondía el contrato social originario, se viene imponiendo sobre el otro, el de la libertad. Desde comienzos de siglo, dice Enrique Gil Calvo (2003), asistimos a un incremento del alarmismo. Y el derecho –y especialmente, las decisiones judiciales– no podía ser ajeno a esa expansión del miedo colectivo.

Ahora bien, como todo clima de opinión, cabe preguntarse hasta qué punto esa sensación colectiva de intranquilidad y desasosiego es un espejismo creado por los *media* o tiene un fundamento real. Dicho de otro modo: ¿Es esa alarma social habitualmente el resultado de riesgos reales o es más bien el producto de la vulnerabilidad percibida y difundida a través de los medios de comunicación? La pregunta es relevante si coincidimos con quienes señalan que una decisión jurídica no debe tomarse al dictado de la opinión pública si no es al riesgo de erosionar sensiblemente el principio de legalidad. Es sabido que, en ocasiones, la sensación de inseguridad o el miedo al crimen no guarda una relación directa con el nivel de riesgo real³ y es más el producto de una percepción generada –o amplificada– a través de los medios de comunicación. Eso no quiere decir en ningún caso que el miedo generado por los medios sea mero espejismo. “Por paradójico que parezca –dice Gil Calvo (2003, p. 39)–, ambos riesgos, el que revelan los medios y el que late invisible, se potencian recíprocamente”. Y por

2. Y sea real o no su origen, los efectos de tales epidemias sociales del miedo sí son reales (Gil Calvo 2003, p. 232-233). Véanse también al respecto las reflexiones sobre el terrorismo y las políticas de guerra preventiva y las implicaciones del miedo en nuestras democracias contemporáneas en B. Barber (2003).

3. Por ejemplo, a pesar del aumento del conjunto de la criminalidad, algunas investigaciones han puesto de relieve cómo las infracciones que mayor impacto causan en la opinión pública son las que menor peso específico tienen respecto al total; o señalan cómo el miedo al crimen es mayor en aquellos sectores de población que estadísticamente son menos frecuentemente víctimas de un delito. Esa posible “incoherencia” entre el miedo al delito y el aumento real de la criminalidad lleva a los expertos a considerar otros factores (sin despreciar el del riesgo “real”, por así decirlo), en la creación y desarrollo de sentimientos de inseguridad colectiva (Rico y Salas 1985, p. 13-50) y, muy especialmente, el papel de los medios de comunicación en la difusión del miedo (Gil Calvo 2003).

lo mismo, la alarma social ni es sólo una pura invención o creación mediática, ni es tampoco únicamente el producto de un riesgo real. Según Gil Calvo, ni una cosa ni otra, sino ambas a la vez, puesto que ambas se implican recíprocamente⁴.

Pero tanto en un caso como en otro –tanto si es “creada” como “creída”, podríamos decir– lo cierto es que la noción de alarma social ha jugado históricamente un papel muy importante en la justificación de las decisiones jurídicas y hoy día sigue siendo un argumento recurrente no sólo para interpretar la realidad social sino también a la hora de valorarla jurídicamente. Y un ejemplo relevante de ese papel lo constituyen las resoluciones judiciales y, particularmente, aquellas que tienen por objeto la decisión sobre la prisión provisional del imputado, dado que, hasta hace muy poco tiempo, la propia legislación recogía entre los motivos legales para adoptar esa medida cautelar el de la alarma social que el hecho hubiera producido.

La decisión sobre la alarma social –o, mejor dicho, la utilización de la alarma social como criterio en la toma de decisión– constituye por lo tanto un ejemplo inmediato de la tensión entre los valores de libertad y seguridad y de ahí la importancia de reflexionar sobre dicho uso, dadas las implicaciones que el mismo puede tener para el principio de legalidad. Sobre todo porque, aunque legalmente ese criterio –el de la alarma– haya desaparecido entre los motivos que la legislación procesal recoge, siempre queda el riesgo de que, como suele decirse, lo que hemos sacado por la puerta se nos acabe colando por la ventana.

II

Hasta la reforma de 2003, la legislación procesal recogía entre los motivos para adoptar la prisión provisional el *periculum in mora*, esto es, que se trate de un delito cometido frecuentemente o que cause alarma social. Inicialmente, fue el Decreto-Ley de 22 de marzo de 1957 el que añadió tal circunstancia al artículo 503 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882, entre los motivos excepcionales para acordar la prisión provisional del procesado, recuperando así el contenido de las normas decimonónicas y enlazando con una tradición que, como recordaba el Magistrado Jiménez de Parga en un voto particular a la Sentencia 98/1997, del Tribunal Constitucional hunde parte de sus raíces en la etapa más oscura del régimen nazi, en el que, cualquier “irritación social” bastaba para privar de libertad a una persona. Más tarde, la Ley de 2 de Diciembre de 1963, en virtud de la cual se crearon los Tribunales de Orden Público,

4. Dice textualmente Gil Calvo (2003, p. 42): “se trata de un resultado emergente del actual incremento intensivo y extensivo de las interacciones sociales –inmediatas y mediatas, próximas y distantes–, cuya mayor densidad y frecuencia incrementa con creces la presión que ejercen los climas de opinión, en última instancia destinados a conjurar la alarma social. Así que ambas dimensiones se implican recíprocamente, pues el alarmismo social del riesgo percibido que los medios revelan multiplica la epidemiología colectiva del latente riesgo real”.

permitía decretar la prisión de un inculpado durante todo el tiempo que la situación alterada por el hecho presuntamente delictivo no se hubiera normalizado.

En 1978, la referencia del apartado cuarto fue suprimida por la Ley 10/1978, y posteriormente vuelta a introducir mediante la Ley 16/1980, de 22 de abril, en una nueva redacción del artículo 504.2º de la LECr y con una aplicación dirigida a la delincuencia menor, según se precisó en la Circular 2/1980, de la Fiscalía General del Estado. La Ley Orgánica 7/1983, de 23 de Abril, añadió a esta referencia el que los hechos enjuiciados fueran de los que se cometen con frecuencia en el territorio donde el Juez o Tribunal que conociere de la causa ejerce su jurisdicción; y esta redacción se mantiene en esencia en la reforma llevada a cabo por la Ley Orgánica 10/1984, de 26 de Diciembre, y no se ve afectada por la que tuvo lugar por la Ley Orgánica 5/1995, de 22 de Mayo, del Tribunal del Jurado.

Sólo muy recientemente, el concepto de alarma social desaparece de la regulación de la prisión provisional en virtud de la reforma llevada a cabo por la Ley Orgánica 13/2003, de 24 de Octubre. Con ella, se instaura un nuevo régimen de esta institución dando respuesta a la Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y acogiendo las exigencias que paulatinamente había venido estableciendo el Tribunal Constitucional para respetar el contenido esencial del derecho a la libertad consagrado en el artículo 17 de la Constitución, y el derecho a la presunción de inocencia plasmado en su artículo 24.2, así como a la opinión de un buen sector de la doctrina científica⁵. No en vano, el legislador de 2003 recuerda en la Exposición de Motivos cuáles fueron los compromisos adquiridos en el Pacto de Estado para la Reforma de la Justicia sobre la necesidad de abordar la reforma de la prisión provisional de acuerdo con la reiterada doctrina del Tribunal Constitucional: “entre el deber estatal de perseguir eficazmente el delito, por un lado, y el deber estatal de asegurar el ámbito de la libertad del ciudadano, por otro”, transcribiendo literalmente un fragmento de la Sentencia 41/1982 del Tribunal Constitucional.

En diversas ocasiones, el Tribunal Constitucional se había venido manifestando sobre la necesidad de armonizar en la regulación de la institución de la prisión provisional, la justicia y la legalidad, la seguridad y la libertad⁶. En concreto, sobre la cues-

5. A modo de ejemplo, cfr. P. Andrés (1997, p. 23-25), V. Gimeno (1997, p. 151-152), O. Sanguiné (2003, p. 137-157); P. Gutiérrez (2004, p. 118-122), y las referencias allí citadas.

6. Ejemplos de algunos de estos pronunciamientos con distinta trascendencia unos y otros, y respecto de diversos matices y cuestiones, son la S. 42/1982, de 2 de Julio; S. 127/1984 de 26 de Diciembre, anterior a la reforma legal de la prisión provisional y que estudia la aplicación del plazo máximo de la prisión en delitos acumulados; S. 28/1985, de 27 de Marzo, sobre el cómputo de los plazos; S. 85/1985, de 10 de Julio; S. 178/1985, de 19 de Diciembre sobre la proporcionalidad razonable entre el derecho a la libertad y su restricción; S. 32/1987, de 10 de Marzo, sobre la “excepcionalidad” y el “favor libertatis”; S. 34/1987, de 12 de marzo, sobre interpretación de leyes temporales intermedias; S. 40/1987, de 3 de Abril, expositiva de los principios de derecho internacional sobre la materia; S. 88/1988, de 9 de Mayo, acerca de su carácter excepcional y su interpretación restrictiva; S. 66/1989, de 17 de Abril, sobre la constitucionalidad del Auto de Procesamiento y compatibilidad de las medidas cautelares con el principio de presunción de inocencia; S. 8/1990, de 18 de Enero, sobre la agilidad de la tramitación

ción de la “alarma social” la primera resolución del Tribunal Constitucional que encontramos en la que hace expresa referencia al tema es la *Sentencia 66/1997, de 7 de Abril* (BOE de 13 de abril). Se trata de una resolución de un recurso de amparo. En ella, haciendo referencia a la razonabilidad de la motivación de las resoluciones judiciales que denegaron la libertad del imputado, el Constitucional ya advertía que

“Con independencia del correspondiente juicio que pueda merecer la finalidad de mitigación de otras alarmas sociales que posean otros contenidos –la alarma social que se concreta en disturbios sociales, por ejemplo– y otros orígenes –la fuga del imputado o su libertad provisional– juicio en el que ahora no es pertinente entrar, lo cierto es que la genérica alarma social presuntamente ocasionada por un delito constituye el contenido de un fin exclusivo de la pena –la prevención general– y (so pena de que su apaciguamiento corra el riesgo de ser precisamente alarmante por la quiebra de principios y garantías jurídicas fundamentales), presupone un juicio previo de antijuridicidad y de culpabilidad del correspondiente órgano judicial tras un procedimiento rodeado de plenas garantías de imparcialidad y defensa”.

Y la misma opinión se reitera poco más tarde, con idénticos términos, en la *Sentencia 98/1997, de 20 de Mayo*. En aquélla se trataba de un delito de alzamiento de bienes y otro de apropiación indebida, y en ésta de un delito de estafa y de un delito de apropiación indebida. En la primera la resolución recurrida justificaba la prisión provisional atendiendo al elevado número de perjudicados y a que el tema había trascendido a la opinión pública, mientras que en la segunda se hacía referencia, sin más, a la alarma generada por los hechos investigados.

La importancia de estas dos sentencias sobre este tema se constata por el hecho de que posteriormente son mencionadas de manera reiterada, por ejemplo, en la STC 14/2000, de 17 de Enero, y poco más tarde en la STC 47/2000, de 17 de Febrero, que plantea auto-cuestión de inconstitucionalidad de los artículos 503 y 504 de la LECr, entonces en vigor, que viene a transcribir el fundamento jurídico sexto de la STC 66/1997 y el fundamento jurídico noveno de la STC 98/1997. Dicha *Sentencia 47/2000, de 17 de Febrero* del Tribunal Constitucional hace un detallado análisis de la redacción entonces vigente de los artículos 503 y 504 de la LECr estableciendo una comparación con los requisitos dimanantes del artículo 17 de nuestra Constitución, “tal y como los ha delimitado nuestra doctrina y las circunstancias bajo las que los preceptos transcritos permiten acordar la prisión”; y pone de manifiesto “*prima facie*, que la Ley ni exige

de estos procesos; S. 206/1991, de 30 de Octubre, que parece aborda por vez primera la necesidad de contradicción a la hora de adoptar medidas de esta naturaleza; S. 3/1992, de 13 de Enero, sobre motivación y razonabilidad en la adopción de la prisión provisional; S. 103/1992, de 25 de Junio, sobre la indeclinabilidad de los plazos máximos; S. 341/1993, de 18 de Noviembre, conocedora de la inconstitucionalidad de ciertos preceptos de la L.O. de Seguridad Ciudadana; S. 71/1994, de 3 de Marzo, que declaró la inconstitucionalidad del art. 504 bis de la LECr introducido por L.O. 4/1988, de 25 de Mayo; etcétera.

la presencia de un fin constitucionalmente legítimo para acordar tal medida, ni determina cuáles son los fines constitucionalmente legítimos que permiten acordarla ni, por lo tanto, exige que éstos se expresen en la resolución que la acuerda. Quizá bastaría esa insuficiencia de la Ley para entender vulnerado por ella el artículo 17 de la Constitución (...) pero a esa insuficiencia se añaden, en el presente caso, otras posibles tachas de inconstitucionalidad”. La especial importancia de esta resolución descansa sin duda en que de manera definitiva pretende zanjar una cuestión a la que se había referido de manera reiterada, a través del planteamiento de la “auto-cuestión de inconstitucionalidad “ de los artículos 503 y 504 de la LECr, y para nosotros ahora, en que entra a analizar el sentido y alcance de la referida “alarma social”.

Recordemos brevemente que esta Sentencia del Tribunal Constitucional estimó la demanda de amparo solicitada contra un Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona de 6 de Febrero de 1996, por el que se resolvía recurso de apelación contra sendos Autos del Juzgado de Instrucción núm. 2 de Sabadell, y del Juzgado de Instrucción núm. 5 de Barcelona, confirmándolos; en ellos, se decretó la prisión provisional del demandante de amparo. Este último Juzgado instructor decía en su resolución que de las diligencias penales incoadas se desprendería la existencia de un delito contra la salud pública integrado por el tráfico de sustancias estupefacientes que causan grave daño a la salud en cantidad de notoria importancia y otro delito de contrabando de la misma sustancia, delitos que además de la innegable *alarma social* que producen –decía el Auto judicial– están sancionados con penas que puedan llegar a reclusión menos, así como de un delito de tenencia ilícita de armas; por ello –y siempre según el órgano instructor– procedía conforme a lo dispuesto en los arts. 503 y 504 de la LECr mantener la prisión provisional del recurrente. Con ello, se acogía la petición formulada por el Ministerio Fiscal tendente a acordar la prisión del imputado, acusación pública que para fundamentar su solicitud también invocaba en sus informes la gravedad de las penas previstas para estos delitos y la *alarma social* que producen, formulación que vuelve a invocar ante el Tribunal Constitucional, tanto en el trámite de audiencia previa a la admisión de la demanda de amparo, como en su escrito de alegaciones.

Pues bien, el Tribunal Constitucional recuerda con contundencia y rotundidad cuál debe ser el sustento jurídico de la adopción de la medida de la prisión provisional y de qué manera debe verse reflejado en las resoluciones judiciales que la adoptan. En cuanto al primero de ellos, dice que “la legitimidad constitucional de la prisión provisional exige que su configuración y su aplicación tengan, como presupuesto, la existencia de indicios racionales de la comisión de una acción delictiva, como objetivo, la consecución de fines constitucionalmente legítimos con la naturaleza de la medida”; esto es la conjugación de ciertos riesgos relevantes para el desarrollo normal del proceso, que parten todos ellos del propio imputado: su fuga o sustracción de la acción de la Justicia, la obstrucción de la instrucción penal a través de la ocultación o destrucción de prueba, o la reiteración delictiva. En cuanto a la segunda cuestión, se exige que toda resolución judicial limitativa de derechos fundamentales sea debidamente motivada, expresando en ella las circunstancias que justifican tal limitación; ella es una exigencia formal del principio de proporcionalidad y persigue como fin hacer posible el debate

y comprobación de la legalidad y racionalidad de la restricción acordada. Es decir, que en ningún caso la alarma social podía ser el motivo para adoptar la prisión provisional del imputado.

En adelante el Tribunal Constitucional no se aparta de esta clara línea doctrinal que se ve claramente reflejada con posterioridad en la STC 61/2000, la STC 8/2002, de 14 de Enero, la STC 23/2002, de 28 de Enero, o la *STC 23/2002*, que compendia de manera claramente ilustrativa, si cabe, los requisitos exigibles en el ámbito constitucional a la prisión provisional, en su fundamento jurídico tercero:

“a) Su configuración y aplicación han de tener como presupuesto la existencia de indicios racionales de la comisión de un delito y su objetivo ha de ser la consecución de fines constitucionalmente legítimos y congruentes con la naturaleza de tal medida. Se ha señalado al respecto, que los riesgos a prevenir son la sustracción a la acción de la Administración de Justicia, la obstrucción a la justicia penal y la reiteración delictiva (así, entre otras, la STC 207/2000, de 24 de Julio, FJ 6).

b) Las decisiones relativas a la adopción y al mantenimiento de la prisión provisional deben expresarse en una resolución judicial motivada. Para que la motivación se considere suficiente y razonable es preciso que la misma sea el resultado de la ponderación de los intereses en juego (la libertad de la persona cuya inocencia se presume, por un lado; la realización de la Administración de justicia penal y la evitación de hechos delictivos, por otro) y que esta ponderación no sea arbitraria, en el sentido de que resulte acorde con las pautas del normal razonamiento lógico y especialmente con los fines que justifican la prisión provisional (STC 128/1995, de 26 de Julio FJ 4 y 47/2000 FJ 2).

Entre los criterios que este Tribunal ha considerado relevantes para el enjuiciamiento de la suficiencia y razonabilidad de la motivación se encuentran, en primer lugar, las características y la gravedad del delito imputado y de la pena con que se amenaza, y en segundo lugar, las circunstancias concretas y personales del imputado. Ahora bien, este último criterio puede no ser exigible en un primer momento, por no disponer el órgano judicial de tales datos. Por ello, se ha afirmado que, si bien en ese primer momento la medida de prisión provisional puede justificarse atendiendo a criterios objetivos, como la gravedad de la pena o el tipo de delito, en un momento posterior el paso del tiempo obliga a ponderar no sólo si se han modificado estas circunstancias sino también las circunstancias personales conocidas en ese momento (STS 37/1996, de 11 de Marzo FJ 6 y 62/1996, de 16 de Abril, FJ 5).”

Insistamos que en este marco, sin duda, no tiene cabida invocar como causa que fundamenta la adopción de la prisión provisional, la alarma social causada por un hecho delictivo. En coherencia con todos los pronunciamientos constitucionales sobre la materia, la invocación genérica e indeterminada a la existencia de “alarma social”

como factor justificativo de la adopción de una medida cautelar privativa de libertad previa a la destrucción de la presunción de inocencia resulta totalmente inadmisibile. No se integra como fin constitucionalmente legítimo dirigido a la conjura de riesgos relevantes para el desarrollo normal del proceso o para la ejecución del fallo (STC 128/1995; 61/2000; 207/2000; 23/2002, entre otras muchas), resultando, en todo caso, más propia o cercana del fin de prevención general inherente a la condena penal. Lo contrario, como ha señalado la doctrina científica, supone convertir la prisión provisional, de medida cautelar en pena anticipada. Es más, el propio Tribunal Constitucional en *Sentencia 32/1987, de 2 de Julio*, ya se había pronunciado en su fundamento jurídico tercero incluso para pedir cautela a la hora de adoptar tal medida cautelar cuando la finalidad fuese la de asegurar el resultado final del proceso:

“Dicho de otro modo, la predicada naturaleza procesal o adjetiva de tales normas y alcance meramente preventivo o cautelar de la prisión provisional no pueden en modo alguno ocultar la efectiva limitación de la libertad personal del inculpado en una causa penal. De ahí que este Tribunal no pueda compartir el modo de razonar de los órganos judiciales que aísla la decisión relativa a la prisión provisional como si se tratara únicamente de un acto procesal más, orientado sólo a la preparación y aseguramiento del buen fin de la causa criminal sin reparar en la incidencia más o menos restrictiva que para la libertad del procesado o inculpado tenga la ley aplicada por el Juez al adoptar aquella decisión.”

III

En todo caso, antes e incluso después de esas decisiones del Tribunal Constitucional, la alarma social, como concepto jurídico indeterminado, se ha visto reflejado en múltiples resoluciones en las que se ha acordado la prisión provisional de un imputado y ciertamente no de manera unívoca: en unos casos, se ha vinculado la existencia de tal alarma social con la pena señalada para el correspondiente delito, otras veces con la naturaleza misma de los hechos investigados, la pluralidad de perjudicados, la frecuencia con la que se cometen hechos de análoga naturaleza, o precisamente por lo contrario, por su excepcionalidad. Resulta evidente que la ausencia de una concreta definición de lo que debe entenderse como alarma social o su vinculación a parámetros difícilmente cuantificables o ponderables en términos objetivos no ha llevado a resoluciones con muy diferentes matices, en la mayoría de los casos. No en vano la Audiencia Provincial de Córdoba reconocía expresamente en un Auto de 6 de Noviembre de 1996, en relación al presupuesto de la alarma social que “la inicial dificultad que se plantea es la de dar concreción jurídica a un concepto no ya indeterminado en términos jurídicos, sino incluso extraordinariamente difuso en su acepción ordinaria”.

A esa indeterminación se suma otra limitación, en este caso derivada del hecho de que sólo unas cuantas de las múltiples resoluciones judiciales dictadas por los órganos instructores en las que se acuerda, se deniega o se revoca la prisión provisional son recurridas en apelación y, en consecuencia, es muy reducido el número de Autos dic-

tados por las Audiencias Provinciales que pueden ser objeto de análisis. En cualquier caso, creemos que puede ser considerada la siguiente como una muestra suficientemente significativa de cuáles han sido los criterios más comúnmente adoptados en torno a la cuestión objeto de análisis. Como veremos en adelante, en algunas ocasiones ha sido la gravedad del delito lo que para el órgano judicial ha causado la alarma social y ha llevado a acordar la prisión provisional del imputado; otras veces es la naturaleza del hecho, bien aisladamente concebida o bien relacionada con la frecuencia con la que se cometen hechos similares, o incluso la trascendencia de la noticia en los medios de comunicación lo que sirve de criterio para motivar la decisión.

En cuanto a la naturaleza del hecho delictivo, son los *delitos relacionados con el tráfico de drogas y sustancias estupefacientes* los que con más frecuencia han sido objeto de pronunciamiento por parte de las Audiencias Provinciales siendo éstos unívocos y coincidentes en la mayoría de los supuestos a la hora de valorar la concurrencia de la alarma social. Así, la A. Provincial de Castellón en Auto de 9 de Junio de 1998 y 16 de Noviembre de 1999, (teniendo en consideración, además, que los hechos tuvieron lugar en una población pequeña como Vinaroz), la A.P. de Asturias en Auto de 30 de Abril de 1999 o la A.P. de Guipúzcoa en Auto de 23 de Noviembre de 1999 en el cual se entra a detallar la trascendencia social o alarma que se justifica atendiendo a las consecuencias que el consumo de tales sustancias conlleva, y a la multiplicidad de asociaciones de todo tipo encaminadas a la rehabilitación y desintoxicación de los afectados quedando finalmente acreditada “la gravedad delictiva y también la alarma social, lo que a modo de catalizadores, son las auténticas razones legitimadoras de la prisión provisional”.

En otras ocasiones es también la frecuencia con la que ocurren hechos de esta naturaleza lo que motiva la adopción de la medida cautelar de la prisión provisional, conectando esa reiteración delictiva con la creación de la alarma social. Así lo hace la Audiencia Provincial de Cádiz, en Autos de 30 y 31 de Marzo de 1998, en Auto de 19 Febrero de 1999, o en Auto de 3 de Enero de 2001; o como también vemos en Auto de la A.P. de León de 13 de Agosto de 2001, pudiendo destacar por último el Auto de 12 de Julio de 1993, de la A. Provincial de Cuenca que hizo expresa referencia a la concurrencia de una “evidente” alarma social en los supuestos en que existe tráfico de drogas por cuanto incluso asociaciones de vecinos y particulares acuden frecuentemente a los medios de comunicación solicitando “una mayor protección contra esta lacra social”. Esta expresa alusión a la trascendencia de la noticia, aun cuando no es habitual, aparece reflejada en alguna otra resolución judicial, y entendemos pone claramente de manifiesto cómo un “clima de opinión” puede influir en la adopción de una determinada decisión judicial; cabe ciertamente la duda de si habría alarma social si los medios de comunicación no se hubiesen hecho eco de la noticia, y si la decisión judicial hubiese sido la misma.

Otro ejemplo al respecto lo encontramos en un Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona de 18 de Septiembre de 2001, en el que se decía expresamente:

“Los hechos produjeron suficiente alarma social y además hechos similares se producen en el partido judicial, como se desprende de la repercusión que tuvieron los mismos en medios informativos, del ambiente de tensión vivido

en el barrio y de la frecuencia con que tienen lugar peleas entre los imputados y otros jóvenes del barrio”;

o como también leemos en un Auto de 2001 de la Audiencia Provincial de Córdoba, y con relación a un delito contra los derechos de los trabajadores que

“la escasa frecuencia con que se comete este tipo de hechos en este ámbito geográfico, lo cual repercute en la alarma social producida, como se ha puesto de manifiesto por la trascendencia que ha tenido en la población, incluso a través de los medios de comunicación, aunque precisamente no sea el énfasis de un medio comunicativo lo que genera directamente la alarma social, sino el propio sentir de cualquier persona que toma noticia de estos hechos”.

El matiz que aquí parece reflejarse es el de remarcar que no ha sido la aparición de la noticia en los medios de comunicación lo que ha generado el estupor o la indignación de la comunidad, sino que esos medios se han limitado a reflejar el sentir común que nace necesariamente en todo aquél que tiene conocimiento de hechos de naturaleza semejante, y que han resultado más escandalosos, si cabe, precisamente por la escasa frecuencia con la que se cometen en ese concreto ámbito geográfico, por su excepcionalidad. En todo caso, tales casos ponen de manifiesto la influencia de los medios en la decisión, o la relevancia que puede llegar a jugar lo que se ha denominado el “juicio paralelo” y que, desde determinadas perspectivas, puede llegar a entenderse como una esfera de debate autónomo y superpuesto al propiamente judicial⁷.

No obstante, creemos oportuno apuntar que en otra causa también seguida por un presunto *delito contra los derechos de los trabajadores* (el acusado conducía una furgoneta con doble fondo, en cuyo interior escondía a cuatro personas de nacionalidad marroquí sin la preceptiva documentación para entrar en territorio español), la valoración de la frecuencia con la que se producen hechos de idénticas características fue diferente. En este caso, la A.P. de Cádiz, en Auto de 26 de Septiembre de 2000, confirmó la situación de prisión provisional aludiendo entre otros motivos a la alarma social causada, por

“la especial sensibilidad no solo social sino también legislativa en relación a los delitos por los que se sigue la presente causa, habida cuenta del gran número de personas que cada año fallecen cuando son transportadas en circunstancias similares a las que no ocupa, de ahí que la reciente L.O. 4/2000 haya procedido no sólo a endurecer las penas inicialmente previstas sino a crear también nuevos tipos delictivos en relación al tráfico de personas.”

En otras ocasiones, la reforma de la prisión provisional como medida cautelar y la adopción de la libertad del imputado tiene sencillamente su fundamento en el paso del

7. Es el caso de lo que sucede por ejemplo en Estados Unidos con los procesos mediáticos (al respecto véase Hariman 1990). Sobre la influencia de los medios de comunicación en la decisión judicial en España cfr., por ejemplo, los trabajos de Carretero Sánchez (2004), De la Cuadra (2001), Folguera Crespo (2001) o Prieto Sanchís (1997).

tiempo, que como suele decirse todo lo cura, incluido el miedo colectivo: el tiempo transcurrido desde que se adoptó la medida de prisión ha provocado que la alarma social generada por los hechos que dieron lugar a la detención del presunto responsable se haya visto “necesariamente mitigada” dice el Auto de 7 de Febrero de 2000 de la A.P. de Gerona, recordando la posible adopción de otras medidas alternativas a la prisión que pueden resultar suficientes para conjurar el riesgo de fuga, tales como la imposición de una fianza, la prohibición de salir del territorio español con intervención del pasaporte y la obligación de efectuar presentaciones personales periódicas; y también hace referencia la A.P. de Avila en Auto de 19 de Septiembre de 1996 al tiempo transcurrido desde que los hechos constitutivos de un delito de atentado se cometieron, para estimar que la alarma social generada entre las personas afectadas ha de entenderse remitida, desdeñando expresamente la existencia o no de alarma social.

Pero también nos encontramos con resoluciones en las cuales se valora la existencia de la alarma en sentido contrario, algunas de ellas ya posteriores a la referida reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en virtud de la cual se suprime toda referencia a la existencia de alarma social como elemento a valorar (Auto de la AP de Cádiz de 31 de Marzo de 2003, que ratifica la medida privativa de libertad, y ello con relación a un delito contra la salud pública, o Sentencia de la AP de Toledo de 20 de Mayo de 2003, que revoca la medida de prisión acordada por el órgano instructor para recordar la existencia de otras medidas alternativas a la privación de libertad) y alguna ya anterior, lo que entendemos tiene especial importancia al asumirse así los criterios constitucionales vigentes y entonces ya reiterados, más allá de la literalidad de los artículos 503 y 504 de la LECR, todavía no reformados. Precisamente la misma Audiencia Provincial de Gerona, poco después de las resoluciones antes mencionadas, en Auto de 21 de Julio de 2000, e invocando recientes y reiterados pronunciamientos constitucionales, transcribía un párrafo de la STC 14/2000 para recordar, con relación a la alarma social generada por un delito contra la salud pública que valoró el Juzgado de Instrucción núm. 2 de la localidad de Blanes (se trata de un alijo de 4000 kilos de hachís), que “dicha fundamentación no puede reputarse por sí sola suficiente para la adopción o mantenimiento de la medida cautelar en cuestión, pues lo contrario implicaría atribuir a la prisión provisional una finalidad de prevención general” inadmisibles en un Estado Social y democrático de Derecho por lo que significa de manipulación de la persona para la consecución de fines estatales (así también la AP de Toledo en Auto de 31 de Julio de 1998).

Otros delitos en los que de manera más frecuente también ha aparecido tradicionalmente el concepto de alarma social como argumento a la hora de adoptar la prisión provisional son aquellos *de naturaleza sexual*, tales como las violaciones, las agresiones sexuales o los abusos sexuales. Así, por ejemplo, el Auto 4082/1998, de la A. Provincial de Castellón, el de la AP de Cuenca de 8 de Octubre de 1994, de la AP de Valencia de 8 de Octubre de 1997, el Auto de la AP de Castellón de 14 de Junio de 1998 o el de la AP de Guipúzcoa de 8 de Marzo de 2001, al margen incluso de otras consideraciones que la norma procesal acoge expresamente como a valorar para no adoptar tal medida cautelar privativa de libertad. La Audiencia Provincial de Cuenca, por ejemplo, en Auto de 26 de Julio de 1994, (ponente Bahillo Rodrigo), dice que en su fundamento jurídico primero que

“se infiere *prima facie* la presunta comisión de un delito de violación; de modo que aún en la hipótesis de que el recurrente no se fuera a sustraer a la acción de la justicia y carezca de antecedentes penales no se puede omitir la alarma social que crea la comisión de tales delitos y máxime cuando el sujeto pasivo es un impúber”. Y la AP de Guipúzcoa en Auto de 8 de Marzo de 2001 (ponente Coro Cillán), expresa en su fundamento jurídico quinto que “la sociedad española, en general y los ciudadanos, en particular, sí están alarmados en el momento actual ante tales hechos delictivos que se cometen muy a menudo y se repiten muchas veces” (agresión sexual, detención ilegal, y homicidio frustrado). Por el contrario la AP de Burgos, en Auto de 19 de Febrero de 1999, con relación a un delito de agresión sexual, obvia la existencia o no de alarma social, y en contra de lo interesado por el Ministerio Fiscal, acuerda la libertad del imputado atendiendo a la pena, y a que carece de antecedentes penales, e impone a obligación de comparecer *apud acta* dos veces al mes, y la prohibición de acudir al centro de enseñanza en donde cursa estudios la perjudicada a su persona y a su domicilio.

También se ha valorado la existencia de alarma social en resoluciones dictadas en procedimientos seguidos por *delitos de robo con violencia e intimidación en las personas*; así, el Auto de la AP de Barcelona de 3 de Diciembre de 1999, ó el Auto de la AP de Lleida de 5 de Abril de 2000 en el cual se entendía pertinente el mantenimiento de la situación de privación de libertad del imputado acordada un mes antes, por concurrir los requisitos regulados en los artículos 503 y 504 de la LECr, y “por la gravedad de los seis delitos de robo con medio peligroso que se le imputan de comisión frecuente en el territorio y en el que causan grave alarma social por la inseguridad ciudadana que generan, habiendo tenido por víctimas a mujeres solas o acompañadas de niños pequeños.”

Con relación a *delitos de naturaleza económica*, son pocas las resoluciones que han tenido trascendencia, aun cuando podemos hacer referencia a una resolución de la Audiencia Provincial de León –Auto de 12 de Julio de 2000– que ratificó el mantenimiento de la prisión provisional del recurrente haciendo referencia al riesgo de fuga del presunto responsable y a

“la evidente alarma que produce quizá más que la comisión del delito la puesta en libertad de este tipo de delincuentes”,

alarma social a la que también alude la AP de Zaragoza en Auto de 7 de Marzo de 2002, cuando ratifica la prisión de un imputado al que se le atribuye la comisión de un delito de alzamiento de bienes y un delito de falsedad en documento público, además de por las penas señaladas para estos tipos penales, el escándalo generado por los hechos enjuiciados.

Pues bien, todas estas resoluciones, tan coincidentes entre sí o tan dispares –las que hacen una referencia genérica e inespecífica a la existencia de alarma social o las que intentan explicar su fundamento–, todas ellas, decimos, fueron respetuosas con la literalidad de los preceptos que en cada momento regulaban la prisión provisional, conviniendo, por tanto con la anterior doctrina constitucional, cuestión sobre la cual es necesario hacer alguna reflexión.

Hubiera sido suficiente, quizá, obviar la existencia o no de alarma social, de consternación, estupor o escándalo en la sociedad, o la repercusión del incidente objeto del procedimiento penal en los diferentes medios de comunicación, porque en la mayoría de los supuestos, por no decir en todos, la gravedad de las penas aparejadas a los hechos objeto del procedimiento penal, la necesidad de asegurar en un primer momento la obtención de datos relevantes para la instrucción, el peligro de fuga del presunto responsable, o el riesgo cierto de reiteración delictiva por su parte, hubieran sido motivos de suficiente entidad para fundamentar la adopción de la prisión como medida cautelar privativa de libertad, respetándose así, no sólo la literalidad del articulado de la Ley de Enjuiciamiento sino los reiterados pronunciamientos del Tribunal Constitucional.

Es cierto que nuestra norma fundamental es parca en alusiones expresas a la prisión provisional. El artículo 17, tras consignar el derecho de toda persona a la libertad y a la seguridad, establece en su primer apartado que “nadie puede ser privado de su libertad, sino con la observancia de lo establecido en este artículo y en los casos y en la forma previstos en la ley”, y sólo en su último párrafo, el cuarto, se detiene específicamente en la prisión provisional para establecer que por ley se determinará el plazo máximo de su duración. Esta lectura del texto constitucional, aislada de las referencias pertinentes a los Tratados y Acuerdos internacionales ratificados por España en materia de derechos fundamentales, y de la propia significación de la institución que ahora reclama nuestro análisis, puede engendrar la errónea concepción de que estamos ante un derecho de pura configuración legal, cuyo desarrollo no encuentra más cortapisas constitucionales que las formales y cuya limitación no admite otro análisis de legitimidad que el de su mera legalidad. Para alejar esta conclusión, tan ajena a la trascendencia del contenido del derecho a la libertad y al propio espíritu de nuestra Constitución, el Tribunal Constitucional tuvo tempranamente la oportunidad de afirmar que la institución de la prisión provisional no sólo viene delimitada por los preceptos que antes reseñábamos, sino también por “el artículo 1.1 consagrando el Estado social y democrático de derecho que propugna como valores superiores la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo, y por el artículo 24, que dispone que todos tienen derecho a un proceso público sin dilaciones indebidas (...) y a la presunción de inocencia” (STC 41/1982, fundamento jurídico 2).

“Este caudal normativo, acrecentado por las correspondientes disposiciones de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 (art. 9), del Convenio para la Protección de los derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 1950 (art. 5), y del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos de 1966 (art. 9), descarta tajantemente sin merma de la relevancia constitucional de la concreción legal de su contenido, que la naturaleza de este derecho pueda ser mecánicamente conducida a la categoría de los derechos de configuración legal (S. TC 206/1991, fundamento jurídico 4 y S. TC 13/1994, fundamento jurídico 6) y determina que tan ilegítima puede ser la prisión decretada cuando se actúa bajo la cobertura improcedente de la Ley como contra lo que la ley dispone (S. TC 127/1984, fundamento jurídico 2; 34/1987, fundamento jurídico 1; 13/1994, fundamento jurídico 6; 241/1994, fundamento jurídico 4; también en otros términos S. TC 32/1984, fundamento jurídico 4; 3/1992, fundamento jurídico 5).”

La Sentencia del Tribunal Constitucional 128/1995, de 26 de Julio de 1995, de cuya redacción se ha extraído el fragmento entrecomillado, estimó el recurso de amparo del recurrente, y acordaba su libertad provisional, precisando que si bien se había dictado por el Juzgado Central de Instrucción su prisión provisional y se había ratificado ésta por la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional con argumentos de legalidad ello no era suficiente.

No resulta difícil pensar, por tanto, cuál hubiera sido el sentido de sus pronunciamientos de haberse interpuesto recurso de amparo frente a cualquiera de las sentencias antes transcritas. No en vano, la LOPJ en su art. 5 declara que “la Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico y vincula a todos los Jueces y Tribunales, quienes interpretarán y aplicarán las Leyes y los Reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte e las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos.”. Y ese *todo tipo de procesos*, sin duda incluye al recurso de amparo constitucional; en este sentido se ha pronunciado la doctrina sobre su fuerza vinculante en tales pronunciamientos que recaen especialmente en materia de derechos fundamentales; en éstos el Tribunal Constitucional reconoce situaciones jurídicas individualizadas pero también efectúa declaraciones de carácter general; trata primordialmente de decidir si ha existido o no una vulneración de derechos fundamentales pero establece también cuál deba ser el sentido y alcance de los preceptos y principios de la Constitución. Quizá por ello el artículo 164.1 de la C.E. dispone que las sentencias del Tribunal Constitucional “tienen valor de cosa juzgada a partir del día siguiente a su publicación y no cabe recurso alguno contra ellas. Las que declaren la inconstitucionalidad de una ley o de una norma con fuerza de ley y todas las que no se limiten a la estimación subjetiva de un derecho, tiene plenos efectos frente a todos”.

Se ha llegado a decir que –con toda claridad desde la entrada en vigor de la LOPJ de 1985– aparece una nueva fuente del Derecho, constituida por las sentencias y autos del Tribunal Constitucional que interpretan derechos fundamentales y libertades públicas, y que se establece un sistema de *stare decisis*, de forma que un Juez que se aparte de la doctrina constitucional se está apartando del ordenamiento jurídico; y que antes de la reforma de la prisión provisional llevada a cabo en Octubre de 2003, aquella medida cautelar se encontraba en mayor medida regulada por la doctrina del Tribunal Constitucional desde el caso Sotos (STC 128/1995) que en la propia ley de Enjuiciamiento Criminal.

Llegados a este punto, y más aún después de la promulgación de la Ley Orgánica 13/2003, de 24 de Octubre por la cual se adecua la regulación formal de la prisión provisional a las exigencias constitucionales, deberíamos poder decir que han quedado plenamente desterrada de nuestra sistema jurídica cualquier resolución en las que se invoque la existencia de alarma social para apoyar la adopción de la prisión provisional del presunto responsable, y mucho menos que el debate al respecto se desarrollase con una considerable trascendencia mediática. Pero siempre correremos el riesgo de equivocarnos.

Quizá el supuesto más llamativo y reciente al que podemos referirnos ha sido el conocido como el “caso Farruquito”, dada la condición de “famoso” de su protagonista

aun cuando no ha sido esta la única ocasión en la que hemos tenido la oportunidad de leer en la prensa otras noticias en las que se volvía a hacer referencia a la alarma social generada por un suceso junto con las medidas privativas de libertad acordadas respecto del presunto responsable. El llamado “caso Farruquito” se trata de un caso reciente que en nuestra opinión ha tenido una desmesurada presencia en los medios de comunicación, relacionado con el tema de la prisión provisional de la persona imputada en un procedimiento penal como presunto autor de un delito de homicidio y de un delito de omisión del deber de socorro por atropellar mortalmente a una persona, conduciendo un vehículo careciendo del correspondiente seguro obligatorio y del preceptivo permiso de conducir y de huir posteriormente sin auxiliar a la víctima, atribuyendo la responsabilidad de lo ocurrido a un hermano menor de edad penal. Los hechos tuvieron lugar el día 30 de Septiembre de 2003, y el presunto autor fue detenido el día 27 de Marzo de 2004, cuando ya había entrado en vigor la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por la ya mencionada Ley Orgánica 13/2003, de 24 de Octubre.

Pues bien, en el debate sobre la privación de libertad o no de Farruquito –que tuvo una trascendencia permanente en los medios de comunicación de toda índole–, se pusieron de relieve las peticiones del Ministerio Fiscal y de la acusación particular interesando la prisión provisional del imputado por la gravedad de los delitos atribuidos, por el riesgo de fuga existente y *por la alarma social generada alrededor del caso*. Esta solicitud fue denegada por el Juez Instructor del Juzgado de Instrucción nº 15 de Sevilla interponiéndose el correspondiente recurso ante la Audiencia Provincial por las partes acusadoras, que invocaron los mismos argumentos. Finalmente se confirmó la situación de libertad bajo fianza de Farruquito con la obligación de comparecer *apud acta* determinados días ante el Juzgado de Instrucción. Estas decisiones judiciales fueron larga y agriamente criticadas en muchos artículos y tertulias y calificadas de escandalosas, cuando por el contrario lo que debería haber llamado la atención es la invocación de la alarma social generada como argumento para acordar la privación cautelar de libertad de Farruquito en contra de la doctrina constitucional y una vez llevada a cabo la reforma de los artículos 502 y 503 de la LECr; la propia acusación particular manifestó que insistiría en el argumento de la alarma social creada, aun cuando “no se contemple en la ley”, y la defensa del imputado contra-argumentaba en que en realidad se estaba ante una alarma mediática que no se correspondía con la situación de alarma real invocada.

También hay otros casos de similar naturaleza habrían que han recibido un tratamiento similar por parte del órgano instructor, y o no habrían tenido trascendencia en ningún medio de comunicación o el tratamiento periodístico había sido mínimo. Por ejemplo, un supuesto reciente es el de un conductor que arroja un resultado positivo en la prueba de alcoholemia y que atropella mortalmente a un matrimonio. El Juzgado de Instrucción núm. 2 de Hospitalet de Llobregat no acuerda el ingreso en prisión del presunto autor (interesada por el Ministerio Fiscal) porque “no existe riesgo de fuga o cualquier otra forma de obstaculizar la investigación debido al arraigo del detenido; el acusado es nacional y no tiene antecedentes penales” y se cita la doctrina constitucional para recordar que la prisión provisional como medida cautelar se acuerda cuando

existe riesgo de fuga, de ocultación o destrucción de material probatorio que influya sobre testigos o cuando el presunto autor pueda volver a delinquir (*La Vanguardia*, 11 de Enero de 2005). Seguramente, la diferencia entre uno y otros se deba a la condición de famoso o “conocido” del protagonista y precisamente por ello, a la presencia de la noticia en los medios de comunicación.

En cualquier caso, sorprende que este argumento de la alarma social siga apareciendo en las decisiones sobre la prisión provisional. Así, entre otras, podemos encontrar noticias como la aparecida en el *Diario Digital de Valencia* el 29 de Julio de 2004 que destaca que se deniega la libertad provisional de la acusada de la fabricación y el envío de una bomba que explotó en una oficina de Correos de dicha ciudad en Mayo de 2003 y que causó cuatro heridos e importantes daños, tanto por el riesgo de fuga de la acusada, por la gravedad de las penas aparejadas a los delitos que se le imputan y porque no cabe “afirmar que ya no existe alarma social”; la aparecida en el *Heraldo de Aragón* el 8 de Abril de 2004, informando sobre la decisión de un Juez de Menores de Alicante que decretó el internamiento en régimen cerrado de un menor de 14 años detenido por su “presunta implicación” en la violación y muerte de una niña en Orihuela (Alicante) al entender que existen “indicios de su posible participación en los hechos” y por la alarma que ha causado el caso; la noticia sobre el ingreso inmediato en situación de prisión provisional de los dos acusados por el crimen del “Maremagnum” en Barcelona, por el riesgo de fuga y por la alarma social que se generaría si siguiesen el libertad (*El Mundo* 21-10-2003); o la noticia sobre el ingreso en prisión provisional de tres jóvenes que grababan palizas a indigentes “por la alarma social que ha creado el caso y el impacto psicológico que podría suponer su puesta en libertad inmediata, no solo para las víctimas, sino la sociedad en general, tributaria del sosiego y tranquilidad que se espera de un Estado Social, democrático y de derecho” (*El Mundo* 1-10-2002).

Probablemente, en todos estos casos la omisión del argumento de la alarma social no hubiera conllevado, necesariamente la adopción de otra decisión judicial: la gravedad de los hechos, la pena prevista para ellos, el riesgo de fuga de su presunto responsable o la probabilidad de reiteración delictiva por su parte hubieran sido argumentos suficientemente sólidos para adoptar la prisión provisional como medida cautelar, como ya hemos apuntado con anterioridad.

IV

Más allá de la prisión provisional, la noción de alarma social también viene jugando un importante papel como criterio argumental en el ámbito de la Administración de Justicia, o bien en decisiones del Ejecutivo o en política legislativa. ¿Cuál fue el argumento invocado en la solicitud de indulto de las penas impuestas a Barrionuevo y Vera en el llamado “caso Marey”? ¿Y cuáles fueron las razones que motivaron la concesión de un indulto parcial (de las dos terceras partes de la condena)? La petición del primer indulto de estas dos persona condenadas a diez años de prisión por el secuestro en 1983 del ciudadano francés Segundo Marey alegaba, entre otras razones la desaparición de la alarma social generada en su momento; y la desaparición de la alarma social, es entre otros moti-

vos, es la que acoge el Gobierno para conceder el indulto solicitado en contra del criterio de la Fiscalía del Tribunal Supremo y con el informe favorable de su Sala Segunda.

Así las cosas, y una vez que fue solicitada la suspensión del ingreso en prisión de estos dos condenados para el cumplimiento de la pena privativa de libertad no condonada, el Ministerio Fiscal (Luzón Peña) informó desfavorablemente ante la gravedad de la pena inicialmente impuesta y por la alarma social creada alrededor del caso; el Auto de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que acordó el inmediato ingreso en prisión de Barrionuevo y Vera señalaba que:

“Hemos de tener en cuenta que nos hallamos ante un hecho (...) sumamente grave, el secuestro de una persona, ejecutado por quien en la organización del Estado tiene encomendado velar por la libertad y ejercicio pacífico de los derechos de los ciudadanos, como consecuencia del cual sufrió una privación de libertad, sin razón alguna durante diez días y en condiciones infrahumanas (...), consideramos que sería una benevolencia excesiva el que, además, ahora se les conceda el beneficio de la suspensión de su ejecución”.

La Dirección General de Instituciones Penitenciarias en Junio de 2004, y en relación a la petición del tercer grado penitenciario en régimen de libertad para Manuel Prado y Colon de Carvajal, condenado a la pena de dos años como autor de un delito de falsedad documental por el llamado “caso Wardbase”, rechazó tal solicitud argumentado que no había hecho frente a la responsabilidad civil (12.020.242,09 euros mas intereses legales devengados desde 1992), y a la alarma social que en su día generó el caso.

Y también se invoca la gran alarma social y el grave riesgo generado para el sistema bancario español en la denegación, en Abril de 2004, del tercer grado penitenciario para Mario Conde, condenado a 18 años de cárcel por el “caso Banesto”; y así mismo, la Audiencia Provincial de Madrid utilizó como argumento para denegar en Noviembre de 2002 a Luis Roldán (condenado a una pena de 31 años y seis meses de prisión por diversos delito de índole económica) la concesión del tercer grado penitenciario concedido inicialmente por el Juez de Vigilancia penitenciaria competente, tanto el no haber pagado la multa de 9,2 millones de euros impuesta por el Tribunal Supremo y la devolución de las cantidades apropiadas, como la alarma social generada.

A la vista de todo lo expuesto debe subrayarse, a modo de conclusión, que los tribunales de justicia han de actuar conforme a las leyes, con respeto al Principio de Legalidad y no conforme a una opinión pública más o menos alarmada. Hay quienes piensan que cuanto más democrática es la sociedad, más vulnerable se vuelve. Aceptado ese argumento, como dice Imanol Zubero, la “*guantanamonomización* del mundo” se hace irresistible. En nuestro caso, la introducción de la alarma social como un criterio fundamental en la toma de decisiones introduce no pocas dudas sobre la posible erosión del principio de legalidad⁸. Es un ejemplo más de la aparente tensión entre liber-

8. Cabe hacerse eco, por ejemplo, de la aparición de esos términos en la Ley 38/2002, de 24 de Octubre, la denominada ley para la implantación de los juicios rápidos, en la Ley Orgánica 1/2004, de

dad y seguridad, que algunos discursos pretenden forzar; y de la necesidad, por supuesto, de insistir en que ambos términos no son concebibles uno sin el otro.

Bibliografía citada

- ANDRÉS IBÁÑEZ, P. (1997): “El juez y la prisión provisional”, en BARBERO SANTOS, M. (coord.), *Prisión provisional, detención preventiva y derechos fundamentales*, Cuenca: Ediciones de la Universidad de Castilla La Mancha, p. 15-29.
- BARBER, B. (2003): *Fear’s Empire. War, Terrorism, and Democracy*, New York: Norton & Company.
- CARRETERO SÁNCHEZ, S. (2004): *Sociología y prensa judicial*, Madrid: Universidad Rey Juan Carlos, Dykinson.
- DE LA CUADRA, B. (2001): “La imagen del juez en la prensa”, en TOHARIA, J. J. (dir.), *El juez y su imagen en la sociedad: pasado, presente y futuro*, Madrid: CGPJ, p. 25-43.
- DEL VAL CID, C. (2003): “Midiendo la alarma social”, en SEMINARIO DE INVESTIGACIÓN PARA LA PAZ, *Pacificar violencias cotidianas*, Zaragoza: Departamento de Cultura y Turismo del Gobierno de Aragón, p. 119-134.
- FERNÁNDEZ ENTRALGO, J. (1995): “Prisión Provisional ‘a la carta’”, *Jueces para la Democracia* 24, p. 7-10.
- FOLGUERA CRESPO, J. A. (dir.) (2001): *Poder judicial y medios de comunicación*, Madrid: CGPJ.
- GIL CALVO, E. (2003): *El miedo es el mensaje. Riesgo, incertidumbre y medios de comunicación*. Madrid: Alianza Editorial.
- GIMENO SENDRA, V. (1997): “La prisión provisional y el derecho a la libertad”, en BARBERO SANTOS, M. (coord.), *Prisión provisional, detención preventiva y derechos fundamentales*, Cuenca: Ediciones de la Universidad de Castilla La Mancha, p. 141-154.
- GUTIÉRREZ DE CABIEDES, P. (2004): *La prisión provisional*, Cizur Menor: Aranzadi.
- HARIMAN, R. (ed.) (1990): *Popular Trials. Rhetoric, Mass media and the Law*, Alabama: The University of Alabama Press.
- INNERARITY, D. (2004): *La sociedad invisible*. Madrid: Espasa Calpe.
- JORGE BARREIRO, A. (1994): “Prisión Provisional: una reforma, para qué”. *Jueces para la democracia* 22, p. 9-13.

28 de Diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género (BOE de 29 de Diciembre), cuando en su Exposición de Motivos dice que la violencia de género “ya no es un delito invisible, sino que produce un rechazo colectivo y una evidente alarma social”; en la Ley Orgánica 1/1992, de Protección de la Seguridad Ciudadana, la denominada “ley Corcuera” (véase el artículo 19.2); en el debate parlamentario de la Ley Orgánica sobre el cumplimiento íntegro de las penas de prisión para los terroristas; en artículos periodísticos de diverso signo para apoyar o denostar reformas legislativas o decisiones judiciales; o en recientes manifestaciones de la Vicepresidenta Primera del Gobierno, doña Mª Teresa Fernández de la Vega calificando de “un gran escándalo” la posibilidad de que se hubiese excarcelado en el mes de Febrero de 2005, al etarra Juan Ignacio de Juana Chaos

- PRIETO SANCHÍS, L. (1997): "Prisión provisional y medios de comunicación", en BARBERO SANTOS, M. (coord.), *Prisión provisional, detención preventiva y derechos fundamentales*, Cuenca: Ediciones de la Universidad de Castilla La Mancha, p. 231-245.
- RICO, J. M^a. y L. SALAS (1988): *Inseguridad ciudadana y policía*, Madrid: Tecnos.
- SANGUINÉ, O. (2003): *Prisión provisional y derechos fundamentales*, Valencia: Tirant lo Blanch.
- TOHARIA, J. J. (2001): *Opinión pública y justicia. La imagen de la Justicia en la sociedad española*, Madrid: CGPJ.

EL CARÁCTER INSTRUMENTAL DE LA VIOLENCIA

GLORIA MARÍA GALLEGO GARCÍA¹
Universidad de Zaragoza

ÍNDICE: 1. *CIRCUNSTANCIAS DE LA VIDA HUMANA*; 2. *EL CARÁCTER INSTRUMENTAL DE LA VIOLENCIA*; 3. *EL PROBLEMA DE LA VIOLENCIA O LA TENSIÓN ENTRE ÉTICA Y POLÍTICA*; *BIBLIOGRAFÍA CITADA*.

Me propongo presentar algunas consideraciones sobre la violencia política, con énfasis en el uso que de ella hacen individuos, grupos e instituciones como medio para obtener ciertos fines complejos, algunos de ellos incluso loables (la libertad, la seguridad, la justicia social, el progreso). Siendo que es un mal, por el dolor, la crueldad y la devastación que conlleva, sería una grave insensatez ignorar o subestimar el problema de la violencia.

1. Circunstancias de la vida humana

Los seres humanos son seres finitos, con necesidades y son sensibles ya que tienen capacidad para el goce o la felicidad y para el sufrimiento. Ello determina una primera común fragilidad: son vulnerables al paso del tiempo, al hambre, la desnutrición, la falta de sueño y de descanso, la falta de techo y abrigo, la enfermedad, las epidemias, el dolor y la pobreza. Son impotentes ante las fuerzas de la naturaleza, ya que el despliegue incesante de energía creadora en un universo en constante expansión es del todo indiferente al destino humano y sigue su curso independientemente de los deseos y proyectos humanos. El uso de la razón que se manifiesta en la técnica y en la ciencia ha servido para predecir y controlar –dentro de ciertos límites– el acontecer causal, pero no los pone a cubierto de las catástrofes que causan las fuerzas de la naturaleza ni clausura el carácter aleatorio de su existencia.

1. Becaria del área de filosofía del derecho –Doctorado Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, Universidad de Zaragoza. Este trabajo ha sido realizado gracias a la beca concedida por la Universidad de Zaragoza y el Banco Santander Central Hispano, entidades a las que expreso mi agradecimiento.

La vida de los hombres transcurre en medio de unas circunstancias objetivas. Coexisten juntos, simultáneamente en un mismo territorio geográfico. La corta vida no le alcanza a cada uno para desarrollar y emplear cabalmente todas sus disposiciones y habilidades naturales. Son, en términos generales, semejantes en sus capacidades físicas y mentales o, por lo menos, comparables, en el aspecto de que ninguno solo es superior al resto. Los recursos, naturales y no naturales, son relativamente escasos en comparación con las necesidades categóricas, deseos e intereses de todos.

También hay unas circunstancias subjetivas generales: su conocimiento es incompleto, su capacidad de raciocinio, memoria y atención son limitados. La simpatía hacia los intereses ajenos y disposición para identificarse con ellos como propios es ajustada y, por ende, su altruismo es limitado. Su juicio a menudo se ve distorsionado por el prejuicio, la impaciencia y la preocupación por sus propios asuntos. Algunos de estos defectos pueden provenir de fallos morales como el egoísmo y la indiferencia, o simplemente del hecho de que la vida es una realidad radical en el sentido de que es la de cada cual (nadie puede vivir las vidas de otros, aunque tenga mucha intimidad con ellos) y a cada uno le toca ocuparse de sus propias necesidades, deseos e intereses. Además, los hombres son muy diversos, por cuanto sus deseos, intereses, dotes y temperamentos difieren permanentemente entre sí; profesan infinidad de concepciones del bien, creen en distintos dioses o en ninguno y tienen diversas interpretaciones acerca de su relación con el mundo y de si tienen un puesto y cuál sea en el orden de la naturaleza; los propósitos y fines últimos de sus vidas son múltiples y no todos son conmensurables².

Las anteriores circunstancias ubican la existencia humana entre dos tendencias emergentes que oscilan entre la cooperación y el conflicto. La cooperación debido a la común fragilidad, a la escasez de recursos, a que la ayuda recíproca permite superar los comunes déficits físicos e intelectuales y a que con un poco de interés y raciocinio se pueden identificar unos individuos con los intereses de los otros, etc. La cooperación social hace posible una vida mejor que la que pudiera tener cada uno si viviera únicamente de sus propios esfuerzos. El vínculo social es valioso porque los individuos se necesitan recíprocamente y la cooperación contribuye al bien de casi todos.

Pero la convivencia humana no es fácil ni armónica; así como está llena de uniones y entendimientos, también lo está de discordias y estallidos. Tal es la tendencia del conflicto que aparece debido a factores como estos: al tener distintas ideas de la felicidad, del bien y distintos planes de vida, sus propósitos e intereses no se armonizan espontáneamente y les llevan a formular exigencias contrapuestas respecto de los escasos recursos disponibles; las distintas concepciones que profesan acerca de cuál sea la mejor manera de organizar la convivencia de todos en sociedad y su puesta en práctica los dividen y enfrentan; no todos experimentan la misma simpatía y respeto por todos los demás igual que los experimentan por sí mismos y algunos anteponen sus deseos e intereses particulares a los intereses de los demás, ejerciendo si es necesario

2. Ver, Hume (1977, parte II, secc. II, p. 708-ss.), Hart (1990, cap. IX, p. 229-ss.), Rawls (1979, § 22, p. 152-ss.), Warnock (1973, p. 12-ss.).

una voluntad de dominio para satisfacerlos. El conflicto, en el límite de máxima tensión, puede desembocar en el uso de la violencia, que es el uso de la fuerza física que amenaza o lesiona la vida humana o la integridad personal, que se aplica con la intención de dañar o destruir y para la consecución de determinados fines. La violencia está presente, de una u otra manera, en los asuntos humanos y constituye el aspecto extremo y dramático de las dificultades que plantea la convivencia en un espacio común. A esto le llamamos el *hecho de la violencia*.

Las dificultades en la convivencia humana que se sintetizan en la tendencia emergente del conflicto y el eventual uso de la violencia dejan en evidencia que los hombres también son frágiles ante sus congéneres, o sea, frente a interferencias de otros que cumplen un papel en la frustración de fines, necesidades y aspiraciones. Por las colisiones que se producen a causa de la escasez de recursos externos para atender suficientemente necesidades, deseos e intereses de todos. Porque pueden estar expuestos al eventual uso de la violencia que se traduce en matar o causar daños corporales, que los expone al dolor, a la crueldad e, incluso, a la humillación. Y porque, en alguna medida, sus planes y aspiraciones están sujetos a la posibilidad de que sean bloqueados por la fuerza combinada de otros.

Ante el hecho de la violencia, ha surgido la creencia –muy arraigada en las visiones legas o de sentido común– según la cual los hombres son violentos por naturaleza e intrínsecamente perversos³. Tal creencia es rechazable en tanto presupone la existencia de una cosa que es la “naturaleza humana”. No está del todo claro qué quiere saber quien pregunta “¿qué es el hombre?”. Si se refiere a sus caracteres naturales, es posible hablar de una naturaleza humana que viene dada por los caracteres biológicos propios de la especie *homo sapiens* (ser resultado de la fecundación de dos gametos humanos, poseer determinada dotación genética, presentar una mayor especialización del sistema nervioso, la capacidad de raciocinio, etc.). Pero la alusión a la naturaleza humana no se detiene en los rasgos característicos de la especie humana, sino que trasciende hasta designar ciertos atributos morales (bondad o maldad intrínseca, carácter social o político, etc.) que constituirían una sustancia estática e invariable inscrita en el ser esencial e inmutable del hombre que se repite en todos los seres humanos. En este segundo sentido, estimo que no existe una naturaleza humana.

Un hombre abstracto no existe; existen los hombres, y son tan diversos entre sí que no puede aceptarse que son de manera interminable repeticiones reproducibles del mismo modelo, cuya naturaleza o esencia es la misma para todos y tan predecible como

3. Según Maquiavelo (2004, p. 101) los hombres “son ingratos, volubles, simulan lo que no son y disimulan lo que son, huyen del peligro, están ávidos de ganancia, y mientras les haces favores son todos tuyos, te ofrecen la sangre, los bienes, la vida, los hijos cuando la necesidad está lejos; pero cuando se te viene encima vuelven la cara”; y según Hobbes (2001, p. 115-116) existe “como inclinación general de la humanidad entera un perpetuo e incesante afán de poder que cesa solamente con la muerte”, y la pugna surgida de ese afán hace a los hombres propensos a la enemistad y a la guerra “Porque el medio que un competidor utiliza para la consecución de sus deseos es matar y sojuzgar, suplantarlo o repeler a otro”.

la naturaleza o esencia de cualquier otra cosa⁴. Así como algunos han ejercido violencia contra sus semejantes, muchos otros jamás la han ejercido contra nadie. Hay cierta ambigüedad en los hombres porque estos en sus actitudes y acciones no suelen ser “de una pieza”, sino, en mayor o menor grado, esto y lo otro a la vez; actos de ternura y bondad pueden alternar con algún acto violento en el comportamiento de un mismo individuo, lo cual dificulta predicar su maldad o bondad intrínseca. La violencia está presente en los asuntos humanos del mismo modo que lo está el diálogo, o sea, el recurso a la controversia de opiniones y pretensiones y a la persuasión para hacer frente a la competencia entre individuos y grupos sociales obteniendo acuerdos y mutuas concesiones, casi siempre trabajosamente. La vía del diálogo, aún con su dificultad, reubica las cosas en la senda de la cooperación.

La creencia en la natural predisposición violenta del hombre es origen de dos actitudes opuestas, ambas criticables. De un lado, la pretensión de que la violencia es un destino ineludible, ya que es parte de una ley fija que no podemos cambiar. Lo que queda entonces es la fatalidad, pues todo acto violento vendría a tener la misma significación que los accidentes de la naturaleza; no habría que tomar en cuenta la voluntad de los individuos pues ésta estaría equiparada, a los efectos prácticos, a su estatura o al color de su piel, ni tampoco predicar justicia e injusticia de este tipo de actos ni exigir responsabilidad por su realización. Esta visión sirve a la justificación de la violencia, pues al ser un “hecho natural” se diluye la responsabilidad de individuos y grupos y ello coadyuva a su perpetuación porque presta una coartada a los que cometen o promueven matanzas, torturas y guerras, pretendiendo que todo hace parte de lo inevitable. En mi opinión, para entender el problema de violencia hay que empezar por asumir que es una práctica que hace parte de la iniciativa humana y, como tal, es una manifestación de la acción libre, no el producto del condicionamiento del comportamiento humano por alguna “totalidad” ajena que nos gobierna.

De otro lado, la aludida creencia ha ejercido una fascinación irresistible en el pensamiento reaccionario y conservador porque sirve para hacer una apología de la autoridad absoluta del Estado: si lo que hay que hacer es romper la predisposición violenta y evitar que los hombres se destruyan unos a otros y hagan de la vida social una jungla, todo poder que se acumule es poco para controlarlos y mantenerlos en su sitio, por lo que hay que fortalecer el poder central y restringir al máximo la libertad del individuo, fundando un poder político absoluto e incontestable dotado de un gran aparato especializado (policía y fuerzas armadas) y de un potente arsenal de instrumentos para ejercer violencia⁵. Esta entrega de poderes omnímodos al Estado deja a los individuos a su merced y anula la libertad individual, ya que ésta, en vez de tener una virtualidad

4. Parece más adecuado hablar de condición humana, que es algo distinto de naturaleza humana. Vid. Arendt (1993); Gallego García (2005, § 1).

5. Ello es ostensible en Hobbes (2001), que creó una filosofía política sobre la base del sucederse de la guerra y del miedo a la muerte violenta, proponiendo un modelo de Estado dotado de poderes absolutos e ilimitados para evitar el *bellum omnium contra omnes*. Como puede verse, toda antropología tiene relevancia política.

constitutiva y un peso específico frente al gobierno y las instituciones, devendría una graciosa concesión del soberano o el remanente que queda entre las ranuras de la vida de los hombres donde no llegan los poderes de regulación del Estado. Desde luego que la evitación o reducción de la violencia tiene que ser objeto de un proyecto humano, pero la realización de este proyecto no puede realizarse a costa de convertir en oropel inútil la libertad individual.

2. El carácter instrumental de la violencia

El hecho de que los seres humanos sean sensibles tiene importancia moral: el placer y el goce son buenos; el dolor y el sufrimiento son malos y deberían ser evitados. Si un ser sufre, no puede existir ningún tipo de justificación moral para rechazar que ese sufrimiento sea tenido en cuenta. Estas consideraciones nos llevan directamente al enjuiciamiento moral de la violencia. La violencia es un mal, puesto que daña física y moralmente a quienes la padecen, sometiénolos al sufrimiento, es decir, a una experiencia en que las representaciones esenciales de la vida o expectativas de futuro se ven limitadas o suprimidas de manera dolorosa por la acción deliberada de otros hombres. La violencia interesa a la moralidad porque afecta a bienes importantes como la vida, la salud y la libertad y supone formas de acción que causan daño a los demás. En consecuencia, el problema de la violencia está vinculado a aspectos sustantivos de la moralidad, particularmente a una esfera de la moralidad que se refiere al conjunto de reglas que prescriben el comportamiento hacia los demás y que prohíbe aquellas acciones que perjudican a terceros, esto es, la moral “interpersonal”⁶.

La validez de este juicio de valor negativo sobre la violencia tiene por soporte la regla de universalizabilidad, que adopta el papel de regla sobre los argumentos aducibles como razones morales y sirve para seleccionar y distinguir como válidas las normas de acción susceptibles de universalización, cuyo origen es el imperativo categórico de Kant: “yo no debo obrar nunca más que de modo *que pueda querer que mi máxima se convierta en ley universal*”⁷. Debemos concebirnos, a nosotros mismos y a las demás personas, como afectados por la acción que nos proponemos justificar, o sea, nosotros y los demás debemos imaginarnos como sujetos pasivos. De modo que cuando estemos evaluando una acción nos sirvamos de razones que sean justificables para todos los afectados por la decisión, los demás y uno mismo. Así, las consecuencias de adoptar un determinado juicio de valor que satisface los intereses de una persona tienen que ser aceptables para cualquier otra: tienes que comportarte de una forma tal que tu acto pueda ser universalizado.

6. La otra esfera es la de la moral “autorreferente”, que comprende los ideales de excelencia humana o modelos de virtud personal, cuyas reglas permiten juzgar las acciones por sus efectos en el carácter moral del propio agente. Esta esfera no es aquí objeto de consideración.

7. Kant (1999, p. 65) (cursivas en el texto). Con el imperativo categórico, habría enfrentado a los individuos con una disyuntiva: obrar por interés egoísta (particular) u obrar por interés moral (universal). Véanse, Cortina (1987, p. 111-120), Rawls (2001, p. 179-234).

No se trata de la forma gramatical de enunciados normativos universales, sino de si todos podemos querer que una norma pueda cobrar en las circunstancias dadas una obligatoriedad general. Por eso, si bien cada participante del discurso moral se representa a sí mismo y expresa sus intereses, pretensiones, necesidades, opiniones, etc., la regla le demanda estar incorporado en un contexto universal en el que, aunque las opiniones, pretensiones, intereses son insustituiblemente de cada individuo, se supera de alguna manera una perspectiva egocéntrica para ponerse imaginativamente en el lugar del otro. Una solución que merezca el asentimiento general debe dar cuenta de ambos aspectos: de las opiniones y valoraciones expresadas por individuos y de su inserción en unas condiciones de existencia compartidas con otros individuos. La regla de universalizabilidad puede expresarse de esta manera: *todo participante debe poder aceptar las consecuencias de un juicio de valor, principio o de una norma que él mismo ha aceptado para la satisfacción de los intereses, necesidades, pretensiones de cualquier persona, aun cuando ello afecte la propia posición*. Por consiguiente, una de las maneras de ofrecer razones en contra de un juicio moral consiste en mostrar que –una vez universalizado– él tiene consecuencias que la persona que formula tal juicio no está dispuesto a aceptar⁸.

Podemos establecer lo siguiente: la felicidad no es universalizable, ya que los individuos tienen ideas demasiado diferentes al respecto como para reducirlas a un denominador común, no siendo posible dar respuestas objetivas y susceptibles de ser formuladas en principios generales y universales a esta cuestión. Esta es una de las razones por las cuales la búsqueda de la felicidad es un asunto personal y las instituciones deben abstenerse de interferir⁹. Pero lo que sí es susceptible de universalización es la desgracia y el esfuerzo de todo ser humano por no exponerse –o sustraerse– a la desgracia; es decir, hay estados de cosas que constituyen un mal cuyo rechazo sería casi unánime, independientemente de la concepción que se tenga de lo bueno: prácticamente nadie estaría dispuesto a aceptar que desea para sí mismo y para los demás el dolor, los padecimientos, la violencia, la miseria, la esclavitud, la opresión (Garzón Valdés 1999, p. 105-ss.). Un juicio moral que buscara justificar el infligir este tipo de males a seres humanos no pasaría la prueba de la regla de universalizabilidad porque dicho juicio incluye unas consecuencias que la persona que lo formula no estaría dispuesta a aceptar para sí misma.

Quien usa la violencia suele alegar que su uso satisface su propio interés, aunque de manera general reconozca que la violencia es un mal. Esta es la típica posición solipista, que es aquella en la que pretendemos que los juicios referidos a otros no tienen el mismo significado que cuando se refieren a nosotros mismos y que podemos exceptuarnos del cumplimiento de ciertas reglas con la excusa de que ello satisface la propia inclinación o interés. Ello es éticamente inaceptable, puesto que para que sean justifi-

8. Esta regla está implícita en nuestros juicios ordinarios: “¿qué pasaría si toda la gente obrase como usted?”, “¿le gustaría que eso mismo se lo hicieran a usted?”, “¿por qué no se pone en mi lugar?”. Sobre la regla de universalizabilidad, que es una “actualización” del imperativo categórico kantiano, Hare (1954-1955, p. 295-312).

9. Este fin lo capta el principio de autonomía de la persona, fundamental en una concepción liberal del individuo y de la sociedad. Vid. Nino (1989, p. 205-ss.); Gallego García (2005, § 2.2. y 4.1.)

cables los actos en interés propio se debe demostrar que son compatibles con principios más amplios que la mera búsqueda del auto-interés, ya que la noción de ética lleva consigo la idea de algo más amplio que el individuo y el reconocimiento de que los demás son como uno mismo y tienen las mismas necesidades, dificultades, intereses que nos preocupan o afectan. Así las cosas, la búsqueda del auto-interés no es una razón que pueda ser esgrimida como justificación ética de la violencia.

Todavía hay que considerar el problema que surge cuando alguien declara aceptable hacer uso de la violencia contra otros por algún motivo (racismo, xenofobia, e ideas semejantes) y está dispuesto a admitir que si él mismo se encontrara de una situación similar consideraría aceptable que se le infligiera violencia. Acudiendo al ejemplo de Hare (1963, p. 159-185), es el caso del nacionalsocialista que, si resultara que es judío, estaría dispuesto, seriamente y con conocimiento de las consecuencias, a ir a la cámara de gas. Esta posición tiene un nombre en metaética y es “fanatismo”. El fanatismo es la actitud de quien cree justificada la afirmación de los propios fines y principios morales dejando que éstos prevalezcan sobre las necesidades e intereses reales de sus semejantes y permaneciendo indiferente frente a los enormes daños que su actitud puede ocasionar a miles de seres humanos y que ante la objeción de la inmoralidad de la violencia acepta que en situación inversa le sea irrogada. Contra un fanático no tendrán ningún poder los argumentos morales, porque él mismo se ha puesto por fuera de los linderos del discurso moral cuyo sentido es la búsqueda de la cooperación y la disminución de conflictos y del contexto de universalidad propio de la justificación ética.

Desde esta postura universalista, puede formularse entonces la siguiente norma básica: “está prohibido usar la violencia contra otro u otros individuos”. Esta prohibición, al igual que cualquier norma moral, no tiene carácter absoluto, sino un carácter *prima facie* incondicionado. Es casi unánime la opinión de que la defensa propia o de un tercero es una línea de acción moralmente justificada y en ciertas situaciones la violencia es el único remedio posible contra la violencia, siempre y cuando la respuesta esté dirigida a los individuos que realizaron el comportamiento agresivo y únicamente a contrarrestar el ataque (no como un acto de venganza). Se trata de una idea muy antigua conforme con la cual es legítimo responder a la violencia con violencia, si no hay otro medio efectivo al alcance para poner fin a una injusta agresión actual o inminente, idea que se concreta en la legítima defensa como facultad de los injustamente agredidos o, incluso, de terceros que actúan solidariamente con ellos¹⁰.

10. El pacifismo discute la legitimidad de hacer uso de la violencia en defensa propia o de un tercero, ya que predica que no debe hacerse uso de medios violentos ni siquiera en las situaciones extremas, en las que, según opinión común, la violencia es considerada justificada como *extrema ratio*. La resistencia no violenta es considerada no sólo moralmente buena, sino políticamente eficaz. En mi opinión, esta segunda idea por momentos vuelve problemático el pacifismo como opción moral: es cierto que las estrategias incruentas para avergonzar al agresor y doblegar a los soberbios son una de las formas más elevadas de la sabiduría humana como demostró el movimiento liderado por Gandhi, pero esas estrategias tienen eficacia limitada, pues están supeditadas en medida considerable a la potencia del agresor y al tamaño de su temeridad. La renuncia a ejercer legítima defensa en algunos casos es una condena a muerte. Vid. Bobbio (1982, p. 70-ss.)

Las normas que prohíben el uso de la violencia son constantes en los distintos grupos y sociedades y han sido creadas con la finalidad de hacer frente a las dificultades que les plantean conflictos que pueden desembocar en derramamiento de sangre. La supervivencia y el verse libre de dolores físicos son bienes valiosos para la mayoría de los hombres y prácticamente todos los mundos sociales prevén algunas reglas de conducta que intentan evitar el uso de la violencia que se traduce en matar o en causar daños corporales. Estas reglas normalmente están presentes tanto en la moral como en el derecho y mediante ellas se busca crear un sistema de mutuas abstenciones que permitan superar la vulnerabilidad humana. Dijo Hart (1990, p. 240) que “El carácter básico de tales reglas puede ser traído a luz en preguntas como éstas: Si no hubiera estas reglas ¿de qué nos serviría, a seres como nosotros, tener reglas de cualquier otro tipo?”. Porque la vida de relación social requiere de unas mínimas condiciones de confianza y respeto por el otro, para cualquier tipo de orden social son indispensables normas que prohíben la violencia y que buscan disuadir de su uso a todos los individuos y grupos. Esta tarea se relaciona con la necesidad de construir un orden político que implique una situación de paz y seguridad que haga posible la convivencia civilizada.

Sin embargo, la actitud frente a la violencia es ambigua y problemática. Hay ciertos bienes o estados de cosas cuya consecución se considera buena en sí misma, tales como la libertad, la paz, la justicia (por ejemplo, no hay respuesta a la pregunta ¿cuál es el fin de la justicia? La justicia es un absoluto en el sentido de que es un fin último de los hombres y no se avizora que haya otro fin más allá de ella). La violencia no entra en esta categoría. Puesto que es un mal, no se la ha considerado un ideal digno de ser perseguido por sí mismo ni una meta altamente deseable para la humanidad, ni siquiera en la concepción más catastrófica; no hay ningún pensador serio que haya postulado que sea finalidad de la humanidad el horror, la crueldad y la destrucción y que el cuerpo político deba fundarse sobre la base de la muerte y su realización en la violencia. Mas, la violencia ingresa en el ámbito de lo político con otra lógica, como parte de la categoría de medio/fin, esto es, aunque no se la considera un ideal o fin último se la estima un medio al que acudir para que individuos, grupos o Estados defiendan o afiancen su potencia o poder o para salir de la debilidad o la impotencia y alcanzar ciertos fines como la justicia, la libertad, la seguridad, el orden, el progreso, entre otros¹¹.

Se trata de la máxima de que “el fin justifica los medios”, máxima que, supuestamente, da la medida de aceptabilidad de la acción política, cuya formulación proviene de Maquiavelo¹². Aparentemente los medios serían redimidos por el fin, aunque sea for-

11. Ya Aristóteles (2002, libro X, cap. 7, p. 166) advertía que “nadie elige el guerrear por el guerrear mismo, ni procura la guerra: parecería, en efecto, un asesino consumado el que hiciera de sus amigos enemigos para que hubiera batallas y matanzas” y añade que las acciones guerreras “aspiran a algún fin y no se eligen por sí mismas”. Sobre el carácter instrumental de la violencia, Arendt (1970, p. 9, 47, 70-72); Benjamin (1971, p. 171); Bobbio (1982, p. 197-198).

12. “En las acciones de todos los hombres, y especialmente de los príncipes, donde no hay tribunal al que recurrir, se atiende al fin. Trate, pues, un príncipe de vencer y conservar su Estado, y los medios siempre serán juzgados honrosos y ensalzados por todos, pues el vulgo se deja seducir por las

zosa la quiebra de ciertas normas o principios morales; por consiguiente, se declara justificable acudir a medios inmorales en la actividad política siempre que sean indispensables para alcanzar los resultados deseados. Entre esos medios está la violencia, un mecanismo indispensable para obtener poder y/o para conservarlo y cuya aplicación requiere cálculo y técnica, o una “economía de la violencia”¹³.

La violencia tiene carácter instrumental. No hay a lo largo de la historia fin que los hombres hayan considerado bueno o justo para cuya obtención no hayan declarado justificado el uso de la violencia. Aunque se siga considerando que la violencia es genéricamente un mal, se le asigna valor instrumental y se la rescata con la calificación de mal necesario. Como si dijéramos “necesidad obliga; no se puede obrar de otro modo”. Por necesidad tendríamos que entender un conjunto de factores que plantean un desafío a los hombres y que sólo es posible abordar si estos los tratan con una lógica estrictamente de resultados, excluyendo de su atención valoraciones éticas relativas a la inmoralidad o injusticia de acudir a determinados medios que causan daño a otras personas, las someten al sufrimiento y lesionan sus derechos básicos. En el fondo está la convicción de que ciertas necesidades de la actividad política excluyen la consideración a imperativos morales y que la consecución de ciertos fines altamente deseables no puede ser obtenida sino por medios peligrosos e inmorales.

El carácter instrumental de la violencia radica en que es el medio más contundente para doblegar o dominar a los otros, precisamente porque es un mal para cualquier ser humano, dada su sensibilidad y fragilidad. Eso lo han sabido perseguidores, torturadores, mercenarios, militares, profetas de la revolución, apologistas de la contrarrevolución y déspotas de toda clase. Este es el factor fundamental que tiene que ser atendido para entender la violencia en su complejidad y “productividad” real: su eficacia para obligar a unos individuos a hacer o dejar de hacer lo que otros desean. En efecto, la violencia requiere de artefactos que aumentan y multiplican el poderío humano, de tal modo que entre quien está armado y quien está desarmado no existe proporción; las armas dan superioridad y por lo general dejan a los que no las tienen en situación de indefensión. Tiene un enorme poder de destrucción si se tiene en cuenta que elimina físicamente a seres humanos, “sacándolos” de competencia, y su uso efectivo o su amenaza tiene una enorme capacidad de intimidación porque el deseo de escapar al sufrimiento, al dolor y a la crueldad hace ceder a muchos ante las exigencias e intere-

apariencias y por el resultado final de las cosas, y en el mundo no hay más que vulgo” (Maquiavelo 2004, cap. XVIII, p. 106).

13. Según Maquiavelo (2004, cap. XVIII, p. 103-104), “Debéis, pues, saber que existen dos formas de combatir: la una con las leyes, la otra con la fuerza. La primera es propia del hombre; la segunda, de las bestias; pero como la primera muchas veces no basta, conviene recurrir a la segunda. Por tanto, es necesario a un príncipe saber utilizar correctamente la bestia y el hombre”. Maquiavelo encaró a la acción política como necesitada del uso de la violencia y al poder con el perfil de la violencia, si bien intuyó que el consentimiento popular representaba una forma de poder social que, adecuadamente explotada, reducía la magnitud de la violencia dirigida hacia la sociedad en su conjunto; de ahí la necesidad de una ciencia de la aplicación calculada y controlada de la violencia. Un interesante análisis del pensamiento político de Maquiavelo, en S. Wolin (1973, p. 210-ss).

ses del que la usa y les hace huir despavoridos o someterse a cambio de conservar su existencia, renunciando a su forma de vida, aspiraciones y bienes.

En la política (me refiero a la realidad política) una de las cuestiones más importantes es el problema de quién domina a quién. Precisamente, la violencia es uno de los medios que utilizan algunos hombres para dominar a sus congéneres. Una acción con los medios de la violencia suscita horror, limita las alternativas de acción de quienes la padecen o la temen, rompe resistencias y, a la larga, sirve para preservar o, en su caso, alterar el sistema de relaciones existente entre los hombres. La violencia hace palpable en el mundo el inmenso poder que tiene la fuerza o su amenaza en el trato entre los hombres, y esto al margen de los fines para los que fue utilizada. Y aunque no sea la única forma de dominación, se muestra como la más expeditiva; en este sentido, la violencia es la manifestación más escueta de poder, en su aspecto de mando y obediencia.

Eso no quiere decir que poder y violencia sean lo mismo. El poder surge de la actuación conjunta de muchos y se corresponde con la capacidad humana no sólo de actuar, sino de actuar en concierto. Por medio de este actuar conjunto los hombres dan continuidad a la trama de los asuntos humanos y organizan formas de relacionarse. El poder deriva su legitimidad de esta reunión y de la capacidad para obtener acuerdos y actuaciones mancomunadas antes que de la coacción y la dominación; por lo cual, precisa de consenso y tiene como forma de aparición el reconocimiento de parte de aquellos a quienes se les exige obediencia. No obstante, es usual que el poder acuda a la violencia y que haga aparecer un dominio de la violencia pura cuando se está perdiendo o está siendo desafiado por la subversión. Dado que las guerras, las revoluciones y las dictaduras tienen en común estar signadas por la violencia y son experiencias políticas centrales de nuestro tiempo, se ha terminado por equiparar acción política con acción violenta¹⁴.

El uso de la violencia como instrumento político tiene dos caras opuestas que, en el fondo, se corresponden con las dos distintas maneras en que se pueden ver los problemas del ámbito de lo político, o sea, *ex parte principis* o *ex parte populi*. Pensemos en el fuerte conflicto divisivo que se suscita en una sociedad cuando existen abismales desigualdades económicas y sociales entre sus miembros y un vasto conjunto de individuos, a veces la mayoría de la población, vive sumergido en la pobreza –un estado de penuria en muchas dimensiones, ya que es una denegación de oportunidades y de los soportes indispensables para el desarrollo humano¹⁵–. Cuando se prolonga en el tiempo y se profundiza este tipo de conflicto es posible que se instale una dicotomía amigo-enemigo en las relaciones sociales, acompañada de la disposición de individuos y grupos a usar la violencia: de parte de los detentadores del poder para atemorizar y paralizar a la mayoría de la población y disuadirle de sus reivindicaciones y así continuar disfrutando de los privilegios, movilizándolo para tal fin sus recursos y poderío ocultando las vías de solución política negociada a la desigualdad; de parte de los oprimidos porque, al haberseles puesto en situación de postración y de falta de voz para ser atendidas sus

14. Vid. Arendt (1970, p. 34-ss.), *ibídem.* (2001).

15. Vid. Sen (2000).

reivindicaciones en el espacio político, terminan por asumir que no queda otra salida que la violencia como recurso para enderezar la balanza de la justicia y cambiar el estado de cosas imperante. Se trata, evidentemente, de dos violencias de signo contrario en tanto persiguen fines opuestos, pero tienen algo en común: la justificación del uso de la fuerza para dar salida en un sentido o en otro a una situación de conflicto.

Ex parte principis la violencia justificada es la que sirve a la conservación del poder y al mantenimiento de su equilibrio físico e ideológico. Esta justificación valora positivamente la estabilidad y el *status quo* existente. *Ex parte populi*, al contrario, la violencia justificada es la que sirve para destruir el poder establecido y sustituirlo por otro. Esta justificación valora positivamente el cambio y el derrumbe del *status quo* reinante. Ambas posiciones coinciden en justificar la violencia, pero la violencia que justifica una de las partes es la que constituye un remedio contra la violencia de la otra: la violencia institucionalizada se presenta como remedio contra la violencia revolucionaria y, de otro lado, la violencia revolucionaria se presenta como recurso contra la violencia del establecimiento¹⁶. La violencia de uno es justificada como única respuesta contra el otro. Y cuando el enfrentamiento se extiende en el tiempo el círculo se cierra: cada parte justifica la ascensión a los extremos escudándose en la violencia del adversario, llegándose a una situación irresoluble en la que dos aparatos de horror arrasan con seres humanos, sin que muchas veces sus mismos artífices sepan cómo desenredarse, aunque quisieran.

Los actos de violencia son irreversibles y hay una casi completa imposibilidad de predecir las consecuencias que su uso puede desatar. Tal vez sea pronta la obtención del fin deseado, en cuyo caso la eficacia –tan cara a los predicadores de la violencia– no es puesta en entredicho, pero también puede suceder que: a) los medios no logren rápidamente la meta deseada y se estime necesario aumentar la dureza de los métodos y la crueldad para alcanzarla; la situación tiende a empeorar porque la obtención del fin exige recrudecer las ofensas, lo que conduce a introducir la violencia en cada vez más espacios sociales y, a la postre, en el seno del cuerpo político entero. Este supuesto hace evidente que el fin está en constante peligro de dejarse abrumar por los medios que justifica y que son precisos para alcanzarlo; o b) los agredidos acudan a la violencia de respuesta para repeler los ataques y evitar el sometimiento, lo que conlleva que aparezcan dos polos enfrentados, cada uno de los cuales despliega los medios más destructores posibles para vencer al adversario, lo que conduce a una escalada de actos violentos virtualmente ilimitada, dado que a la acción de cada parte la otra responde con mayor contundencia y pone en marcha nuevos recursos, y así sucesivamente.

Esta última situación es la de la guerra, forma de violencia colectiva y organizada, en la que la solución del conflicto se confía a la potencia de las armas. Los bandos enfrentados ponen en marcha mecanismos con gran capacidad destructiva sin consideraciones ante el derramamiento de sangre ni de los combatientes del bando rival (la actividad bélica les pone en el torniquete de la igualdad ante la muerte y les compele a robarse el secreto de las armas) ni de los civiles: asesinatos en enfrentamientos y fusi-

16. Sobre esta distinción, Bobbio (1982, p. 192).

lamientos contra los rendidos, asesinatos y desapariciones forzadas contra todos los que se sospechen colaboradores del enemigo, desplazamientos involuntarios masivos, asedios a poblaciones. El uso audaz de los artefactos bélicos exterioriza el poderío y opera para buscar la rendición del enemigo, independientemente de quienes sean los que resulten golpeados por la violencia deliberada.

No hay camino de retorno con el uso de la violencia, ya que no es posible borrar el sufrimiento y la destrucción que deja ni la rabia e indignación en el sentir de quienes la padecen, ni impedir la respuesta defensiva. La gente lo sabe y lo ha dejado plasmado en un dicho popular: “la violencia engendra violencia”. Su práctica cambia el mundo y las relaciones entre los hombres, pero la transformación más probable que trae consigo es hacia un mundo más violento. La violencia constituye la prueba más palpable de lo injusto de –y de las fatales consecuencias inherentes a– una actitud o línea de pensamiento que admite que todos los medios, con tal de que sean eficaces, están permitidos y justificados en la búsqueda de algo muy elevado y definido como fin.

3. El problema de la violencia o la tensión entre ética y política

Los que declaran que la obtención de ciertos fines justifica el uso de la violencia dan respuesta positiva a la pregunta, “¿existe una violencia justa?”. La violencia se justifica como provisión para el momento de la necesidad política, cuando aparece como indispensable para lograr algún fin, sea éste *ex parte principis* o *ex parte populi*, según se mire.

Entre tanto, ¿qué ha sucedido con la norma moral que prohíbe usar la violencia contra los demás? No se trata simplemente de la constatación de que la norma es inobservada por algunos individuos. Eso sería trivial, porque toda norma (moral o jurídica) que regula la conducta humana presupone la posibilidad de elegir entre dos alternativas de acción, la observancia o la inobservancia. Puesto que estamos en el mundo de la voluntad y de la libertad –no en el de la causalidad natural– siempre hay un nivel de desacato inherente a toda norma. En realidad, el problema es de mayor hondura y radica en las tensas relaciones entre la ética y la política; lo ético en la política tiene una “problematicidad constitutiva”¹⁷, y esto es así a causa de que en la experiencia real en interés de la eficacia de la acción política suele reclamarse prioridad para los resultados a costa del acatamiento de reglas morales acerca de la conducta correcta para con los hombres. La utilización de la violencia como instrumento de la política constituye la muestra por excelencia de las difíciles relaciones entre ética y política.

Son prototipo de tal tensión los planteamientos de Maquiavelo y de Weber. El notario florentino aconseja: “hay tanta distancia de cómo se vive a cómo se debería vivir, que quien deja a un lado lo que se hace por lo que se debería hacer aprende antes su ruina que su preservación: porque un hombre que quiera hacer en todos los puntos profesión de bueno labrará necesariamente su ruina entre tantos que no lo son. Por todo ello es

17. La expresión es de Aranguren (1996, p. 53) (cursivas en el texto).

necesario a un príncipe, si se quiere mantener, que aprenda a poder ser no bueno y a usar o no usar de esta capacidad en función de la necesidad” (Maquiavelo 2004, p. 95). Por su parte, el sociólogo alemán (Weber 2004, p. 167) dice que el medio decisivo de la política es la violencia y esta última mide la intensidad de la tensión que desde el punto de vista ético existe entre medios y fines, y añade (ibídem., 2004, p. 169), “También los cristianos primitivos sabían muy exactamente que el mundo está regido por los demonios y que quien se mete en la política, es decir, quien accede a utilizar como medios el poder y la violencia, ha sellado un pacto con el diablo, de tal modo que ya no es cierto que en su actividad lo bueno sólo produzca el bien y lo malo el mal, sino que frecuentemente sucede lo contrario. Quien no ve esto es un niño políticamente hablando” .

Ambos se ocupan de explicar cómo opera la realidad de lo político por dentro, por debajo de la apariencia formal e institucional. Coinciden en señalar que el poder se apoya en medida considerable en la violencia y si no acude a ella se condenaría a la impotencia. Entienden que la ética no juega ningún papel en la política porque así lo exige la naturaleza diabólica de esta última. A este respecto, son exponentes del realismo político, que supuestamente se mantendría en un nivel descriptivo de análisis de la acción política y de las estructuras y funcionamiento del poder. No obstante, el realismo político va más allá de este nivel puramente descriptivo y pasa a asumir una actitud valorativa frente a la realidad, y, subrepticamente, habla unas veces en términos descriptivos y otras en términos prescriptivos, sin dar una clara indicación del cambio. Es así como entre la alternativa de oponerse a la realidad o sumergirse en la corriente de lo que aparece como fatal e inevitable, el realismo político se inclina por esta última, aunque no lo haga de forma explícita. Por tanto, ya no se trata de una actitud puramente descriptiva, sino de la defensa —expresa o tácita— de una tesis acerca de las relaciones que debe haber entre ética y política.

Lo que postulan Maquiavelo y Weber es no sólo que no hay un vínculo necesario entre ética y política, sino que no tiene por qué haberlo; la ética no debe jugar ningún papel en la política y no debe guiar el comportamiento político. Lo más que llegan a conceder es que haya una “doble moral”, ya sea en la propuesta de Maquiavelo de que las normas de corrección (justicia, bondad, clemencia) se observen a discreción según la situación y siempre que sean acordes con la conveniencia política (Maquiavelo 2004, cap. XVII, p. 96), lo cual erige su pensamiento en antecedente de la doctrina de la razón de Estado, aunque esa denominación no aparezca expresamente en su obra¹⁸; ya sea en el sentido weberiano de que haya una ética especial para la política, que difiere esencialmente de la ética ordinaria, vale decir, por oposición a una “ética de la convicción” (en la que el criterio para evaluar la calidad moral de una acción es el deontológico), que rijan en política una “ética de la responsabilidad” en la que lo relevante para la evaluación de las acciones es el resultado o “éxito final” de las mismas. En esta ética los medios son santificados por los fines y parece forzosa la quiebra de cualquier ética de convicción¹⁹. En

18. Llama la atención sobre este punto, Ferrajoli (1995, p. 810, 813).

19. Vid. Weber (2004, p. 165-ss.)

cualquiera de estas dos modalidades de “doble moral” se deja sentado que, por razones profesionales, los políticos tienen que usar la violencia –aunque sea un medio peligroso y moralmente dudoso– y untarse las manos de sangre cuando la necesidad lo demanda.

La tesis de la separación entre ética y política sustentada por el realismo político es incorrecta. En primer término, implicaría admitir que hay un vasto campo de acciones voluntarias con respecto a las cuales no tendría sentido predicar su calidad moral y que, en definitiva, estaría sustraído a la evaluación moral. Una restricción de este tipo es a todas luces contraintuitiva porque una significativa experiencia de la vida cotidiana consiste en fijar que la acción “x” es una acción política y enseguida discurrir acerca de si es moralmente correcta, aceptable, justificada, etc. (esta averiguación abarca, por ejemplo, acciones tan diversas como ocultar cierta información importante al público, abolir la pena de muerte o declarar ilegal un partido político).

La separación entre ética y política llevaría a un dualismo de mundos: uno en el que rigen juicios y reglas morales, que sería el mundo de la vida privada y otro, el mundo de lo público, donde la moral queda suspendida. Este dualismo introduce una escisión antropológica difícilmente justificable porque implicaría que el sentido que los hombres tienen de lo correcto o de lo incorrecto, de lo malo y lo bueno, de lo debido o lo indebido sólo podría operar en la vida privada, quedando ocluido en otro mundo que hace parte de su experiencia vital, que es la *polis*, la esfera pública que los agrupa y relaciona en un espacio donde tienen una vida de experiencias comunes y dan a sus asuntos cierta durabilidad, aún en medio de sus grandes diferencias. Si se acepta que la moral es el ámbito de las justificaciones últimas de las acciones, los principios a los que se apela para la justificación de acciones políticas y de instituciones no pueden contradecir los que rigen para las acciones individuales. No estamos frente a dos morales distintas, sino que se trata de un mismo sistema moral que impone cierta clase de obligaciones a una clase de individuos o a otros en virtud de las distintas funciones sociales que desempeñan, sin que por ello hablemos de sistemas morales diferentes.

Es tan importante el papel que cumple la ética en la política que es el realismo político el que incurre en una realización contradictoria y se vuelve contra sí mismo, toda vez que la moralidad es un hecho fundamental en la existencia humana y es ineliminable. Quien no cuente con ella comete una falta de sentido realista, pues la apelación moral cumple un tarea decisiva en la política y, en no pocas ocasiones, es una potente arma política (piénsese en las repercusiones de las acusaciones a ciertos regímenes de “canallas” o “terroristas” o en las grandes movilizaciones de opinión pública en el mundo contra algunas guerras).

En segundo término, es de todo punto objetable la vía que intenta el realismo político de aceptar la posibilidad de evaluación ética de las acciones políticas, pero insistiendo en que se trata de una moral especial, que no es la misma que impera en la vida privada porque no se atiene a lo correcto, lo debido, sino al resultado o éxito final. En realidad, se trata de una posición que prescinde de la valoración moral de los actos en sí mismos considerados, para estimarlos por lo que, en rigor, está fuera de ellos, su utilidad, su eficacia, sus resultados. En este último caso no estamos hablando de lo bueno

“moral”, que es el ámbito de las razones últimas de justificación de las acciones, sino de lo bueno “instrumental” o “técnico”, que está vinculado con una habilidad o capacidad y con el rendimiento en términos de esfuerzo/beneficio, lo que atañe en sentido amplio a la *techné*. Desde la perspectiva de lo bueno instrumental puede afirmarse que el fin justifica los medios.

La cuestión medular es que lo bueno ético se encuentra en un nivel muy distinto del de lo bueno técnico o instrumental y, en consecuencia, tiene sentido preguntarse acerca de la calidad moral de acciones técnicamente correctas o adecuadas, sin que sea en modo alguno contradictorio afirmar que algunas de éstas son éticamente incorrectas²⁰. Maquiavelo pudo enseñar a su príncipe que la forma más expeditiva de llegar al poder es a través de la eliminación por medio de las armas de los competidores –actuales o potenciales–, lo que supone matanzas, confinamientos, confiscaciones y destierros; mas, esa forma de adquisición de poder por muy eficaz que sea, es y seguirá siendo moralmente incorrecta. Si esta distinción es posible, no es plausible acudir al “resultado final”, al “éxito técnico” como criterio para la justificación o excusa moral de las acciones políticas. Eficacia y moralidad son cuestiones diversas.

Llegados a este punto, el momento de la necesidad política y de la búsqueda de resultados no constituye un coto vedado a la ética. Antes bien, la política constituye un ámbito de la actividad humana privilegiado para el enjuiciamiento ético, si se tiene en cuenta que: a) las acciones y decisiones políticas tienen un carácter distintivamente intersubjetivo ya que se relacionan con la asignación de bienes, de derechos y obligaciones, o beneficios y cargas entre los distintos individuos de un grupo social y, en este sentido, incumben inmediatamente a la parcela de la ética relacionada con el valor justicia, y b) las acciones y decisiones políticas son de suma trascendencia porque afectan a un gran número de personas en sus necesidades básicas, deseos, intereses, expectativas y planes de vida.

Evidentemente, las relaciones entre ética y política están signadas por fuertes tensiones y dificultades, por la búsqueda de una compatibilidad ardua y problemática, fundada sobre una tirantez original entre lo bueno ético y lo bueno técnico, lo correcto y lo eficaz, fines últimos y medios indispensables para obtenerlos. La ética debe limitar lo que es posible decidir y no decidir en la política y regir las técnicas de realización de fines políticos, si bien el ajuste de lo político a lo ético constituye una tarea inacabable, en vez de la fundación, de una vez por todas, de un status de perfección²¹.

Lo que llamamos legitimidad del ejercicio de la actividad política y de un sistema político consiste en la satisfacción de ciertas exigencias éticas. Y una de dichas exigen-

20. En este punto es clarificador Garzón Valdés (1984, p. 178-181).

21. Sobre las difíciles relaciones entre ética y política, por todos, Aranguren (1999, caps. IV-VIII); Garzón Valdés (1984, p. 177-ss.) e *ibídem.* (1987, p. 111-ss.) Las relaciones entre derecho y violencia son también altamente problemáticas desde el momento mismo en que se define al Estado como monopolio organizado y legítimo de la violencia, lo que apunta a que el derecho no es antítesis de la violencia. Sobre este particular, mi trabajo de 2004, y bibliografía allí citada.

cias se refiere a la evitación del uso de la violencia como instrumento para fines políticos. Aunque la violencia sea un medio altamente eficaz para ganar o preservar el poder, el dato de su eficacia instrumental no la convierte en una práctica correcta o justificada. En la acción política no basta con averiguar si el fin propuesto es justo; también es necesario averiguar si los medios que se muestren como eficaces o necesarios para alcanzar tal fin son moralmente justificables²².

Del mismo modo que los fines se someten a enjuiciamiento moral, se deben someter a examen con criterios morales los medios o técnicas. Con esto se rompe con la idea de que la justificación de los medios sería prácticamente automática, o sea, si el fin es justificable los medios indispensables para obtenerlo necesariamente son justificables. En lo que a medios se refiere, la justificación es condicional en un doble sentido: si el fin último no es justificable, los medios para conseguir este fin tampoco lo son y si se establece que el fin último es justificable hay que entrar a demostrar que los medios que parecen eficaces son asimismo justificables según criterios morales. Por lo tanto, no sólo debe haber una relación de congruencia medio a fin en términos de racionalidad instrumental, sino también una justificabilidad o plausibilidad moral del medio. Es la única forma de que por la vía de los medios (eficaces, indispensablemente necesarios) no se termine burlando y convirtiendo en oropel inútil ciertos ideales y principios de justicia cuya realización y observancia es condición necesaria para que todos podamos convivir y hacerlo de la mejor manera posible.

No basta con que nos pongamos de acuerdo genéricamente sobre valores últimos, ¿quién no desea la justicia, la felicidad, la libertad, la paz? También tenemos que ponernos de acuerdo acerca de qué técnicas hemos de emplear para realizar ciertos fines últimos porque si cualquier técnica vale, los fines caen en el vacío, como demuestra la práctica de la violencia como instrumento de la política. Aunque el fin sea la libertad, el sentido encerrado en la acción es la coacción violenta; aunque el fin sea la seguridad, la violencia siembra temor e incertidumbre porque su uso tiene consecuencias imprevisibles en el futuro de las relaciones entre los hombres y de la situación general de la vida humana.

El resultado final de la acción política que se realiza por medios violentos por lo general guarda una relación absolutamente paradójica con la “causa” que le sirvió de impulso y con el fin que le sirvió de justificación. La historia lo ilustra con creces: en aras de la libertad y la dignidad humana se cometen crímenes horribles; en el desarrollo de las revoluciones se opone al despotismo de la monarquía o al terror de la dictadura la tiranía de la libertad; con la pretensión de pacificar a la sociedad el Estado termina por instaurar con su poderío el terror supremo; en intervenciones armadas para restablecer la seguridad y la libertad de pueblos oprimidos se arrasan la vida, la libertad y las posesiones de los supuestos beneficiarios de la intervención, antes sojuzgados, encarcelados, torturados y condenados a la miseria por algún dictador feroz y ahora víctimas de sus nuevos salvadores²³.

22. Así, Papacchini (1997, p. 341).

23. Sobre el carácter paradójico de las “guerras humanitarias” o “guerras en defensa de los derechos humanos”, Ferrajoli (2004).

En última instancia, así como la violencia política es parte de la iniciativa de seres humanos que la consideran una posibilidad útil entre otras y en función de ciertos fines complejos, su eliminación o reducción tiene que ser objeto de un proyecto humano. Dos artificios, la moral y el derecho, han tratado, con mayor o menor acierto, de hacer frente a las vicisitudes de la existencia humana y a las graves dificultades que plantea el hecho de la violencia, tratando de evitar el conflicto, eliminar la violencia como forma de relación y promoviendo el diálogo y la cooperación. Entre estos artificios cabe resaltar la democracia y los derechos humanos, que constituyen invenciones del ingenio humano para hacer frente al problema de la violencia.

La democracia, que es el sistema de organización del espacio político a través de la discusión, institucionaliza mecanismos que promueven el ejercicio de la racionalidad práctica para resolver dilemas de acción y conflictos sociales al requerir el intercambio de puntos de vista, críticas y justificaciones en condiciones de juego regladas y fomenta la búsqueda cooperativa de los principios, derechos y metas que van a gobernar la vida social y la forma básica de las instituciones políticas. Permite crear y afianzar espacios para allanar la senda de la reciprocidad entre distintos individuos y grupos por la aceptación voluntaria y compartida de las decisiones y medidas que han de realizar las instituciones públicas. La democracia opera como sustituto del recurso a la violencia, si se tiene en cuenta que potencia la persuasión en lugar de la fuerza como mecanismo para escenificar la competencia entre individuos y grupos sociales y hacer frente a sus desavenencias. No se trata de esquivar los conflictos ni de suprimirlos, sino de reconducirlos por cauces de contradicción reglada y pacífica. Si ello es así, un acuerdo democrático es siempre un acuerdo incruento.

Los derechos humanos cumplen una misión de primer orden frente a la violencia, en una doble vía. Por una parte, los derechos humanos gozan de un especial revestimiento en el sentido de que constituyen una esfera de bienes e intereses básicos del individuo que no puede ser invadida en la persecución de objetivos colectivos o de metas utilitarias, lo cual asegura que algunos individuos no sean sacrificados en aras de la realización de tales objetivos, aunque en el ámbito de lo político se consideren objetivos demasiado importantes—sea intrínsecamente o por el número de los titulares— para otros individuos o para la colectividad. A este respecto, los derechos humanos constituyen un límite insalvable a las decisiones políticas y medidas orientadas al logro de fines sociales o de metas de la mayoría. Matar, torturar, mutilar, hacer desaparecer, desplazar forzosamente seres humanos está prohibido por encima de cualquier consideración acerca de que ello pudiera servir para lograr algún propósito supuestamente laudable. Como afirma Nagel (2004, p. 49), “Los derechos son protecciones universales que impiden que cada individuo sea justificadamente utilizado o sacrificado de ciertas formas con fines honestos o deshonestos”. Así pues, los derechos humanos constituyen un poderoso desafío a la violencia.

Por otra parte, la realización de los derechos humanos implica crear un estado de cosas en el que todos tengan una suficiente provisión de recursos económicos para que los empleen libremente en la satisfacción de sus necesidades básicas y de sus prefe-

rencias personales, lo que les permite elegir y materializar sus particulares planes de vida. Ello presupone construir un nivel firme de igualdad que garantice a todos unas condiciones de vida decentes, alejadas del hambre, la ignorancia, la miseria y el miedo, que permitan desarrollar las propias facultades y talentos y llevar el tipo de existencia que cada individuo tiene razones para valorar. Es de esta manera como se podría evitar el hondo conflicto divisivo que, según se dijo, suele surgir como respuesta a la desigualdad económica y social y que desemboca en el uso deliberado de violencia.

Desde esta perspectiva, se advierte la existencia de un nexo entre paz y derechos humanos, pues la paz social es tanto más sólida y los conflictos menos violentos y devastadores cuanto más alta sea la protección y realización de estos derechos, a tal punto que, si queremos allanar una ruta para una convivencia razonablemente exenta de violencia, hemos de construir firmemente un espacio público común regido por la justicia, la libertad, la igualdad, la democracia y los derechos humanos²⁴.

Con todo, hemos de tener presente que una condena a la violencia y la prohibición de su uso por la moral y el derecho no bastan. Puesto que la violencia pertenece al reino de los medios y no al de los fines, su proscripción por la ética y el derecho tiene que ser estratégicamente acompañada del hallazgo de medios alternativos, o sea, de procedimientos que tengan la misma eficacia de los procedimientos que emplean la violencia. Parece la mejor forma de dejar sin alternativa a los que la utilizan sin detenerse en consideraciones morales sobre el sufrimiento, las privaciones y el daño que causan a los demás. Sigue siendo tarea pendiente para el ingenio humano la invención de nuevas instituciones o instrumentos de acción que permitan resolver sin recurrir a la violencia individual o colectiva conflictos sociales cuya solución ha sido confiada tradicionalmente a la acción violenta y que conviertan a la violencia en inútil o demasiado onerosa²⁵.

Finalmente, la realidad de la violencia y el sufrimiento humano, tan esparcidos en el mundo, nos desborda; la sensación de impotencia y perplejidad por momentos es abrumadora. Y, sin embargo, tenemos que esforzarnos por entender lo que sucede y oponerle resistencia, manteniendo firme nuestra voluntad de encontrar alternativas de paz, libertad, civilidad y respeto porque estamos obligados a convivir y a entendernos si queremos vivir bien.

24. Este nexo es reconocido por la Declaración Universal de Derechos Humanos que en el preámbulo proclama: “la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana. (...) el desconocimiento y el menosprecio de los derechos humanos ha originado actos de barbarie ultrajantes para la conciencia de la humanidad, y se ha proclamado, como la aspiración más elevada del hombre, el advenimiento de un mundo en que los seres humanos, liberados del temor y de la miseria, disfruten de la libertad de palabra y de la libertad de creencias”. Sobre la íntima conexión entre paz y derechos fundamentales, Ferrajoli (2001, p. 356-362).

25. Bobbio (1982, p. 198 y 203).

Bibliografía citada

- ARANGUREN, J. L. (1999): *Ética y política*, 2ª. ed., Madrid: Biblioteca Nueva.
- ARENDT, H. (1970): *Sobre la violencia*, trad. M. González, México: Joaquín Mortiz.
- , (1993): *La condición humana*, trad. R. Gil Navales, Barcelona: Paidós.
- , (2001): *¿Qué es la política?*, trad. R. Sala Carbó, Barcelona: Paidós, I.C.E. de la Universidad Autónoma de Barcelona.
- ARISTÓTELES (2002): *Ética a Nicómaco*, trad. J. Marías y M. Araújo, 8ª. ed., Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- BENJAMIN, W. (1971): “Para la crítica de la violencia”, en BENJAMIN, W., *Angelus Novus*, Barcelona: Edhasa.
- BOBBIO, N. (1982): *El problema de la guerra y las vías de la paz*, trad. J. Binaghi, Barcelona: Gedisa.
- CORTINA, A. (1987): “La calidad moral del principio ético de universalización”, *Sistema* 77, p. 111-120.
- FERRAJOLI, L. (1995): *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, trad. P. Andrés Ibáñez y otros, Madrid: Trotta.
- , (2001): “Los fundamentos de los derechos fundamentales”, en FERRAJOLI, L., *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, trad. P. Andrés Ibáñez y otros, Madrid: Trotta.
- , (2004): *Razones jurídicas del pacifismo*, ed. de G. Pisarello, Madrid: Trotta.
- GALLEGO GARCÍA, G. M. (2004): “Sobre el monopolio legítimo de la violencia”, *Revista de Derecho Penal* 14 y en *Nuevo Foro Penal* 65.
- , (2005): *Liberalismo y derecho a la vida. El derecho a decidir sobre el final de la propia vida*, Bogotá: Temis.
- GARZÓN VALDÉS, E. (1984): “Moral y política”, *Anuario de Filosofía del Derecho* 1.
- , (1987): “Acerca de la tesis de la separación entre ética y política”, *Sistema* 76, p. 111-120.
- , (1999): “Derechos humanos y diversidad cultural”, en *Los derechos humanos en un mundo dividido*, Bilbao: Universidad de Deusto, p. 85-112.
- HARE, R. M. (1954-1955): “Universalisability”, *Proceedings of the Aristotelian Society* 55, p. 295-312.
- , (1963): *Freedom and Reason*, Oxford: Oxford University Press.
- HART, H. (1990): *El concepto de derecho*, 2a. ed. (reimp.), trad. G. Carrió, Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- HOBBS, T. (2001): *Del ciudadano y Leviatán*, 5ª. ed. (reimp.), trad. E. Tierno Galván y M. Sánchez Sarto, Madrid: Tecnos.
- HUME, D. (1977): *Tratado de la naturaleza humana. Autobiografía*, vol. II, ed. preparada por F. Duque, Madrid: Editora Nacional.
- KANT, I. (1999): *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, 14ª. ed., ed. de L. Martínez de Velasco, Madrid: Espasa-Calpe;
- MAQUIAVELO, N. (2004): *El príncipe*, 1ª. ed. (7ª. reimpr.), trad. de M. Á. Granada, Madrid: Alianza.

- NAGEL, T. (2004): “Los derechos personales y el espacio público”, en HONGJU KOH, H. y SLYE, R. C. (comps.), *Democracia deliberativa y derechos humanos*, trad. de P. Bergallo y M. Alegre, Barcelona, Gedisa.
- NINO, C. S. (1989): *Ética y derechos humanos. Un ensayo de fundamentación*, Barcelona: Ariel.
- PAPACCHINI, A. (1997): “¿Existe un derecho a la violencia?”, en PAPACCHINI, A., *Los derechos humanos, un desafío a la violencia*, Bogotá: Altamir.
- RAWLS, J. (1979): *Teoría de la justicia*, 1ª. ed., trad. M. D. González, Madrid: Fondo de Cultura Económica.
- , (2001): *Lecciones sobre la historia de la filosofía moral*, comp. por B. Herman, trad. de A. de Francisco, Barcelona: Paidós.
- SEN, A. (2000): *Desarrollo y libertad*, trad. E. Rabasco y L. Toharia, Barcelona: Planeta.
- WARNOCK, G. J. (1973): *The Object of Morality*, 1ª ed. (reimp), London: Methuen & Company.
- WEBER, M. (2004): “La política como vocación”, en WEBER, M., *El político y el científico*, 1ª. ed. (6ª. reimp.), introd. de R. Aron, trad. de F. Rubio Llorente, Madrid: Alianza.
- WOLIN, S. S. (1973): *Política y perspectiva. Continuidad y cambio en el pensamiento político occidental*, trad. A. Bignami, Buenos Aires: Amorrortu.

TERCERA PARTE

ALGUNOS ÁMBITOS DE LA
TENSIÓN-DISTENSIÓN

EL CÓDIGO PENAL DE LA SEGURIDAD: UNA INVOLUCIÓN EN LA POLÍTICA CRIMINAL DE SIGNO REACCIONARIO

ANA ISABEL PÉREZ CEPEDA
Universidad de La Rioja

ÍNDICE: 0. INTRODUCCIÓN; 1. SEGURIDAD VERSUS LIBERTAD; 2. DERECHO PENAL DEL ENEMIGO; 3. "TOLERANCIA CERO": UN MODELO AMERICANO; 4. LA INFRACCIÓN DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD A TRAVÉS DEL PROTAGONISMO DE LAS VÍCTIMAS EN EL SISTEMA PENAL; BIBLIOGRAFÍA CITADA.

0. Introducción

Durante la legislatura anterior, hubo un cambio de rumbo a la política-criminal, preocupada fundamentalmente por la idea o la sensación de seguridad, aún a costa de los derechos y garantías fundamentales de los ciudadanos. Fue sin duda el partido socialista, en ese momento en la oposición, el que introdujo el tema de la inseguridad ciudadana a debate público. Esta incursión de la "ideología de la ley y el orden" seguía una estrategia defendida por el Partido laborista inglés, empleando un lenguaje alarmista y populista, con acusaciones extremadamente serias, cuando la criminalidad en el Estado español era una de las más bajas de Europa. Todo ello, sin tener en cuenta que esa línea ideológica había sido establecida anteriormente por los conservadores y que los laboristas simplemente la continuaban. En este contexto, la seguridad ciudadana se convierte, en este Estado, en un interés electoralista. El PSOE lejos de seguir un ideario progresista que animara a profundizar en las causas de la criminalidad, se limitó a reprochar a los gobernantes su ineficacia para satisfacer las legítimas aspiraciones de los ciudadanos a la seguridad. Entre las principales causas que señalaban era que los recursos policiales habían sido reducidos hasta niveles absolutamente preocupantes, por la falta de inversiones. Posteriormente, hubo una mayoría absoluta del PP y decidió aprovechar el tema de la seguridad, que tan unido está a las políticas e ideologías conservadoras. Una vez anclados en esta situación, comenzó a desarrollarse en el Estado Español lo que se ha denominado "penalidad expresiva", que tiende a simplificar y proporcionar un modelo emocional respecto a las cuestiones político criminales, motivando diferentes reformas legislativas altamente represivas llevadas a cabo de forma desordenada y precipitada

(Garland 2001), sin recibir la mayor crítica de una oposición demasiado preocupada por no perder votos en una sociedad cada vez más conservadora.

Esta huída hacia el Derecho penal, que fue calificada por el que en ese momento era Ministro de Justicia como el “Código Penal de la seguridad”, se aproxima a la criminalidad exclusivamente desde los síntomas, patrocina un modelo de intervención penal sin complejos, en su extensión y en su intensidad, que revela una ideología profundamente represiva y reaccionaria. Esta política criminal, bajo el imperativo de que había que “barrer las calles de delincuentes”, responde al ideal de multiplicación de delitos y endurecimientos de las penas¹, habida cuenta de la incapacidad del Estado para alcanzar respuestas menos lesivas y más justas, confirmando que el ciclo autoritario en el que vivimos coincide con el desmantelamiento del Estado de bienestar, es decir, asistimos a la sustitución del Estado asistencial por un Estado punitivo, que pretende acabar con la criminalidad en todos sus ámbitos en aras de la seguridad.

Si ya la ideología de la inseguridad ciudadana, se asienta sobre una serie de valores cuestionables, distingue nítidamente entre ciudadanos y delincuentes, preconiza la dureza frente a intrusos y extraños, ignora las desigualdades sociales... No es nuevo, el hecho de que desde el poder político, sólo se airee la seguridad ciudadana, estereotipadamente reducida a la violencia callejera, además se desarrolle una estrategia de sensibilización de la opinión pública y de inducción de la alarma social (Maqueda Abreu 2004) para justificar como siempre, una vez que se ha generalizado entre la ciudadanía el miedo y el victimismo ante el delito, es decir, la sensación de inseguridad, el incremento de la presión punitiva (Landrove Díaz 2003). El recurso abusivo a la pena de prisión, cada vez más larga e inoportunizadora, se manifiesta como el instrumento preferente para devolver a la sociedad la confianza y la sensación de protección que parecen perdidas, por ende mostrar una actitud solidaria con las víctimas. Los ciudadanos exigen la intervención violenta del Estado para afianzamiento de su seguridad. En otras palabras, “el Estado ya no es para el ciudadano un monstruo que amenaza su libertad. Por el contrario, el Estado es el compañero de armas de los ciudadanos, dispuesto a defenderlos de los peligros y grandes problemas de la

1. Se establece un periodo de seguridad para acceder al tercer grado y la posibilidad de imponer penas de hasta 40 años (7/2000). La duración de la prisión mínima pasa a tres meses con la intención de otorgar una función de prevención general a las sanciones que corresponden a los delitos de menor gravedad (15/2003). Se prevé la aplicación automática e inconstitucional de la agravante de reincidencia (11/2003), cuando el imputado haya sido condenado por tres delitos. Además, se aplica la reincidencia a la comisión de las faltas, cuando ya hubiera sido condenado por tres faltas de hurto, sustracción de vehículos de motor o lesiones. Se procede así mismo a la reconversión de faltas en delitos, cuando las lesiones, el hurto, la sustracción de vehículos sean reiterados. Igualmente, para este sector se incluyen entre otras medidas: la agravación del delito continuado, la supresión de arresto de fin de semana y su sustitución por trabajos para la comunidad, las multas o localización permanente en faltas, la limitación de la libertad condicional, etc. Se tipifican conductas excesivamente alejadas de cualquier posible lesión al bien jurídico reconocible, como ocurre con la posesión para el propio uso de material pornográfico en el que hayan intervenido menores. Se han establecido penas dudosamente proporcionales en algunos delitos de peligro como el tráfico de drogas (15/2005) y el tráfico de personas (11/2003).

época... Los ciudadanos requieren del Estado, de forma exigente y a veces amenazante, el uso de la fuerza: el Estado tiene que protegerlos y asegurar su seguridad” (Hassemer 1999, p. 270-271).

Ciertamente, esta ideología de la seguridad ciudadana lleva implícita una instrumentalización del Derecho penal en orden a obtener ventajas políticas y no logros en la solución de los conflictos sociales, como sería lo deseable. De tal manera que, el Derecho Penal “actúa a modo de mecanismo políticamente deseado de encubrimiento y ocultación de las contradicciones del sistema” (Albrecht 2002, p. 478), enfrentándose a uno de “sus más graves problemas de legitimación: servir de arma política” (Maqueda 2004, p. 1287).

La criminalidad y su persecución se comercian como mercancía de la industria de la cultura (Albrecht 2002). El Derecho penal, se convierte así, en un instrumento técnico privilegiado y barato, ya que se da una imagen o apariencia de eficacia estatal, creando una sensación de tranquilidad y calmado las expectativas de la población respecto a determinados ámbitos de criminalidad (Díaz Pita/ Faraldo Cabana 2002). Esta visión actual del Derecho penal como único instrumento eficaz de pedagogía social y de civilización, con arrinconamiento de su naturaleza de *última ratio*, viene motivada en que el legislador, por una parte, ha demostrado una clara disposición a convertir en delito cualquier problema social. Por la otra, la obsesiva búsqueda de un ordenamiento eficaz es una de las principales causas de una legislación motorizada y un ordenamiento “McDonaldizado” (Boix Palop 2001, p. 61), cuyos problemas van desde la proliferación de normas, innecesarias a veces, defectuosas técnicamente casi siempre, pasando por el constatado fracaso de intentar eliminar lagunas, que ha generado más bien un aumento de la incertidumbre. Todo ello, redundando en una política criminal errática que en la mayoría de los casos incrementa más que resuelve problemas de enorme calado, con un notable riesgo de limitación de los principios fundamentales que rigen nuestro sistema. En suma, la función simbólica del Derecho Penal es utilizada para llevar a cabo una política de gestos cara a la opinión pública, con efectos balsámicos de sentimientos colectivos (Zugaldía Espinar 2003).

Esta descarada dramatización del fenómeno delictivo, esta perversa concepción de la seguridad y este imparable endurecimiento de la represión penal, en primer lugar, ha mantenido vigente, y cada vez más globalizada la “seguridad ciudadana” que cercena libertades, dando paso al peligroso principio “tolerancia cero” hacia los infractores (sobre todo y especialmente si son pequeños delincuentes). La inseguridad ciudadana es exagerada para legitimar la intervención estatal que pretende para controlar más a las clases bajas y sirve como cortina de humo para ocultar los verdaderos problemas: la desigualdad y la explotación social. En segundo lugar, se está resucitando lo que Jakobs llamaba “Derecho penal del enemigo”, en el que se pretende neutralizar a los disidentes políticos y la expulsión de los sectores no productivos del sistema (Jakobs/Cancio Meliá 2003). Las medidas van dirigidas a la neutralización de la pobreza, la injusticia, debido sin duda, a que existe una legislación penal y procesal penal dedicada a los enemigos del sistema (Portilla Contreras 2004). Se trata de una legislación

que responde a la idea de traducir lo excepcional en normal y la seguridad del Estado en seguridad de los ciudadanos. Finalmente, se han reavivado los sentimientos de venganza o retribución, así como una ruptura del principio de igualdad entre las víctimas.

Los hechos más significativos en el Derecho penal del enemigo son quizás que, por una parte se ha instaurado un nuevo modelo se basa en la exclusión social, el de la inocuización y el apartamiento social de quienes se consideran, en lugar de ciudadanos, enemigos del orden establecido (Jakobs/Canció 2003). Junto a ello un Derecho penal emergente, el de la guerra, que se sabe que arrastrará, en sus onda expansiva, a esa otra delincuencia marginal, “de poca monta”, que se nutre de habituales y reincidentes, extranjeros, autores de delitos que causan alarma social por su relación con la droga, la propiedad... Se trata de “un no-derecho, una pura reacción defensiva de hecho frente a los sujetos excluidos” (Maqueda 2004, p. 1298). Con esto, se cambia completamente de paradigma pues el destinatario de la norma no se le valorar como persona, postergando con ello su dignidad personas y se le convierte legalmente en el enemigo del sistema (Acale Sánchez 2004). Por la otra, como modelo autoritario, utiliza la técnica de la emergencia o la excepcionalidad, que lejos de desaparecer han alcanzado su auténtico cenit, es decir, el legislador se mueve dentro de parámetros justificativos típicos de un derecho penal de excepción (Ramos Vázquez 2004).

Estos planteamientos parecen no ser tan alarmantes, cuando se nos invita a aceptarlos como el devenir de los tiempos modernos, pero éstos solamente se pueden acatar no aceptar. En este Estado lo que acontece no es sólo un fenómeno de transformación del Derecho penal impuesto por la modernidad, sino ante un aumento y endurecimiento del Derecho penal clásico y la limitación de sus garantías y principios (Quintero Olivares 2004). Por ello, no creo que los penalistas estemos analizando las transformaciones jurídico-penales en curso desde un modelo analítico equivocado: el modelo penal garantísta. Modelo que por otra parte trata de evitar un uso indebido del poder punitivo conferido al Estado, que pudiera terminar afectando al conjunto de los ciudadanos (Díez Ripollés 2004). Tachar de inmovilismo al garantismo por la defensa de ciertos principios, que son considerados intocables, respecto a las iniciativas de control social dirigidas a resolver nuevas e ineludibles necesidades sociales, es decir, la criminalización a las ofensas de los bienes jurídicos colectivos, puede ser en cierta medida acertado. Pero, no deja de ser un examen parcial porque junto a ese Derecho penal moderno se ha venido desarrollando este Derecho penal de la seguridad, que desmantela el sistema de garantías con todos riesgos que esto implica. El Derecho penal del enemigo, la “tolerancia cero”, la instrumentalización de las víctimas, no forma parte del derecho penal moderno, sino que es consecuencia del uso simbólico del Derecho penal y de la propia crisis del Estado de Derecho (Serrano Piedecabras 2004). Por ello, en estas páginas defiendo que es necesario tener un baluarte, una trinchera frente al posible abuso de poderes públicos al desarrollar dichos problemas: el garantismo o la resistencia frente a un funcionalismo, que conduce a una capitulación incondicional ante la práctica política represiva y restrictiva que impera en este momento en el sistema penal.

1. Seguridad *versus* libertad

Desde el nacimiento del Estado moderno, la seguridad y la libertad han sido un binomio inseparable, siendo el Derecho penal el ámbito donde la relación es más intensa. La discusión sobre el equilibrio de estos dos polos, que siempre se encuentran en tensión, se ha visto reavivada en los últimos tiempos. Probablemente, viene motivado porque a partir del año 2002, según el barómetro de opinión del CIS, la inseguridad ciudadana se ha convertido en el tercer problema sentido por los españoles, después del paro y el terrorismo, y antes que la inmigración y las drogas. Dos años antes, aparecía en décimo lugar. Sin embargo, la tasa de criminalidad española sigue siendo una de las más bajas de Europa, con un perfil estable desde hace muchos años; sólo mostramos tasas moderadas más altas en delitos de poca entidad contra la propiedad (Valenzuela 2002). Lo que demuestra que nadie conoce los hechos, que la información se ha convertido en propaganda, lo que ha provocado que nuestras sociedades aparezcan atravesadas por el miedo, la inseguridad y la zozobra.

Resulta obvio que, los miedos existen previamente en nuestra sociedad, pero las instituciones públicas y los medios de comunicación los manipulan, los rentabilizan, no solamente los estabilizan, dándolos relevancia (Silva Sánchez 2001). Así, el miedo, se convierte en un condicionante importante en las políticas de seguridad, distinguiéndose a la hora de perfilar dichas políticas entre: la inseguridad subjetiva, entendida como el sentimiento de vulnerabilidad, por una parte, y la existencia objetiva de focos de violencia, de coacción, de delincuencia sobre personas y bienes en el espacio público y en la cotidianidad urbana, por la otra.

Teniendo en cuenta que el concepto de seguridad, según el Preámbulo de la Constitución Española, podría definirse como “una situación social que se caracteriza por un clima de paz, de convivencia y de confianza mutua, que permite y facilita a los ciudadanos el libre y pacífico ejercicio de sus derechos individuales, políticos y sociales, así como el normal funcionamiento de las instituciones públicas y privadas”. En este concepto, el ciudadano y su libre desenvolvimiento es quien ocupa la posición central, y la seguridad pasa a convertirse en un elemento básico e imprescindible de la calidad de vida, del bienestar y del progreso social (Lledó 1999, p. 689). La seguridad depende esencialmente de la cohesión social y de la solidaridad real y efectiva que exista en una sociedad, así como de la vigencia de un ordenamiento jurídico, económico y social justo. Por ello, la inseguridad subjetiva debería abordarse desde políticas sociales y culturales de apoyo al conjunto de esta población, actuaciones sobre el espacio público, de mantenimiento y mejora, fomentar la participación y la cooperación ciudadana, programas específicos tanto dirigidos a los grupos más vulnerables (personas mayores, niños, mujeres, etc.) como a los percibidos como peligrosos (drogodependientes, bandas juveniles, etc.). Con relación a la inseguridad objetiva, la acción pública debe caracterizarse por la proximidad, la inmediatez, la eficacia, la cooperación ciudadana, la reparación y las sanciones visibles y garantizadas. Pero estas respuestas deben modularse en cada caso, según el tipo de comportamiento generador de inseguridad y el perfil de las personas implicadas. El fin de estas políticas de seguridad no es la protección de una parte de la sociedad a costa de

la marginación y criminalización de otras, aunque sean minorías, sino la integración o inclusión de la totalidad o de la inmensa mayoría, la construcción permanente de pautas de convivencia compartidas y la primacía de la prevención, la reparación y la sanción con una finalidad reinsertadora sobre la represión vengativa.

Por el contrario, puede constatarse que, para dar respuesta a estos miedos en la actualidad se descarta la preponderancia de factores sociales y económicos como los principios responsables de la inseguridad ciudadana, encuentra respaldo particularmente en la creencia en la eficacia de sanciones más duras, así como se muestra una preferencia de la seguridad ciudadana como valor frente a la libertad personal. Frente al supuesto aumento de delincuencia y la alteración del orden público, no cabe ninguna tolerancia. Siguiendo esta línea se ha instaurado en nuestro sistema penal el modelo de la “tolerancia cero”, anteponiendo el valor “seguridad” a cualquier valor, utilizándolo como pretexto para no hacer los cambios económicos y sociales necesarios para reducir los niveles de pobreza y hacer valer una mayor justicia social (Muñoz Conde 2003).

Si bien es cierto que la seguridad no es más que la expectativa que podemos razonablemente tener de que no vamos a ser expuestos a peligros o ataques en nuestros bienes jurídicos más preciados por otras personas. No se trata de un valor absoluto; ni el Derecho ni nadie pueden garantizar una seguridad absoluta, una ausencia total de peligro (Muñoz Conde 2003). También lo es que, la seguridad jurídica en sentido estricto debe entenderse como la capacidad de que un determinado ordenamiento jurídico para hacer previsible, es decir, seguros, los valores de libertad e igualdad (Atienza 1985). El desarrollo de estos valores en la actualidad se encuentran amenazado por el debilitamiento de los principios limitadores tanto formales como materiales precisamente ocasionado cuando el poder estatal pretende ofertarnos “seguridad”, dado que cuando a un asunto público se le confiere la etiqueta de “seguridad”, el Estado está operando un mecanismo político que produce, básicamente, un doble efecto sobre el tema en cuestión. Por una parte, el Estado, se auto-atribuye poderes especiales que le permiten abordar con carácter prioritario la “cuestión de seguridad” y desviarle recursos extraordinarios. Por la otra, los procesos de decisión y de gestión concernientes a dicho asunto, ven reducidos drásticamente los niveles de transparencia informativa y de sometimiento a los controles democráticos habituales. De la relevancia de este aspecto da cuenta la inclinación creciente, que manifiesta algunas sociedades actuales, hacia el recurso de la invocación a la “seguridad” para extender los ámbitos, interno y externo, sometidos al régimen de excepción. Surgiendo así, el “Estado de la Seguridad”, es aquel en el que la producción normativa y los mecanismos decisionales también tienden a reorganizarse permanentemente como respuesta a una situación de emergencia estructural (Baratta 2001).

La característica común es que se absolutiza el mal justificando una necesidad apremiante, inmediata e impostergable de neutralizarlo. Esta emergencia, como señala, son construcciones colectivas que guardan un cierto parecido con el delirio, además suelen asentarse sobre el perjuicio y la convicción previa de la población (Zaffaroni 2004). Ello ha motivado que para dar respuesta a estas supuestas situaciones de emergencia en este Estado haya habido una reducción sensible de los espacios de libertad y del respeto a

los derechos humanos, que ha desequilibrado claramente el binomio libertad seguridad a favor de esta última. Hemos dado entrada y desarrollado ampliamente en el sistema penal al modelo político-criminal del Derecho penal del enemigo, que supone la aceptación sin límites de un modelo penal y procesal funcionalista en el que prima la defensa de la seguridad del Estado y la ausencia de principios liberales, es decir, en el que prima la razón de Estado sobre la seguridad individual. El objetivo funcionalista es claro: el discurso de la guerra y los no-derechos penales de los enemigos sirve para predeterminar la supuesta creación de situaciones de emergencia en el seno de la sociedad, reforzando sus perjuicios sociales, por lo que aparece la excepcionalidad como un elemento demandado y sedativo. Recordemos que, según Luhmann, el hecho de que la ciudadanía se habitúe a prescindir de la expectativa legitimadora, constituye para ese autor un requisito ideal del funcionamiento del sistema político, al que debe añadirse el calificativo de autoritario. Para Luhmann, el Estado debe poseer todas aquellas técnicas que posibilitan el cumplimiento de su función, que en situaciones de emergencia sólo pueden ser llevadas a cabo a través de la negación de los derechos y garantías pensadas para la normalidad. En estas situaciones de emergencia y crisis: a) la seguridad adquiere un valor supremo a lo que todo comportamiento debe someterse; b) el consenso constituye un presupuesto que sólo debe ser requerido por aquellos que no cuestionan al sistema; c) el concepto de enemigo del sistema adquiere un relieve fundamental; d) Lo importante no es asegurar la conformidad de la mayoría, sino neutralizar los comportamientos nocivos que dificulten la cohesión social, es decir, el comportamiento desviado (García Méndez 1987).

En el Derecho penal del enemigo, conviene advertir que, por una parte, la legitimidad de la excepcionalidad no sólo es aceptada con total normalidad, sino demanda por la sociedad. Por ello, tienen que crear nuevas situaciones de emergencia, nuevos enemigos, aunque siempre estarán entre ellos los disidentes, los que reivindican la deslegitimación de este sistema, los excluidos, los débiles... Por la otra, un sistema penal restrictivo y reaccionario, como se verá a continuación, parece haberse desarrollado en nuestra sociedad.

Ante la constatación de que los derechos fundamentales han perdido su significado como derechos de garantía, entre otras razones porque se pretenden sustituir por la explicación de la relación entre las personas y el orden jurídico (Quintero 2004) (funcionalismo). El legislador y la doctrina penal tiene en la actualidad un tarea ardua para hacer frente a todos los flancos abiertos, dado que la situación de emergencia está en instalada en nuestro ámbito. Todo ello, cuando todavía no se había trabajado en serio en una política centrada en el análisis y la prevención social del delito, en la búsqueda efectiva de alternativas, en una atención más personalizada a los últimos tramos del cumplimiento de la pena para preparar para la libertad, etc. Pues bien, la doctrina penal parece haber reaccionado con un discurso crítico que no se limita a analizar el binomio de seguridad-libertad y las consecuencias de que la balanza se incline hacia un lado u otro, sino que pretende dar un paso más, afirmando que un Derecho penal a la seguridad no puede ser otro que “el resultado de una construcción falsa o perversa. Más que el derecho a la seguridad debe moverse en la seguridad de todos los derechos”, por lo

que ha de practicarse una política integral de protección y satisfacción de los derechos fundamentales como modelo posible y legítimo (Baratta 2001, p. 21). La seguridad no surge desde el ejercicio del poder estatal, sino de los límites a dicho ejercicio que posibilitan el disfrute de los derechos. Mientras que una profundización y extensión del Derecho penal como derecho garantizador aporta seguridad, el debilitamiento de las garantías penales deja a la población a merced de la arbitrariedad de poder estatal, y la consecuencia inmediata es una amenaza estatal de todos los derechos, incluyendo el derecho a la propia vida (Muñoz Conde 2003).

2. Derecho penal del enemigo

Hablar de Derecho penal del enemigo es una forma de hablar obvia, ¿acaso existe un derecho penal del amigo? No hay Derecho penal que no sea del enemigo. El Derecho penal como medio de control social se ejerce a través de un mecanismo de atribución de la sanción penal, realizado por diversas instancias, que se denomina proceso de criminalización. Empero, podemos pensar que con ello no sólo se refieren a un Derecho penal todavía más criminalizador, sino también al resurgir del punitivismo.

Este tipo de Derecho no es un cuerpo extraño a los sistemas liberales. Al contrario, sólo los sistemas democráticos pueden señalar a un determinado grupo de personas como enemigos: en los sistemas autoritarios, menos quien detenta el poder y quienes le apoyan, todos son enemigos. Así, el Derecho penal del enemigo aparece como un mecanismo de defensa de los sistemas democráticos, dada la preocupación existente en las sociedades democracias por garantizar su seguridad cognitiva frente a quienes intentan atacar su identidad, esto es, las raíces sociales (Pérez del Valle 2001).

Frente aquellos que han abandonado de forma duradera el Derecho y sobre los que no existe una mínima seguridad cognitiva de su conducta futura, se ha previsto un tránsito del “ciudadano” al “enemigo” que viene teóricamente justificadas por la habitualidad, la reincidencia o la profesionalidad delictiva (Jakobs/Cancio 2003). Se legitima un Derecho penal del enemigo que conlleva una amplia anticipación de la protección penal, esto es, el cambio de perspectiva de hecho pasado a uno venidero; la ausencia de una reducción de pena correspondiente a tal anticipación; en ocasiones, no se castigan hechos sino conductas con relevancia de contenido simbólico, que se describen con términos vagos y amplios; el tránsito de la legislación jurídico-penal a la legislación de lucha; un incremento notable de las penas, y la relación o supresión de determinadas garantías procesales individuales (Cancio Melia 2002). Entre estas últimas, resaltamos que se cuestiona la presunción de inocencia, porque se opone a la exigencia de verdad en el procedimiento; se reducen las exigencias de licitud y admisibilidad de prueba, se introducen medidas amplias de intervención de las comunicaciones, de investigación secreta y de investigación; se prescinde de principio *nemo tenetur se ipsum accusare*, se amplían los plazos de detención oficial con fines supuestamente investigadores e, incluso, en el plano teórico se reivindica la tortura (Gracia Martín 2004). Con todo ello, no se pretende la compensación de un daño a la vigencia de la norma sino la eliminación de

un peligro cuya fuente son individuos que rechazan el *status* de ciudadano. La negación de la condición de personas a estos individuos es el paradigma entorno al que se construye el Derecho Penal del enemigo (Jakobs/Cancio 2003).

En los sistemas democráticos siempre están patentes los estereotipos de quienes son mostrados como enemigos:

a) El terrorista. Las reformas en los últimos tiempos en materia de terrorismo introducen conductas que no afectan a bienes jurídicos tutelados (la humillación a las víctimas) y cuya finalidad consiste en calmar las reacciones emocionales que tales conductas producen (Díaz/Faraldo 2002) (el delito de adhesión a las infracciones de terrorismo o a sus autores (art. 578CP)). Para los que se autoexcluyen del pacto, se ha pensado, en la LO 7/2000 de 30 de junio el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas, se ha reintroducido en nuestra legislación penal la pena hasta cuarenta años de prisión y se ha restringido de forma constitucionalmente dudosa sustitutivos como el tercer grado –estableciendo un periodo de seguridad– o la libertad condicional. Desde luego, con estas medidas se ignora el principio de humanidad para justificar las de larga duración que, al rebasar ciertos límites cronológicos, se convierten en inhumanas y degradantes, y con relación a la negación o limitación de los sustitutivos penales la resocialización ha cedido el paso a una suerte de socialización por inocuidad ideológica (Ramos 2004). Por ende, se amplían los plazos, ya de por sí excepcionales y de difícil justificación, sobre incomunicación al conceder al Juez o Tribunal la posibilidad de acordar detención o prisión incomunicadas hasta diez días.

Ello, sin olvidar que, la atribución de las competencias para la instrucción y enjuiciamiento de los delitos en materia terrorista a la Audiencia Nacional, contradiciendo de forma palmaria el derecho a Juez Natural; la política de dispersión de presos terroristas desde 1987 se opone al art. 12.1 de LOGP y la suspensión de una serie de derechos fundamentales en la cárcel, bajo la iniciativa de las autoridades administrativas y sólo con revisión *a posteriori* de la autoridad judicial. Entre los que se puede resaltar: la asignación de abogado para asistir al detenido incomunicado, así como la posibilidad de suspensión de las visitas con el Abogado Defensor, la observación postal, telefónica y telegráfica, la política de dispersión de presos, y por último, el internamiento con carácter general de en cárceles o departamento especiales de alta seguridad. También se les endurece las condiciones de clasificación de los internos (Pérez Cepeda 1995).

b) Las personas integradas en organizaciones criminales. Se trata de sujetos cuyas actividades y ocupación profesional son expresión y exponente de la vinculación de tales sujetos con una organización que opera al margen del Derecho y que se dedica a actividades delictivas. En los delitos que habitualmente son cometidos por personas que están integradas en organizaciones criminales (tráfico de personas o de drogas, blanqueo de capitales, etc.) se utiliza una técnica legislativa que se caracteriza por una fuerte intervención que acaba despreciando principios penales básicos, como los principio de *ultima ratio*, carácter fragmentario, ofensividad, taxatividad de las leyes, en la medida en que se trata de tipos abiertos y necesidad de pena, así como las categorías penales esenciales para el delito (diferencia entre autoría y participación, entre complicidad

y conducta irrelevante, entre tentativa y consumación). Sobre la base de que no puede hacerse depender la dogmática de variantes y circunstancias no definidas legalmente, ni debe adoptarse una teoría que pondere globalmente todas las circunstancias del caso concreto sin establecer reglas y excepciones porque, entonces, tampoco sería dogmática y pese a la indiscutible importancia de los intereses en juego, resulta criticable permitir muchas excepciones porque, entonces se daña tanto la dogmática que desaparece como presupuesto garantizador de los principios fundamentales como la certeza y la igualdad (Quintero 2004).

c) Los inmigrantes. La población inmigrada reciente es percibida hoy en muchos casos como la principal fuente de inseguridad en los países europeos; lo cual no confirman las estadísticas, por lo menos si nos referimos a robos y agresiones, sin incluir las faltas o delitos inherentes al no tener “papeles” (venta ambulante, falta de contrato de trabajo, permanencia sin permiso de residencia, etcétera). Lo cierto es que hay menos criminalidad entre los inmigrantes regularizados que entre los nacionales. Sólo cuando el inmigrante es arrastrado a la marginación, resulta arrastrado también, como los nacionales, a la delincuencia (Díez 2002).

Desde esta perspectiva, la LO 4/2000, que reforma la LO 8/2000 de 11 de enero se están desarrollando los elementos de un derecho del enemigo en materia de inmigración (Pérez Cepeda 2004), puesto que recorta los derechos de los inmigrantes sin autorización de estancia o residencia; los inmigrantes irregulares carecen de las libertades de reunión, asociación, manifestación, sindicación y huelga. También se les limita la posibilidad de tutela judicial efectiva cuando el inmigrante es rechazado en la frontera. Asimismo, son muy amplias las posibilidades de expulsión porque pueden basarse en irregularidades administrativas tales como la ausencia del permiso o su caducidad, trabajar sin autorización, o simplemente, encontrarse irregularmente en España.

En el Código Penal a través de la LO 11/2003 se están desarrollando los elementos de un derecho del enemigo en materia de inmigración (Pérez Cepeda 2004), cuando se establecen una serie de modificaciones que introducen cambios en los apartados 1, 2 y 3 del art. 89 CP, con el objetivo de establecer como regla general, la expulsión obligatoria de los extranjeros no residentes legalmente en España, como sustitución de las penas privativas de libertad inferiores a seis años, o superiores, en el caso de que se acceda al tercer grado penitenciario o una vez que se entiendan cumplidas las tres cuartas partes de la condena (artículo 89), y como sustitución de las medidas de seguridad (artículo 108). También el art. 57.2 LEX, impone la expulsión al extranjero irregular o con permiso de residencia temporal que haya sido condenado, fuera o dentro de España, por delito doloso sancionado con pena privativa de libertad superior a un año. Por ende, se modifica el art. 57.7 al prever la posible expulsión para el extranjero que se encuentre inculcado o procesado en un procedimiento por faltas o delitos castigados con una pena inferior a seis años.

Puede observarse como, el estatus de extranjero irregular o enemigo, parece ser el fundamento de un conjunto de excepciones a las reglas generales de cumplimiento de las penas y medidas de seguridad, lo que puede ser calificado de discriminatorio. Se les

ha suprimido garantías en el procedimiento en función de las características del autor y se les subordinan los derechos individuales a las exigencias del control de los flujos migratorios. Claramente, se vulnera el principio de igualdad y la prohibición de discriminación por razón de origen, al imponer como regla general la pena de expulsión a todos aquellos extranjeros no residentes legales, es decir, al prever para este colectivo un sistema penal específico distinta de aplicación genérica. En especial, los procedimientos de expulsión previsto en la LEX, pueden suponer que no se ejerza el *ius puniendi* para no obstaculizar las expulsiones gubernativas, pero asumiendo el riesgo de pérdidas de garantías y la posible lesión de los principios de tutela judicial efectiva y de presunción de inocencia (art. 24 CE) para el inmigrante irregular, que presuntamente haya cometido un delito o falta, al poder dictaminar su expulsión, sin haber determinado judicialmente su responsabilidad. Asimismo, da entrada del principio de oportunidad fundado en intereses extrapenales, relegado a un segundo plano las finalidades de prevención de delitos y la tutela judicial para las eventuales víctimas.

d) Enemigos que no comparten por su conducta formas de vida (disidentes o minorías políticas, delincuentes sexuales, consumidores de algún tóxico, etc.). Se trata de individuos que con su actitud se han apartado de forma duradera, al menos de forma decidida, del Derecho (Jakobs/Cancio 2003). Para ellos, se prevén penas excesivamente graves.

e) El maltratador. Lamentablemente, incluso, el Derecho penal del enemigo como territorio de reivindicación simbólica ha servido para que las mujeres maltratadas puedan ser instrumentalizadas para obtener fines políticos. En la actualidad, como medidas cautelares el juez puede imponer alejamiento y la prohibición de comunicarse o prisión provisional por faltas (LO 13/2003), así como adoptarse medidas de naturaleza civil (asignación del domicilio familiar a la mujer, suspensión del derecho de visitas...). El art. 153 CP, al suprimir el requisito de habitualidad, eleva a la categoría de delito una serie de faltas contra las personas cuando la víctima es del ámbito familiar. Esta figura delictiva puede llegar a acoger conductas que en nada se corresponden con la lógica de la violencia familiar, como maltratos ocasionales (unos insultos, una bofetada, un empujón...) entre exnovios o excompañeros. Aunque parece todavía más criticable en el aquellos supuesto, en que estos maltratos ocasionales, los cause una niñera o la cuidadora de un anciano. No debe olvidarse que, la violencia familiar supone un riesgo para la vida e integridad de las víctimas de un maltrato familiar que emana de valores de posesión y sumisión característicos de la sociedad patriarcal (Laurezo Copello 2003).

Se introduce dentro de un concepto unitario a individuos de características dispares como son el delincuente sexual, el maltratador, el narcotraficante, el terrorista, el disidente político o el extranjero (Ramos 2004) y se discute hasta que punto la seguridad colectiva exige ampliar el Derecho penal del enemigo a otros ámbitos de la criminalidad (delincuencia económica, delincuencia contra el medio ambiente, delincuencia informática, tráfico de armas, de drogas o de personas..., etc.) (Zugaldía 2003). El problema reside en que, el recurso a la creación de subsistemas penales conlleva el riesgo de que una vez que se abre la posibilidad de hacerlo van apareciendo nuevos grupos

de potenciales criminales que lo exigen, resquebrajando el ideal de igualdad. Ello plantea las cuestiones más importantes de ¿quién define al enemigo y cómo se le define?, ¿qué grupo autores será enemigo y cuáles ciudadanos? Jakobs no contesta, lo fundamenta en la necesidad de una seguridad cognitiva (Muñoz Conde 2003). La seguridad, adquiere de nuevo un valor supremo, a lo que todo comportamiento debe someterse, de tal manera que quien no presta una seguridad cognitiva suficiente de un comportamiento personal, no puede esperar ser tratado como persona, pues de lo contrario se vulneraría el derecho de seguridad de las demás personas (Jakobs/Cancio 2003).

Sin embargo, tras la seguridad se oculta su notorio carácter ilegítimo al suprimir las garantías reconocidas en la constitución y que constituyen las bases del Derecho penal del Estado de derecho en función de las características del autor, y subordinar los derechos individuales a las exigencias de la irracionalidad funcional del Estado (Portilla 2004). Para esta legislación, lo que realmente importa es la conservación de los intereses del sistema, la capacidad funcional de sus órganos y la defensa del Estado a través de las garantías del propio Estado (Portilla JpD 2004). No es de extrañar pues que si de admite el desmantelamiento del Estado de Derecho, en la medida en que ordenamiento jurídico se convierte en puramente tecnocrático funcional, sin ninguna referencia a un sistema de valores, o, lo que es peor, referido a cualquier sistema, aunque sea injusto, cuyos valores tenga la fuerza y el poder para imponerlos. El Derecho, así entendido, se convierte en puro Derecho de Estado, en el que el Derecho se somete a los intereses que en cada momento determine el Estado o la fuerza que controlen el poder (Muñoz Conde 2003) y aunque para ello, haya que sustituir las garantías por una legislación de guerra contra el enemigo con el fin de alcanzar su exclusión o inocuización.

El propio Jakobs cuestiona que pueda ser considerado como Derecho, en la medida en que frente al enemigo, el Derecho penal sólo es coacción física, hasta llegar a la guerra. Pese a todo ello, termina por considerar el Derecho penal del enemigo como “derecho” desde el punto de vista del Estado como agente, ya que según este autor este ordenamiento “implica un comportamiento desarrollado con base en reglas” (Jakobs/Cancio 2003: 22). En contraposición, comparto la opinión de que esta teoría, sirve de coartada ideológica-políticocriminal para diversas reformas normativas, conlleva una amenaza para el sistema democrático por la ser una auténtica involución en materia de libertades ciudadanas, ya que existe también el riesgo de que cuando las garantías se rebajan para unos acaban rebajándose para todos (Quintero 2003).

La excepcionalidad, como ya vimos, tiende a generalizarse y el exceso convertirse en regla, transitar entre la búsqueda de la destrucción del enemigo y la desnaturalización de la función del Estado, se convierte en un juego simbólico y contrasimbólico en el que la persona ocupa un lugar secundario (Ramos 2004). La excepcionalidad no se puede legitimar ni siquiera cuando pudiera existir una situación de absoluta necesidad, subsidiariedad y eficacia, mucho menos se tiene que entronizar la excepcionalidad con una clara vocación expansionista y estabilizadora, que es lo que realmente hace esta teoría. Legitimar una legislación excepcional, sea en el ámbito que fuere, no solo sirve como argumento para limitar ciertas libertades y, correlativamente, aumentar el espacio de

actuación del poder ejecutivo en desmedro del poder judicial (Serrano 2004). Supone, por ende, una acción defensiva frente a sujetos excluidos, sometiéndoles a una forma genocida de control social, mediante la construcción del estereotipo de inutilidad e incapacidad social, la sustitución del fin preventivo-especial por el de la inoquización frente a determinados delincuentes y la renuncia de antemano a cualquier explicación sobre las causas sociales de esa delincuencia, el aumento o la disminución de la victimización, pues sólo importa la capacidad funcional de los órganos y la defensa del Estado.

El discurso de Jakobs es un posicionamiento ideológico-político conservador, reaccionario, al sacrificar la libertad de los individuos para fortalecer el poder estatal carece de legitimidad constitucional, y con ciertos visos de autoritarismo, que aparece disfrazado de teoría penal (Ramos 2004). La existencia en el sistema penal de un Derecho de estas características supone un proceso de fascistización social de masas, dando lugar a una recuperación de los rasgos más autoritarios del derecho penal preventivo y retributivo más propio de dictaduras que de democracias participativas y respetuosas con las minorías con la discrepancia pacífica y el legítimo de todas las culturas e ideologías que respeten el marco básico de los derechos fundamentales.

3. “Tolerancia cero”: un modelo americano

La “tolerancia cero”, consiste en estrategias públicas variadas para control de la marginación. Una de las más desarrolladas ha sido en la ciudad de New York bajo el mandato del alcalde Giuliani, que ha supuesto una reorganización radical de la policía y se basaba en técnicas de *management*, reingeniería de procesos y dirección por objetivos, aplicadas a las comisarías como si fueran empresas de servicios (Sáez Valcarcel 2002). Ante todo por “tolerancia cero” se entiende en muchos casos una acción represiva mayor hacia los grupos considerados de riesgo o las condiciones de vida, marcados en su totalidad por la sospecha (Albrecht 2002). El hecho irrefutable es que las políticas de “tolerancia cero” triunfan en Europa².

Su punto de partida es que el problema de la delincuencia tiene que ser atacado en su origen, entendiendo que éste se encuentra en la marginación social y la pequeña delincuencia, que no es suficientemente castigada y tiene altos niveles de tolerancia en la sociedad. Se adoptan fuertes medidas represivas, policiales y penales, calificando como conductas delictivas simples comportamientos marginales, como la prostitución, el vagabundaje, la mendicidad o la inmigración. Estas medidas, que tienen un claro antecedente en este Estado, la ley de peligrosidad y rehabilitación social y su precedente la Ley de Vagos y Maleantes (Muñoz 2003), en cierta medida han reaparecido en el ordenamiento jurídico español como medidas de seguridad predelictuales camufladas bajo el

2. La reforma del CP francés de 23 de octubre de 2001 viene a criminalizar a los marginados: prostitución pasiva, familias nómadas que ocupen terrenos privados o comunales, mendicidad en grupo o agresiva, jóvenes que se reúnan en los vestíbulos, portales y lugares de paso común de los edificios. En Italia se castiga también el ejercicio de la prostitución en la vía pública.

nombre de prisión provisional (Nieto 2004). La LO 13/2003 permite imponer la prisión provisional con el fin de “evitar que el imputado pueda actuar contra los bienes de la víctima”(en este caso, independientemente de la pena del delito cometido (art. 503.1 c) CP) y para evitar “el riesgo de que el imputado cometa otros hechos delictivos“. Cuando el imputado sea además sospechoso de delincuencia habitual o de actuar concertadamente con otras personas de forma organizada, la aplicación de la prisión provisional puede declararse independientemente de la pena señalada por el delito cometido.

El éxito político de la “tolerancia cero” está en que su mensaje se dirige principalmente al ciudadano medio que nutre principalmente el cuerpo electoral, que se siente amenazado por los delitos que pueda ser víctima en su vida cotidiana. Este ciudadano medio reclama seguridad física de su propia persona y de sus propiedades. Sin embargo, la “tolerancia cero” no se refiere sólo a la erradicación de los delitos de una cierta gravedad, sino también a la de los comportamientos simplemente molestos o de escasa relevancia penal, que inciden en la vida cotidiana de los ciudadanos (Muñoz 2003). Este principio está sustentado por la ideología que parte de la creencia de que si se combaten los pequeños desórdenes cotidianos, se hará retroceder el crimen. El origen está en la teoría “Broken windows” (cristal destrozado), propuesta por el criminólogo James Wilson, según la cual si se aparcen dos coches sin matrícula en distintos barrios de la ciudad. En el barrio marginal, el auto será desguazado de manera inmediata. En la zona residencial, será respetado. Pero si fracturamos uno de sus cristales, también será objeto de despiece sistemático. Su conclusión: las incivildades, los pequeños desórdenes, son avisos de las primeras manifestaciones de lesiones a bienes jurídicos mucho más graves. Parece como si esta criminalidad tuviera como única causa la interacción entre el desorden y el daño, se percibiéndose como algo normativo y simbólico, como actitud ante el Derecho, no como lesión de bienes (Hassmer 1999). Su objetivo son las conductas que carecen de relevancia penal.

Ciertamente, se trata de un programa que, por una parte, amplía el arbitrio para decidir si procede una intervención y como realizarla, ofreciendo un modelo reaccionario desligado de las normas, con el fin de conseguir mayor flexibilidad y supuesta eficacia. Se infringe, con este proceder, la proporcionalidad entre la infracción y la reacción, así como la seguridad jurídica, ante la imposibilidad de determinar los presupuestos y las consecuencias de la reacción (Hassmer 1999). Por la otra, fomenta visiones de exclusión social a través de la estigmatización de ciertos colectivos sociales y criminaliza la pobreza. Estos pobres tienen utilidad cero, por tanto “tolerancia cero” con ellos. Recordemos aquello de que: “Hay que limpiar las calles”. Bajo ese lema se hostiga y persigue a quienes viven en las calles: a los jóvenes, a los mendigos, a las prostitutas, a los inmigrantes... Se les somete, a controles rutinarios de identidad, a cacheos, al registro de papeles y objeto personales, se verifican redadas periódicas en sus lugares de encuentro, se les conduce a la comisaría, se les detiene atribuyéndoles desobediencia a las órdenes de la policía...

En definitiva, se trata de una política que enfatiza la represión a través diversas formas del uso de la fuerza pública, violencia institucional que se despliega con contun-

dencia sobre colectivos y barrios oficialmente “criminalizados” a la larga además de injusta socialmente es muy peligrosa, puede provocar reacciones violentas en el seno de éstos, porque los abusos no preocupan ni son desvelados, es un diálogo en sociedad entre el marginado y el guardián del orden. El resultado del control de la población reducida a un rol precario del proceso productivo y sin ningún rol, limitando las garantías de sus derechos, ha provocado una mayor exclusión por lo que, en vez de aumentar la seguridad de pocos, crece la inseguridad de todos (Baratta 2001).

Especial relevancia dentro de los “colectivos peligrosos”, tienen los inmigrantes irregulares, condición frecuentemente asociada a “sin trabajo”, “sin domicilio legal”, sin acceso a determinados equipamientos y servicios colectivos... La desigualdad social sumada a la desigualdad político-jurídica parece condenar a delinquir a esta población, que en su gran mayoría alimenta la economía informal o trabajos poco calificados y mal pagados, lo cual no es precisamente una amenaza para la convivencia social. Frente a los extranjeros se desarrolla una tendencia a la expulsión/exclusión como paradigma del paso del sistema de control a la sociedad estrictamente penal basada en la desaparición de aquellos infractores del contrato social. Bien se puede afirmar que estas medidas aparecen sustentadas por una ideología basada en la identificación entre terrorismo e inmigración y la falsa excusa del extremismo radical islámico, lo que transforma, la concepción de los extranjeros ya no como sujetos de derechos sino el objetivo de la seguridad (Portilla 2004).

La “tolerancia cero” también se desarrolla en el ámbito legislativo que ha acogido el criterio de *three strikes and you are out* (al tercer delito a prisión para siempre), que se aprobó en California, en otros veinticuatro estados y en el sistema Federal. Así se aborda el problema de la reincidencia, imponiendo penas draconianas en algunos casos en que se cometen tres delitos. En California no es ni siquiera importante la cualificación del tercer delito, lo importante es la reiteración. El resultado es que se ha duplicado la población carcelaria, lo que pone de manifiesto que no tiene que ver con el nivel de delincuencia, sino que responde a decisiones políticas³.

Siguiendo esta línea, en este Estado, imbuidos en el desarrollo de este principio, se da un tratamiento específico a la habitualidad y la reincidencia... Para conseguirlo, en primer lugar, se ha instaurado de nuevo la agravante de multirreincidencia (LO 11/2003) que permite al juez tras la comisión del tercer delito (art. 66.1.5^a) y si concurren varias agravantes y no hay atenuantes (art. 66.4) aplicar la pena superior en grado. La multirreincidencia probablemente será declarada anticonstitucional, si se tiene en cuenta la STC 150/91, donde no permitía dar un salto punitivo como el que ahora se propone. En otros casos (lesiones (art. 147.1 CP), hurto (art. 234 CP) y hurto de vehículos (art. 244.1 CP)) la “tercera vez” en que el autor comete una falta en el transcurso de un año, la falta se transforma en delito. Ahora bien, la habitualidad en las faltas es necesario que las infracciones no hubieran sido juzgadas y condenadas. Esta última exigencia, constitucional conforme

3. Los EEUU, albergan la tasa más alta de reclusión del planeta, junto a la mayor tasa de pobres en el primer mundo (dos millones de presos y 35 millones de pobres).

al principio *ne bis in idem*, no aparece recogida en el texto legal aunque sí en la Exposición de Motivos de la reforma. Se dibuja en este ámbito un panorama auténticamente preconstitucional y próximo al Derecho penal de autor. Convertir faltas en delitos afecta al principio de culpabilidad del hecho, puesto que se hace responsable al sujeto por la conducción de vida, propia del Derecho penal de autor, así como al principio de proporcionalidad de las penas, dado que con esta técnica se puede llegar a imponer penas desmesuradas para la entidad de los hechos (Quintero 2004). Por ende, a mi entender, deberían desaparecer todas las faltas porque son incompatibles con el carácter fragmentario del Derecho penal, que le impide ocuparse de simples bagatelas.

La “tolerancia cero”, según Murray, en el ámbito de los jueces y tribunales significa que no tiene que preocuparse de las razones que empujan a cualquiera a cometer un delito ni por la vieja retórica de la resocialización de las penas (Sáez 2002), reservando al Ejecutivo la única vía de flexibilización de las reacciones punitivas a través del indulto (Martín Pallín 2003). La Justicia no está nada más que para castigar a los culpables, indemnizar a los inocentes y defender los intereses de los ciudadanos respetuosos con la ley. Desde esta perspectiva, en este Estado, retomando una tendencia muy desarrollada por autoritarismo español, la desconfianza ante los jueces, bajo pretexto de garantizar una mayor seguridad jurídica en la aplicación de las normas penales, es también palpable y se manifiesta, de modo muy explícito, en la automaticidad que se pretende imponer a sus decisiones acerca de las penas y sus formas de cumplimiento. Con este fin se reforma del art. 89.1 (LO 11/2003) que obliga al juez, hasta ahora el precepto utilizaba el discrecional “podrán”, a adoptar como “sustitutivo” la expulsión del extranjero cuando hayan sido condenados a penas inferiores a seis años (Maqueda 2004) y el art. 78.2 (LO 7/2003), donde también se obliga al juez en determinados casos a adoptar el régimen excepcional de cómputo de los beneficios penitenciarios. Igualmente manifiesta una desconfianza hacia los jueces de vigilancia penitenciaria el carácter suspensivo de los recursos que se interpongan al adoptar la libertad condicional o el tercer grado (D. Adicional quinta de la LOPJ, LO 7/2003). Las medidas indicadas se compaginan mal con el Estado de Derecho porque cuando se automatizan las reglas de individualización de la pena limitando el arbitrio judicial se corre el riesgo de instrumentalizar a la persona de forma contraria a su dignidad al hacer posible que las exigencias de la prevención general prevalezcan sobre las exigencias de la prevención especial (Zugaldía 2003). Pero, no se trata solamente de eso, al estimar que la burocracia judicial dificulta la rapidez y ejemplaridad en la aplicación de sanciones hay un incremento de espacios para la *justicia negociada*, que como es sabido es una de las innovaciones principales de las LO 8/2002 y LO 38/2002, es decir, de la legislación sobre juicios rápidos, cuestionables no sólo desde el punto de vista de los derechos básicos del imputado, sino que también tiene efectos corrosivos para el principio de resocialización del derecho material. En estas condiciones, las condenas a penas de prisión de los más desfavorecidos y más marginales, se incrementan (Muñoz 2003).

Para prevenir la pequeña y mediana criminalidad, los inconvenientes hasta ahora expuestos del principio “tolerancia cero” se superan (Muñoz 2003): en primer lugar, estableciendo unas condiciones económicas que estén al servicio del desarrollo huma-

no con el fin de atajar los problemas sociales que provocan la marginación, las bolsas de pobreza, la inadaptación familiar, la bolsa de inmigración irregular, la falta de perspectivas de futuro para jóvenes sin formación, la lucha contra el paro o desajustes del mercado laboral; en segundo lugar, deben desarrollarse políticas preventivas y sociales que fomenten la reinserción o la eliminación de las causas que producen el aumento de la criminalidad.

4. La infracción del principio de igualdad a través del protagonismo de las víctimas en el sistema penal

Hasta hace tiempo, explicaba en el aula que el sujeto pasivo del delito eran las víctimas y poco más. Sin embargo, las víctimas han comenzado a ser rentables. Se inicia todo un movimiento de identificación social con las víctimas. Resurgen no como “parte pasiva en el delito concreto”, sino como un “agente activo” dentro del sistema penal. Hay quien habla del DP como la “*Magna Charta* de la Víctima”, como una muestra de solidaridad con ellas (Silva 2001). Hasta aquí, nada sería preocupante sino analizamos el sustrato ideológico que sustenta esta transformación.

Inicialmente, las leyes de indemnización y apoyo a las víctimas surgen sólo para determinadas víctimas; las víctimas de concretos delitos (terrorismo, violencia doméstica, también demandamos ahora... la víctima de crímenes internacionales, la víctima del tráfico ilícito de personas). Puede que surjan más grupos de víctimas necesitadas de apoyo y reparación. Pero, lo que parece un hecho irrefutable es que existe una clasificación de grupos de víctimas en visibles e invisibles, que obedece a los sentimientos de solidaridad que la sociedad tiene sólo respecto a determinadas víctima. Los crímenes clásicos, ya no interesan.

Recientemente se ha prestado atención, supuestamente en general, al protagonismo pasivo y activo que adquieren las víctimas en el delito a través de la reforma practicada en el CP, que es reflejo en nuestro sistema de la justicia restaurativa. Las víctimas adquieren un mayor protagonismo activo en los arts. 36 CP (período de seguridad), 78.3 CP (cumplimiento efectivo de penas de prisión de determinada duración) y 91.1 y 2 CP (libertad condicional) en los que se condiciona la aplicación del régimen general de dichas instituciones a que el Juez de vigilancia penitenciaria oiga al Ministerio Fiscal, a Instituciones penitenciarias y a las demás partes, esto es, las acusaciones particular y popular. Lo que hace el legislador en la reforma practicada es dar un protagonismo activo a las víctimas, en el Derecho Penitenciario. Con este paso, como advierte “lo único que se consigue es que la víctima sea víctima siempre perpetuando sus necesidades de venganza, la víctima no puede por menos que demandar más pena” (Acale 2004, p. 1202). El legislador no ha tenido que otorgar un papel a la víctima más allá de la condena, entre otras razones porque las partes carecen de datos sobre la evolución del tratamiento reeducador.

Pero, por su parte, las víctimas del terrorismo, demandan la práctica reintroducción de la pena de cadena perpetua en nuestro sistema-penitenciario. Actualmente, se per-

mite imponer penas brutales (40 años en casos de delincuencia muy grave) y se contempla, la posibilidad del cumplimiento íntegro de las penas cuando se trata de delitos de terrorismo, o cometido en el seno de las organizaciones criminales (art. 78.3 CP). Esta duración excesiva de las penas choca frontalmente con el fundamento constitucional de la ejecución de la pena que es la resocialización, debido a que, evidentemente, las penas privativas de libertad de larga duración producen efectos desocializadores irreparables, excluyendo cualquier posibilidad de reinserción. Por ende, resulta lesiva del principio de humanidad de las penas.

La LO 7/2003 requiere para la concesión de la libertad condicional la satisfacción de la responsabilidad civil derivada del delito. Pero, además en los delitos de terrorismo o cometidos en el seno de una organización, los requisitos necesarios se multiplican para el acceso a la libertad condicional, al exigírseles a estos delincuentes el arrepentimiento para demostrar el requisito del buen comportamiento y el pronóstico individualizado de reinserción social, ya que éste debe acreditarse a través de “una declaración expresa de repudio de sus actividades delictivas y de abandono de la violencia y una petición expresa de perdón a las víctimas de su delito” (art. 90-1 c) CP y art. 72.6 LGP). El primer interrogante que surge es ¿por qué hay que pedir perdón a esas víctimas y no a otras? O lo que es más importante ¿perdón para qué? ¿restaura eso a las víctimas después de que hayan transcurrido años?. Y si es así, la reinserción de cualquier condenado, porque todas las víctimas deberían ser restauradas con el perdón, no puede depender del arrepentimiento, porque se estaría desarrollando una tendencia hacia la “etización” del Derecho penal. Hay que tener en cuenta que, las instituciones como el régimen abierto y la libertad condicional que son la base de la resocialización, deben ser el contrapeso del carácter estigmatizante de la pena. La imposibilidad de conseguir estos beneficios, convierte el cumplimiento de la pena en un régimen de custodia estricto, limitando y, en el caso de las penas de larga duración anulando, la finalidad resocializadora.

Ante situaciones extremas de conflicto social, con la ciudadanía crispada por inaceptables agresiones a los más básicos fundamentos de la convivencia, hay un actor social, el poder público que no debe perder los nervios. Deben mantener en todo momento la serenidad que no tiene que ver con actitudes políticas ingenuas. El objetivo de su actuación debe ser en tales casos la efectiva resolución del problema, sin que sea legítimo aprovechar la indignación colectiva para adoptar decisiones encaminadas a calmar la cólera social, con desconsideración de los efectos beneficiosos o perjudiciales que las medidas acordadas vayan a suscitar en el problema social a resolver. Por el contrario, las reformas legislativas y las propuestas de algunos políticos pretenden, más que apoyar socialmente a todas las víctimas, estigmatizar socialmente de un modo a poder ser definitivo a los autores de determinados delitos que se consideran especialmente especialmente reprobables. Hasta se ha perpetuado la no-reinserción con el cumplimiento íntegro de las penas. Al menos, aunque el grupo de delitos especialmente reprochables aumenta cada vez más, todavía no se ha generalizado porque esta entronización de la prevención general y el auge de la inocuidad, además de contrastar con el art. 25.2 CE, socava la concepción humanista y garantista del Derecho penal.

A estos resultados hemos llegado con la contribución de los movimientos actuales en defensa de la víctima, promovido por teóricos, políticos, medios de comunicación, etc. Con ellos, “no sólo se quiere dar la vuelta al paradigma del Derecho penal como Carta Magna del delincuente, sino revolver los instintos de venganza de la sociedad y sacar partido” (Demetrio Crespo 2004, p.1052-1053) porque no olvidemos que se trata de manejar la autocompresión que tenga la sociedad de la inseguridad (Silva 2001). El funcionalismo muestra otra de sus grandes conquistas en la gestión de las cuestiones de seguridad: la instrumentalización del dolor de las víctimas.

Pues bien, en cierta medida los inconvenientes expresados se superan cuando la mejor protección para todas víctimas no se identifica con programas de venganza sino con verdaderas políticas sociales⁴, si es posible nada más que se comete el delito, sin espera ni siquiera a la condena, y cuanto más especializada y adaptada a las necesidades individuales de cada una de ellas mejor. Conviene desarrollar una ley integral de protección para cualquier tipo de víctima. Pero, las víctimas no pueden mantenerse con un papel activo a partir de la condena en un conflicto jurídico-penal, en menor medida si además existe un conflicto político como en el caso del terrorismo. A partir de ese momento, ese conflicto social, sólo le corresponde a las relaciones del Estado-delincuente, porque éste donde se reinserta es en la sociedad en su conjunto.

Bibliografía citada

- ACALE SÁNCHEZ, F. (2004): “Del Código Penal de la Democracia al Código penal de la Seguridad”, en PÉREZ ÁLVAREZ, F. (ed.): *SERTA. In memoriam Alexandri Baratta*, Salamanca: Universidad de Salamanca, p. 1197-1226.
- ALBRECHT, P. A. (2002): “El Derecho penal en la intervención de la política populista”, en *La insostenible situación del Derecho penal. Estudios de Derecho penal*, Granada: Comares, p. 471-487.
- ATIENZA RODRÍGUEZ, M. (1985): *Introducción al Derecho*, Barcelona: Barcanova.
- BARATTA, A. (2001): “Diritto alla sicurezza e sicurezza dei diritti?”, *Democrazia e Diritto* 9/2001.
- BOIX PALOP, A. (2001): “La McDonalización del Ordenamiento jurídico”, *Revista Jurídica de la Comunidad valenciana* 0.
- CANCIO MELIA, M. (2002): ““Derecho penal” del enemigo y delitos de terrorismo. Algunas consideraciones sobre la regulación de las infracciones en materia de terrorismo en el Código penal español después de la LO 7/2000”, *Jueces para la democracia* 40, p. 19-26.
- DEMETRIO CRESPO, E. (2004): “Del derecho penal liberal al derecho penal del enemigo”, en PÉREZ ÁLVAREZ, F. (ed.): *SERTA. In memoriam Alexandri Baratta*, Salamanca: Universidad de Salamanca, p. 1027-1054.

4. Vid., más ampliamente la propuesta al respecto en PÉREZ CEPEDA, A. I., “Del Derecho penal de la víctima al programa social del Derecho penal en el Estado de Bienestar”, en el *Libro Homenaje a Núñez Barbero*, (en prensa).

- DÍAZ PITA, M^a M. y P. FARALDO CABANA (2002): “La utilización simbólica del derecho penal en las reformas de código penal de 1995”, *Revista de Derecho y proceso Penal* 7, p. 119-152.
- DÍEZ RIPOLLÉS, J. L. (2002): “El aumento de la criminalidad y la izquierda”, *El país* de 9 de mayo.
- , (2004): “El nuevo modelo penal de la seguridad ciudadana”, *Jueces para la democracia* 49, p. 25-42.
- GARCÍA MÉNDEZ, E. (1987): *Autoritarismo y control social*, Buenos Aires: Hammurabi.
- GARLAND, D. (2001): *The Culture of Control. Crime and Social Order in Contemporary Society*, Oxford: Oxford University Press.
- GRACIA MARTÍN, L. (2004): “Sobre la negación de la condición de persona como paradigma del “derecho penal del enemigo”, *Revista General de Penal* 2. Disponible en IUSTEL: <http://www.iustel.com>.
- HASSEMER, W. (1999): *Persona, mundo y responsabilidad*, trad. de F. Muñoz Conde y M^a M. Díaz Pita. Valencia: Tirant lo Blanch.
- JAKOBS, G. y M. CANCIO MELIÁ (2003): *Derecho penal del enemigo*, Madrid: Civitas.
- LANDROVE DÍAZ, G. (2003): “El Derecho penal «de la seguridad»”, *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía* 4, p. 1923-1932.
- LAURENZO COPELLO, P. (2003): “Los nuevos delitos de violencia doméstica: otra reforma precipitada”, *Boletín de Información y análisis jurídico* 14, p. 4-14.
- LLEDÓ, P. (1999): “La seguridad ciudadana como política de bienestar social”, en *Políticas sociales y Estado de bienestar en España. Informe 1999*, Madrid: Trotta, p. 689-710.
- MARTÍN PALLÍN, J. A. (2003): “Democracia sin complejos”, *El País* 18 de Enero.
- MAQUEDA ABREU, M^a L. (2004): “Políticas de seguridad y Estado de Derecho”, en PÉREZ ÁLVAREZ, F. (ed.): *SERTA. In memoriam Alexandri Baratta*, Salamanca: Universidad de Salamanca, p. 1287-1298.
- MUÑOZ CONDE, F. J. (2003): “El nuevo Derecho penal autoritario”, en GURDIEL SIERRA, M. y otros (coord.): *Estudios penales en Recuerdo del profesor Ruiz Antón*, Valencia: Tirant lo Blanch, p. 803-824.
- NIETO MARTÍN (2004): “Las reformas penales del partido popular durante la VII legislatura”, *Revista penal* 14.
- PÉREZ CEPEDA, A. I. (1995): “Cuestiones sobre la reinserción en materia de terrorismo” en FABIÁN CAPARRÓS, E. A. y M^a R. DIEGO DÍAZ SANTOS (coord.): *Reflexiones sobre las consecuencias jurídicas del delito*, Madrid: Tecnos, p. 227-249.
- , (2004): *Globalización, tráfico ilícito de personas y Derecho penal*, Granda: Comares.
- PÉREZ DEL VALLE (2001): “Sobre los orígenes del Derecho Penal de enemigo: algunas reflexiones en torno a Hobbes y Rouseau”, *Cuadernos de Política Criminal* 75, p. 597-614.
- PORTILLA CONTRERAS, G. (2004): “Fundamentos teóricos del Derecho Penal y Procesal-Penal del enemigo”, *Jueces para la democracia* 49, p. 43-50.
- , (2004): “La configuración del «Homo sacer» como expresión de los nuevos modelos del Derecho penal imperial”, en PÉREZ ÁLVAREZ, F. (ed.): *SERTA. In memoriam Alexandri Baratta*, Salamanca: Universidad de Salamanca, p. 1401-1424.

- QUINTERO OLIVARES, G. (2003): “La deriva y la crisis de las ideas penales en España”, en GURDIEL SIERRA, M. y otros (coord.): *Estudios penales en Recuerdo del profesor Ruiz Antón*, Valencia: Tirant lo Blanch, p. 929-958.
- , (2004): *Adonde va el Derecho Penal. Reflexiones sobre leyes penales y los penalistas españoles*, Madrid: Cuadernos Cívitas.
- RAMOS VÁZQUEZ, J. A. (2004): “Símbolos y enemigos: algunas reflexiones acerca de la nueva lucha antiterrorista”, en PÉREZ ÁLVAREZ, F. (ed.): *SERTA. In memoriam Alexandri Baratta*, Salamanca: Universidad de Salamanca, p. 1425-1446.
- SÁEZ VARCÁRCCEL, R. (2002): “La inseguridad, lema de la campaña electoral”, *Jueces para la Democracia* 45, p. 3-8.
- SERRANO-PIEDECASAS FERNÁNDEZ, J. R. (2004): “Consecuencias de la crisis del Estado social”, en PÉREZ ÁLVAREZ, F. (ed.): *SERTA. In memoriam Alexandri Baratta*, Salamanca: Universidad de Salamanca, p. 921-940.
- SILVA SÁNCHEZ, J. M. (2001): *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, Madrid: Civitas.
- VALENZUELA (2002): *Boletín del Instituto Andaluz Interuniversitario de Criminología* 60.
- ZAFFARONI, R. (2004): “El Derecho penal liberal y sus enemigos”, en *Ceremonial del acto extraordinario de solemne investidura como Doctor “Honoris Causa” del Excmo. Sr. D. Raúl Zaffaroni : Parainfo de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de Toledo (Edificio San Pedro Mártir), 29 de enero de 2004.*
- ZUGALDÍA ESPINAR, J. M. (2003): “Seguridad ciudadana y Estado social de Derecho (A propósito del “Código Penal de la Seguridad” y el pensamiento funcionalista)”, en GURDIEL SIERRA, M. y otros (coord.): *Estudios penales en Recuerdo del profesor Ruiz Antón*, Valencia: Tirant lo Blanch, p. 1121-1133.

LA RESPUESTA JURÍDICA FRENTE A LA VIOLENCIA FAMILIAR DE GÉNERO. ANÁLISIS DE LA LEY ORGÁNICA 1/2004, DE MEDIDAS DE PROTECCIÓN INTEGRAL CONTRA LA VIOLENCIA DE GÉNERO

MANUEL CALVO GARCÍA
Universidad de Zaragoza

I

Las investigaciones realizadas durante los últimos años por el Laboratorio de Sociología jurídica de la Universidad de Zaragoza sobre *El tratamiento de la violencia familiar de género en la Administración de Justicia* proporcionan un buen punto de partida para evaluar la oportunidad de las reformas legislativas que se han sucedido recientemente en este ámbito jurídico, al haber permitido constatar los problemas más importantes relacionados con el funcionamiento de la Administración de Justicia y la eficacia de la respuesta jurídica frente a la violencia familiar de género durante el periodo 1999-2002¹. La

1. Los trabajos del Laboratorio de Sociología Jurídica de la Universidad de Zaragoza sobre el maltrato familiar comenzaron con la asistencia técnica sobre «El tratamiento de la violencia doméstica en la Administración de Justicia» realizada para el *Consejo General del Poder Judicial* en 2001 y 2002. En esa primera investigación sobre «El tratamiento de la violencia familiar de género en la Administración de Justicia» se analizaron más de 5000 casos de malos tratos procedentes de diversas instancias judiciales (190 Juzgados de instrucción, 107 Juzgados de lo Penal e Instancias superiores) recogidos en 26 provincias. Vid. Calvo García (2003). Paralelamente se realizó una investigación para el Gobierno Vasco y el CGPJ, sobre *El tratamiento de la inmigración en la Administración de Justicia en Bizkaia*. Con posterioridad, se realizó una investigación sobre *El tratamiento de la violencia doméstica en el ámbito de la Administración de Justicia. Años 2000-2002*, para el Observatorio contra la Violencia Doméstica y de Género. En este estudio se han recogido datos en órganos unipersonales y colegiados de 12 provincias correspondientes a 8 CC.AA, habiéndose creado una base de datos con más de 14.000 documentos –sentencias, autos relevantes (incluidos todos los que resuelven sobre medidas cautelares), y sentencias resolutorias de recurso– que permitirá integrar el análisis cuantitativo y cualitativo de los casos sobre violencia intrafamiliar de género analizados para un mejor seguimiento de los mismos. En el ámbito de la Comunidad Autónoma Aragonesa, se realizó en 2002 una investigación sobre *El papel de las instituciones y el derecho en la erradicación de la violencia intrafamiliar* realizada para el Instituto Aragonés de la Mujer., de la que se da cuenta en Calvo García (2005), y recientemente, se ha concluido una investigación sobre *La implementación de la Orden de Protección y los Juicios Rápidos en materia de Violencia Familiar de Género en la Comunidad Autónoma Aragonesa*, también para el IAM. Todas las investigaciones mencionadas han sido dirigidas por el firmante de este trabajo.

información recogida sienta las bases para la realización de un análisis a fondo en torno a la eficacia de la reforma del Código penal y la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1999 y representa una fuente de documentación privilegiada para la evaluación de la oportunidad de las reformas producidas durante los años comprendidos entre el 2002 y el 2004.

Estas investigaciones mostraron que *El tratamiento de la violencia familiar de género en la Administración de Justicia* tomaba carta de naturaleza, sobre todo, en los Juzgados de Instrucción. Por regla general, las denuncias sobre violencia doméstica eran consideradas como faltas en los periodos de referencia. Esta es una constatación fáctica, pero no deja de suscitar algunas cuestiones importantes. De entrada, aunque los datos obtenidos no permiten una respuesta concluyente, se atisba que quizá muchos de los procedimientos que se estaban enjuiciando como faltas podrían haber sido considerados como delitos.

Lo anterior, además, se vería agravado por la falta de funcionalidad de los juicios de falta evidenciada por el hecho de que el fallo absolutorio era la regla en este tipo de procedimientos. Se daba lugar así a una situación que, de un lado, alentaba la impresión social generalizada sobre la ausencia de sanción en los casos de violencia familiar de género; y, de otro lado, evidenciaba la ineficiencia de una Administración escasa de recursos que dedicaba un volumen de trabajo considerable a absolver. Todo ello, abocaba a la necesidad de afrontar una revisión a fondo de este tipo de procedimientos en lo que atañe a la violencia familiar de género. Pero antes de llegar a conclusiones definitivas quizá sea bueno evaluar y contrastar los datos existentes.

TABLA 1. Sentencias absolutorias y condenatorias en juzgados de instrucción de lo penal en 1999, según tipo de violencia y órgano

		Ascendientes y otros	Menores descendientes	Violencia en la pareja	Totales
Juzgados de Instrucción	Absolutoria	496	90	2.369	2.955
		77,0%	69,2%	72,3%	73,0%
	Condenatoria	146	40	907	1.093
		22,7%	30,8%	27,7%	27,0%
	Otros	2			2
	0,3%			0,0%	
Total		644	130	3.276	4.050
		15,9%	3,2%	80,9%	100%
Juzgados de lo Penal	Absolutoria	13	19	46	78
		12,7%	30,6%	13,0%	15,1%
	Condenatoria	88	43	307	438
		86,3%	69,4%	86,7%	84,6%
	Otros	1		1	2
	1,0%		0,3%	0,4%	
Total		102	62	354	518
		19,7%	12,0%	68,3%	100%

		Ascendientes y otros	Menores descendientes	Violencia en la pareja	Totales
Audiencias Provinciales	Absolutoria	16	10	5	31
		17,2%	20,0%	12,5%	16,9%
	Condenatoria	77	40	35	152
		82,8%	80,0%	87,5%	83,1%
Total	93	50	40	183	

FUENTE: Investigación sobre *El tratamiento de la violencia doméstica en el ámbito de la Administración de justicia*. Año 1999, realizada por el LSJ para el CGPJ.

En el estudio correspondiente a 1999 se analizó el fallo de 4568 sentencias, de los cuales 3033 (el 66,5%) habían sido absolutorios y 1531 (el 33,5%) condenatorios. Si enfocamos el análisis del fallo en las decisiones de los Juzgados de Instrucción, los datos obtenidos muestran que la absolución es la norma en el caso de las faltas: un 73% de absoluciones, frente a un 27% de sentencias condenatorias. Muy por debajo de la media en instrucción, que estaría en torno al 50%. A ello habría que añadir los autos de archivo. Es obvio que aquí radica la causa de la impresión generalizada sobre la ausencia de condenas en los casos de violencia doméstica.

Ahora bien, frente a estos datos, encontramos que en los Juzgados de lo Penal las absoluciones apenas alcanzan al 15,1% de los casos. Un 84,6% de sentencias condenatorias no sólo supone la inversión radical de la tendencia hacia la absolución, sino que estamos ante un porcentaje igual al promedio de sentencias condenatorias en los Juzgados de lo Penal (TABLA 1). El análisis del fallo en las sentencias de primera instancia de las Audiencias provinciales muestra una proporción entre absoluciones y condenas similar a la observada en los Juzgados de lo penal. Sobre un total de 183 decisiones analizadas, el 16,9% concluyó en absoluciones y el 83,1% en condenas.

TABLA 2. *Fallo según tipo de órgano (totales 2000-2002)*

	Absolutorio	Condenatorio	Total
Audiencia Provincial	118	358	476
	24,7%	75,1%	4,0%
Juzgado de lo Penal	384	2.037	2.421
	15,9%	84,1%	20,3%
Juzgado de Instrucción	3.422	1.371	4.793
	71,4%	28,6%	40,2%
Juzgado de Primera Instancia e Instrucción	3.165	1.066	4.232
	74,8%	25,2%	35,4%
TOTAL	7.089	4.832	11.921
	59,5%	40,5%	100%

FUENTE: Investigación sobre *El tratamiento de la violencia doméstica en el ámbito de la Administración de justicia*. Años 2000-2002, realizada por el LSJ para el Observatorio contra la Violencia Doméstica y de Género.

Tras la entrada en vigor de la reforma de 1999, nos seguimos moviendo en torno a cifras muy similares y sigue existiendo un gran contraste entre la proporción de fallos absolutorios y fallos condenatorios en supuestos enjuiciados como delitos y como faltas en el periodo 2000-2002. Los datos obtenidos en relación con este periodo dejan en evidencia que las absoluciones continuaban siendo la norma en el caso de las faltas. Estamos ante un 71% de absoluciones, frente a un 29% de sentencias condenatorias en los Juzgados de Instrucción y ante un 75% de absoluciones, frente a un 25% de sentencias condenatorias en los Juzgados de Primera Instancia e Instrucción. Frente a los datos anteriores encontramos que en los Juzgados de lo Penal las absoluciones apenas alcanzan al 16% de los casos. Un 86% de sentencias condenatorias no sólo supone la inversión radical de la tendencia hacia la absolución, sino que nos encontramos con porcentajes de condenas por encima de la media en los Juzgados de lo Penal. Igualmente el porcentaje de condenas y absoluciones se invierte en las Audiencias Provinciales, aunque no de una forma tan radical: un 75% de absoluciones, frente a un 25% de sentencias condenatorias.

TABLA 3. Fallo según órgano y tipo de violencia (total 2000-2002)

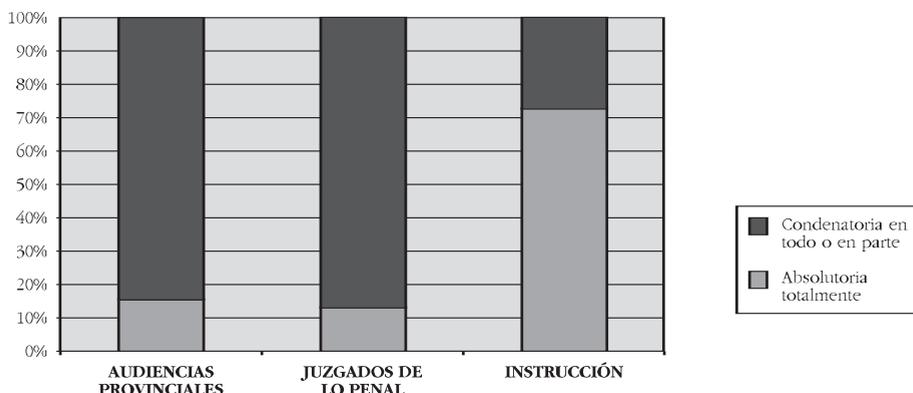
		Audiencias Provinciales		Juzgados de lo Penal		Instrucción		Totales	
		N	%	N	%	N	%	N	%
Pareja	Absolutoria totalmente	42	15,6%	202	13,1%	5.364	72,3%	5.608	60,7%
	Condenatoria en todo o en parte	227	84,4%	1.342	86,9%	2.057	27,7%	3.626	39,3%
	Otros ^a	0	0,0%	1	0,1%	0	0,0%	1	0,0%
	Totales	269	2,9%	1.545	16,7%	7.421	80,4%	9.235	100%
Menores	Absolutoria totalmente	40	33,3%	111	26,6%	270	73,8%	421	46,6%
	Condenatoria en todo o en parte	80	66,7%	307	73,4%	96	26,2%	483	53,4%
	Otros ^a	0	0,0%	0	0,0%	0	0,0%	0	0,0%
	Totales	120	13,3%	418	46,2%	366	40,5%	904	100%
Ascendientes	Absolutoria totalmente	36	40,9%	70	15,3%	953	77,0%	1.059	59,3%
	Condenatoria en todo o en parte	51	58,0%	389	84,7%	284	22,9%	724	40,6%
	Otros ^a	1	1,1%	0	0,0%	1	0,1%	2	0,1%
	Totales	88	4,9%	459	25,7%	1.238	69,4%	1.785	100%
TOTALES		477	4,0%	2.422	20,3%	9.025	75,7%	11.924	100%

^a Agrupa las inbibiciones al juzgado de menores o las suspensiones del juicio oral que al final no acaban en sentencia del año estudiado.

FUENTE: Investigación sobre *El tratamiento de la violencia doméstica en el ámbito de la Administración de justicia*. Años 2000-2002, realizada por el LSJ para el Observatorio contra la Violencia Doméstica y de Género.

La TABLA 3 permite comprobar las variaciones existentes entre los distintos de violencia que siguen sin ser significativas y el GRÁFICO 1 muestra el contraste del sentido del fallo según los diferentes tipos órgano en términos relativos, salvando por tanto las diferencias cuantitativas sobre el número de absoluciones, dado que como sabemos la mayoría de los casos se sustancian como faltas ante los Juzgados de Instrucción.

GRÁFICO 1. Fallo según órgano en supuestos de violencia en la pareja
(total 2000-2002, en %)

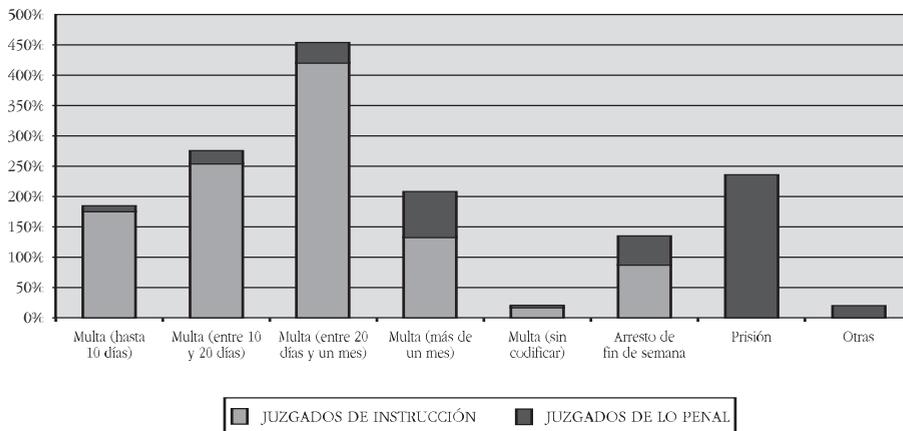


FUENTE: Investigación sobre *El tratamiento de la violencia doméstica en el ámbito de la Administración de justicia*. Años 2000-2002, realizada por el LSJ para el Observatorio contra la Violencia Doméstica y de Género.

Ni que decir tiene que el contraste señalado entre los porcentajes de absoluciones y condenas en Juzgados de Instrucción y Juzgados de lo penal merece una reflexión cuidadosa y de más largo alcance de la que se puede hacer aquí. En cualquier caso, es destacable y llama la atención el alto índice de absoluciones en el caso de las faltas. E igualmente es de resaltar el alto grado de condenas en los delitos. El contraste es radical, lo cual hacía pensar que las absoluciones quizá dependen más de la propia estructura y las dinámicas judiciales que de las actitudes de los agentes jurídicos. Lo cual nos llevaba a la concluir sobre «la necesidad de revisar muchas de las prácticas y rutinas que caracterizan los primeros pasos a dar en la comisaría o en el Juzgado de guardia desde el momento en que una persona se presenta con la intención de denunciar y sobre cómo se registra esa denuncia. Así como el papel de los forenses, los fiscales, el asesoramiento jurídico de la víctima, etc. Y quizá el propio modelo legal desde el que se hace frente a la violencia doméstica en la Administración de Justicia».

La cuestión de la eficacia del sistema penal también suele emerger con relación al tema de las sanciones que se imponen a los agresores, la impresión general reinante era que la sanción impuesta a los condenados en supuestos de violencia familiar de género era por regla general una pena de multa. De lo cual derivaba la impresión generalizada sobre la impunidad de los agresores.

GRÁFICO 2. *Penas impuestas en casos de violencia doméstica en juzgados de instrucción y juzgados de lo penal durante 1999*



FUENTE: Investigación sobre *El tratamiento de la violencia doméstica en el ámbito de la Administración de justicia. Años 1999*, realizada por el LSJ para el CGPJ.

Por lo que respecta a las sanciones en 1999, la pena impuesta en casos de violencia familiar era, por regla general una pena de multa –de escasa repercusión, por lo demás. Lo cual era consecuencia obviamente de que la mayoría de los asuntos se viesan ante los Juzgados de Instrucción, Sin embargo, al desagregar los datos en función de los procedimientos, se puede comprobar que en los Juzgados de lo penal la pena impuesta era privativa de libertad –y en la mayoría de los casos es una pena de prisión (GRÁFICO 2). Las penas impuestas en las Audiencias provinciales, por último, estaban en consonancia con la gravedad de los delitos juzgados en primera instancia en las Audiencias Provinciales. La pena de prisión es la que se impone con mayor frecuencia (en un 94% de los casos); apareciendo las de arresto de fin de semana (4%) y multa (1%) como puramente residuales.

En relación con este tema, las cosas no cambian mucho tras la reforma de 1999. El hecho que la mayoría de los casos resueltos tras la entrada en vigor de la reforma siguiesen siendo enjuiciados como juicios de falta determina que la inmensa mayoría de las penas sigan consistiendo en multas –salvo las penas de arresto de fin de semana y ello con los problemas de ejecución que esta pena venía plateando. Solo en los supuestos decididos ante los Juzgados de lo penal y Audiencias provinciales, que representan un porcentaje reducido de los casos vistos ante la Administración de Justicia, las penas son privativas de libertad. La TABLA 4 muestra los datos recogidos analizados según el tipo de violencia y tipo de órgano que decide.

TABLA 4. *Penas más graves impuestas según órgano y tipo de violencia (totales 2000-2002)*

		Audiencias Provinciales		Juzgados de lo Penal		Instrucción		Totales	
		N	%	N	%	N	%	N	%
Pareja	Prisión	202	89,0%	825	61,5%	0	0,0%	1.027	28,3%
	Arresto de fin de semana	6	2,6%	126	9,4%	150	7,3%	282	7,8%
	Multa (hasta 10 días)	0	0,0%	15	6,6%	327	15,9%	342	82,8%
	Multa (entre 11 y 20 días)	2	2,6%	58	31,0%	638	31,0%	698	265,4%
	Multa (entre 21 días y un mes)	9	11,8%	89	47,6%	764	37,1%	862	327,8%
	Multa (más de un mes)	8	3,5%	227	16,9%	178	8,7%	413	11,4%
	Otras	0	0,0%	1	0,1%	0	0,0%	1	0,0%
	Totales	227	6,3%	1.341	37,0%	2.057	56,7%	3.625	100%
Menores	Prisión	76	95,0%	187	60,9%	0	0,0%	263	54,5%
	Arresto de fin de semana	3	3,8%	75	24,4%	15	15,6%	93	19,3%
	Multa (hasta 10 días)	0	0,0%	3	1,0%	12	12,5%	15	3,1%
	Multa (entre 11 y 20 días)	0	0,0%	5	1,6%	10	10,4%	15	3,1%
	Multa (entre 21 días y un mes)	0	0,0%	7	2,3%	46	47,9%	53	11,0%
	Multa (más de un mes)	1	1,3%	29	9,4%	13	13,5%	43	8,9%
	Otras	0	0,0%	1	0,3%	0	0,0%	1	0,2%
	Totales	80	16,6%	307	63,6%	96	19,9%	483	100%
Ascendientes u otros	Prisión	45	88,2%	227	58,4%	0	0,0%	272	27,6%
	Arresto de fin de semana	1	2,0%	56	14,4%	44	15,5%	101	16,2%
	Multa (hasta 10 días)	0	0,0%	6	1,5%	48	16,9%	54	8,7%
	Multa (entre 11 y 20 días)	1	2,0%	6	1,5%	54	19,0%	61	9,8%
	Multa (entre 21 días y un mes)	0	0,0%	23	5,9%	121	42,6%	144	23,1%
	Multa (más de un mes)	4	7,8%	71	18,3%	17	6,0%	92	14,7%
	Otras	0	0,0%	0	0,0%	0	0,0%	0	0,0%
	Totales	51	8,2%	389	62,3%	284	45,5%	724	100%
TOTALES	358	7,6%	2.037	43,0%	2.437	51,5%	4.832	100%	

FUENTE: Investigación sobre *El tratamiento de la violencia doméstica en el ámbito de la Administración de justicia*. Años 2000-2002, realizada por el LSJ para el Observatorio contra la Violencia Doméstica y de Género.

La novedad importante introducida a raíz de la reforma de 1999 es la posibilidad de imponer como accesoria una pena de alejamiento de las recogidas en el artículo 57 del Código penal tras la mencionada reforma. En relación con este punto es importante destacar que los órganos judiciales han acudido a este recurso sancionador y de protección de la víctima en un 25% de los supuestos en los que ha recaído sentencia condenatoria.

La TABLA 5 muestra por su parte los datos sobre las medidas impuestas –en sentencias condenatorias, obviamente– desagregados por tipo de violencia y órgano, permitiendo constatar como la de aproximación a la víctima es la que se ha impuesto con mayor profusión.

TABLA 5. *Medidas de alejamiento impuestas como penas accesorias en sentencias condenatorias según órgano y tipo de violencia*

		Audiencias Provinciales		Juzgados de lo Penal		Instrucción		Totales	
		N	%	N	%	N	%	N	%
Pareja	Aproximación a la víctima	48	47,1%	318	51,3%	161	54,8%	527	51,9%
	Comunicar con la víctima	29	28,4%	152	24,5%	75	25,5%	256	25,2%
	Volver lugar delito o residencia víctima	25	24,5%	150	24,2%	58	19,7%	233	22,9%
	Totales	102	10,0%	620	61,0%	294	28,9%	1.016	100%
Menores	Aproximación a la víctima	17	42,5%	41	47,7%	7	63,6%	65	47,4%
	Comunicar con la víctima	11	27,5%	24	27,9%	3	27,3%	38	27,7%
	Volver lugar delito o residencia víctima	12	30,0%	21	24,4%	1	9,1%	34	24,8%
	Totales	40	29,2%	86	62,8%	11	8,0%	137	100%
Ascendientes u otros	Aproximación a la víctima	3	37,5%	82	47,7%	11	52,4%	96	47,8%
	Comunicar con la víctima	2	25,0%	37	21,5%	3	14,3%	42	20,9%
	Volver lugar delito o residencia víctima	3	37,5%	53	30,8%	7	33,3%	63	31,3%
	Totales	8	4,0%	172	85,6%	21	10,4%	201	100%
TOTALES		150	11,1%	878	64,8%	326	24,1%	1.354	100%

FUENTE: Investigación sobre *El tratamiento de la violencia doméstica en el ámbito de la Administración de justicia*. Años 2000-2002, realizada por el LSJ para el Observatorio contra la Violencia Doméstica y de Género.

La reforma de 1999 no habría corregido las disfuncionalidades apuntadas: sensación generalizada de impunidad con la consiguiente ineficacia en orden a realizar fines de prevención general e inadecuación de la pena de multa –que sigue siendo la más impuesta en el periodo 200-2002– como la reacción penal más adecuada frente a los malos tratos intrafamiliares. El paliativo mínimo que suponen las medidas de alejamiento no es suficiente.

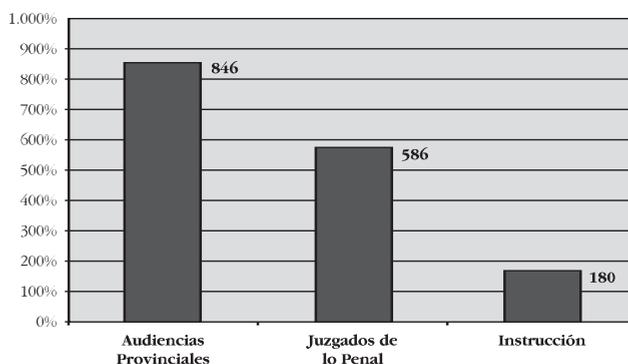
Otra de las disfuncionalidades más relevantes detectadas en la investigación atañía al tiempo transcurrido entre la denuncia y el fallo. En el periodo 200-2002, el fallo ha tardado 278 días por término medio en producirse, como muestra la TABLA 6. Para ser más exactos, desagregando estos datos en función del tipo de órgano, desde el momento en que se presenta la denuncia habría tardado 180 días en Instrucción; 586 días en los Juzgados de lo Penal; y 846 días en los casos vistos ante Audiencias Provinciales (GRÁFICO 3). La TABLA 6 muestra también la distribución evolutiva de los tiempos, sin que las variaciones detectadas sean especialmente significativas.

TABLA 6. *Número de días desde la fecha de la denuncia hasta la sentencia según año y tipo de órgano*

Año	Tipo Órgano	Promedio nº días
2000	PROMEDIO 2000	259
	Audiencias Provinciales	889
	Juzgados de lo Penal	569
	Instrucción	170
2001	PROMEDIO 2001	282
	Audiencias Provinciales	914
	Juzgados de lo Penal	583
	Instrucción	179
2002	PROMEDIO 2002	293
	Audiencias Provinciales	736
	Juzgados de lo Penal	605
	Instrucción	191
TOTAL (MEDIA)		278

FUENTE: Investigación sobre *El tratamiento de la violencia doméstica en el ámbito de la Administración de justicia*. Años 2000-2002, realizada por el LSJ para el Observatorio contra la Violencia Doméstica y de Género.

GRÁFICO 3. *Número de días desde la fecha de la denuncia hasta la sentencia según tipo de órgano (días promedio)*



FUENTE: Investigación sobre *El tratamiento de la violencia doméstica en el ámbito de la Administración de justicia*. Años 2000-2002, realizada por el LSJ para el Observatorio contra la Violencia Doméstica y de Género.

Amén de la necesidad de hacer frente a los riesgos de la víctima durante estos largos lapsos de tiempo, la adopción de medidas cautelares se mostraba como una cuestión fundamental y en este sentido la reforma de 1999 tenía como una de sus principales novedades la adopción de medidas cautelares, contempladas genéricamente como

medidas de alejamiento. Ahora bien, las medidas de «alejamiento» sólo se contemplaban genéricamente como penas privativas de derechos o penas accesorias (artículos 39, 48 y 57 del Código Penal); representando auténticas medidas cautelares sólo para el caso de los delitos. Con todo, la conveniencia de hacer uso de estas medidas fue subrayada tanto por la Fiscalía en su Informe de 1999 sobre los malos tratos intra-familiares; como por el Consejo General del Poder Judicial en su acuerdo del pleno de 21 de marzo de 2001, sobre la problemática jurídica derivada de la violencia doméstica; y, en general, por la doctrina jurídico-penal. De esta manera, las denominadas medidas de alejamiento parecían llamadas a complementar las opciones protectoras de la víctima incluso en los procedimientos de faltas.

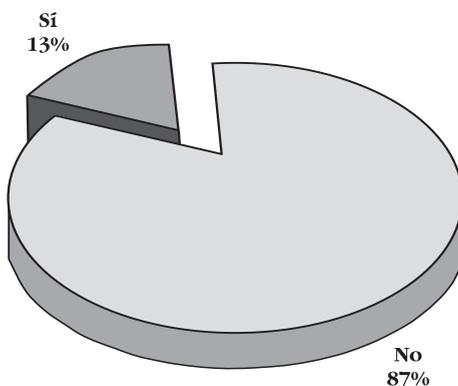
TABLA 7. *Casos en los que se solicitan medidas cautelares (art. 57) según órgano y tipo de violencia (totales 2000-2002)*

		Audiencias Provinciales		Juzgados de lo Penal		Instrucción		Totales	
		N	%	N	%	N	%	N	%
PAREJA	No	227	84,4%	1.106	71,6%	6.796	91,6%	8.129	88,0%
	Sí	42	15,6%	439	28,4%	625	8,4%	1.106	12,0%
	Totales	269	2,9%	1.545	16,7%	7.421	80,4%	9.235	100%
MENORES	No	103	85,8%	339	81,1%	323	88,3%	765	84,6%
	Sí	17	14,2%	79	18,9%	43	11,7%	139	15,4%
	Totales	120	13,3%	418	46,2%	366	40,5%	904	100%
ASCENDIENTES U OTROS	No	71	80,7%	294	64,1%	1.113	89,9%	1.478	82,8%
	Sí	17	19,3%	165	35,9%	125	10,1%	307	17,2%
	Totales	88	4,9%	459	25,7%	1.238	69,4%	1.785	100%
TOTALES		477	4,0%	2.422	20,3%	9.025	75,7%	11.924	100%

FUENTE: Investigación sobre *El tratamiento de la violencia doméstica en el ámbito de la Administración de justicia*. Años 2000-2002, realizada por el LSJ para el Observatorio contra la Violencia Doméstica y de Género.

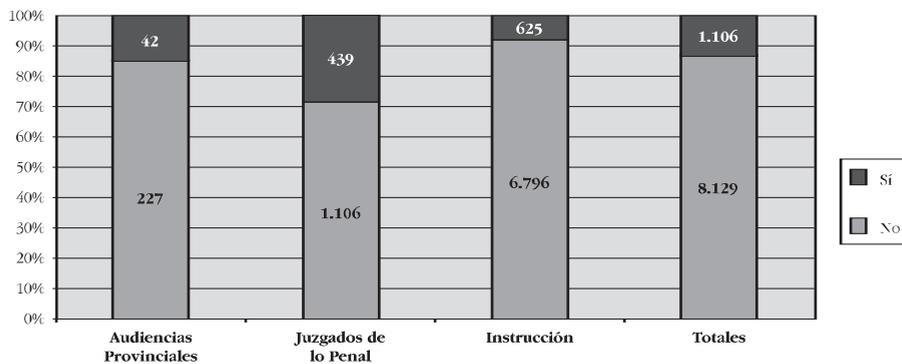
Según los datos obtenidos, las medidas de alejamiento se han solicitado como medidas cautelares en el 13% de los supuestos de violencia intrafamiliar (TABLA 7 y GRÁFICO 4). Porcentaje que refleja las solicitadas, sobre todo, en los supuestos vistos ante los Juzgados de lo Penal y las Audiencias Provinciales. Siendo sensiblemente inferior en los juicios de falta, aunque como ya se ha apuntado también podían aplicarse estos supuestos en virtud de una interpretación flexibilizadora. En los supuestos enjuiciados como juicio de faltas apenas si llegan a un 10%, mientras que en los supuestos vistos ante los Juzgados de lo penal se solicitan en un porcentaje por encima del 28% y cercano al 18% en las Audiencias Provinciales (GRÁFICO 5).

GRÁFICO 4. Casos en los que se solicitan medidas del art. 57 como cautelares (total 2000-2002, en %)



FUENTE: Investigación sobre *El tratamiento de la violencia doméstica en el ámbito de la Administración de justicia*. Años 2000-2002, realizada por el LSJ para el Observatorio contra la Violencia Doméstica y de Género.

GRÁFICO 5. Supuestos en los que se solicitan las medidas del art. 57 como cautelares según el tipo de órgano (totales 2000-2002, en %)



FUENTE: Investigación sobre *El tratamiento de la violencia doméstica en el ámbito de la Administración de justicia*. Años 2000-2002, realizada por el LSJ para el Observatorio contra la Violencia Doméstica y de Género.

TABLA 8. *Concesión de las medidas cautelares del art. 57 solicitadas, según órgano y tipo de violencia (totales 2000-2002)*

		Audiencias Provinciales		Juzgados de lo Penal		Instrucción		Totales	
		N	%	N	%	N	%	N	%
PAREJA	No	20	47,6%	161	36,7%	481	77,0%	662	59,9%
	Sí	22	52,4%	278	63,3%	144	23,0%	444	40,1%
	Totales	42	3,8%	439	39,7%	625	56,5%	1.106	100%
MENORES	No	9	52,9%	27	34,2%	37	86,0%	73	52,5%
	Sí	8	47,1%	52	65,8%	6	14,0%	66	47,5%
	Totales	17	12,2%	79	56,8%	43	30,9%	139	100%
ASCENDIENTES	No	11	64,7%	58	35,2%	101	80,8%	170	55,4%
	Sí	6	35,3%	107	64,8%	24	19,2%	137	44,6%
	Totales	17	5,5%	165	53,7%	125	40,7%	307	100%
TOTALES		76	4,9%	683	44,0%	793	51,1%	1.552	100%

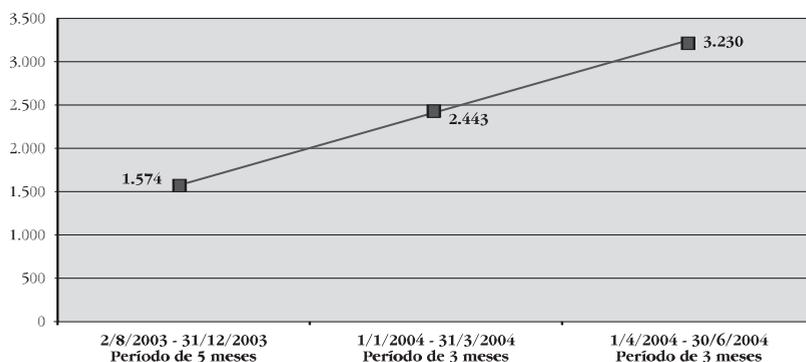
FUENTE: Investigación sobre *El tratamiento de la violencia doméstica en el ámbito de la Administración de justicia*. Años 2000-2002, realizada por el LSJ para el Observatorio contra la Violencia Doméstica y de Género.

Por lo demás, la concesión no alcanza ni tan siquiera al 50% de las medidas solicitadas. En la TABLA 8 se facilitan los datos sobre la concesión o no de las medidas cautelares solicitadas², siendo en los supuestos de violencia en la pareja los casos en los que menos se conceden: 40%, frente al 47% y 45% en los supuestos de violencia contra menores descendientes y ascendientes u otros –respectivamente.

Estamos ante porcentajes muy bajos tanto desde el punto de vista de las solicitudes como desde el punto de vista de las concesiones. Sólo la dificultad de aplicar estas medidas cautelares –a pesar de las interpretaciones flexibilizadas propuestas por la doctrina y algunas instituciones– puede explicar tan exiguos porcentajes. En sólo seis meses de aplicación las órdenes de protección introducidas por medio de la Ley 27/2003, de 31 de julio de 2003, habrían desbordado estas cifras tanto desde la perspectiva de las solicitudes como desde el punto de vista de las decisiones positivas³.

2. Se incluyen también los supuestos en los que las medidas se conceden de oficio.

3. Los datos referidos a la orden de protección dejan sin fundamento otras explicaciones posibles relacionadas con el tempo lento de la entrada en vigor de las reformas del Código penal y la Ley de Enjuiciamiento criminal. Ciertamente hay una tendencia al crecimiento a medida que transcurren los días desde la reforma de 1999; pero no es realmente significativa y determinante para una valoración positiva en términos funcionales de este instrumento de protección cautelar.

GRÁFICO 5. *Evolución media mensual de órdenes de protección solicitadas en España*

FUENTE: Elaboración propia a partir de datos del Observatorio contra la Violencia Doméstica y de Género.

Sin entrar por el momento a valorar las causas de este aumento si es importante destacar que se están solicitando más de órdenes de protección y que además existiría existe una clara tendencia al alza, como se muestra en el GRÁFICO 5, donde se compara la media mensual de medidas solicitadas en tres periodos de referencia –los cinco meses de aplicación del año 2003, el primer y el segundo trimestres de 2004.

II

La principal conclusión de los estudios realizados es que la violencia intrafamiliar de género representa un fenómeno complejo en el que no caben simplificaciones. Los pasos dados en los últimos años para corregir las *disfuncionalidades* e insuficiencias observadas han sido importantes. Frente a la situación que se ha descrito, se produjo una primera oleada de reformas penales y procesales que insistían en la profundización y radicalidad de la intervención penal como recurso frente a muchas de las carencias del sistema jurídico-penal detectadas: inadecuación e ineficiencia de los juicios de faltas, excesiva demora en la respuesta jurídico penal, inefectividad de los mecanismos de protección. Así, se ha producido una auténtica avalancha de reformas legislativas encaminadas a subsanar las *disfuncionalidades* mencionadas y a progresar en la lucha por la eliminación de la violencia familiar de género.

Los cambios legislativos que han tenido lugar desde ese momento insisten, por una lado, en la profundización y radicalidad de la intervención penal como recurso frente a muchas de las carencias del sistema jurídico-penal observadas y, por otro, han tratado de avanzar en la línea de una protección más eficaz, buscando una actuación más rápida y una protección integral de las víctimas.

Entre las primeras, cabe mencionar en particular la Ley Orgánica 11/2003, *de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de extranjeros*, ha establecido que la falta de lesiones, cuando se cometa en el

ámbito doméstico pasa a considerarse “delito”, permitiéndose la posibilidad de imponer la pena de prisión; la Ley Orgánica 13/2003, de 24 de octubre, *por la que se reforma la Ley de Enjuiciamiento Criminal en materia de prisión provisional*; y la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se intenta poner orden en las reformas del Código Penal, con incidencia también en el tema de la violencia familiar de género.

Por lo que respecta a las reformas procesales y penales encaminadas a una actuación más rápida han marcado un hito significativo la Ley 38/2002, de 24 de octubre, *de Reforma Parcial de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, sobre procedimiento para el enjuiciamiento rápido e inmediato de determinados delitos y faltas, y de modificación del procedimiento abreviado*, complementada por la Ley Orgánica 8/2002, de 24 de octubre, *complementaria de la Ley de reforma parcial de la ley de Enjuiciamiento Criminal, sobre procedimiento para el enjuiciamiento rápido e inmediato de determinados delitos y faltas, y de modificación del procedimiento abreviado*.

En líneas generales se puede decir que se buscaba una intervención penal más radical, rápida y efectiva de cara a mejorar protección de las mujeres. Sin embargo, poco a poco se va imponiendo la tesis de que la violencia intrafamiliar de género representa un fenómeno complejo en el que no caben simplificaciones.

El endurecimiento de la reacción punitiva, la agilización procesal de esa respuesta representaban una opción –cuyos resultados están por evaluar–, pero los resultados de las investigaciones que se han venido comentando llevaban a la cuestión de la necesidad de contar con políticas públicas adecuada y un marco legislativo que fuese más allá de lo penal y de algunas particularidades de orden procesal. De ahí la demanda, social y científica, de avanzar en la línea de una *Ley integral* que fuese más allá de las reformas penales y diseñase un conjunto de medidas de tipo normativo más amplio y complejo para atender a los fines de la prevención regulativa, esto es, para tratar de evitar estos comportamientos mejor que sancionarlos a posteriori.

Un primer paso, en este sentido, lo representó la introducción en nuestro sistema jurídico de la orden de protección, encaminada a articular un sistema rápido y eficaz de medidas cautelares penales y civiles y apoyos sociales o terapéuticos encaminados a la defensa y protección efectiva de las víctimas de la violencia familiar de género. La Ley 27/2003, de 31 de julio, *reguladora de la Orden de protección de las víctimas de violencia doméstica*, instaura un nuevo procedimiento judicial, sencillo y rápido, con el fin de que las víctimas de malos tratos puedan obtener una protección integral «que aúne tanto las medidas cautelares penales sobre el agresor, esto es, aquellas orientadas a impedir la realización de nuevos actos violentos, como las medidas protectoras de índole civil y social que eviten el desamparo de las víctimas de la violencia doméstica y den respuesta a su situación de especial vulnerabilidad», como señala la exposición de motivos de la Ley. Con ese fin se establece una acción integral y coordinada que permitirá que el Juzgado de Instrucción en funciones de guardia pueda adoptar diversos tipos de medidas: de naturaleza cautelar; de orden civil y social. Además de la celeridad con la que pueden ser aplicadas las medidas de protección previstas, la gran novedad de la Ley reguladora de la Orden de Protección consiste en aunar a las medidas cautelares penales previstas ya, en

líneas generales, desde la reforma de 1999, la posibilidad de aplicar, condicional y provisoriamente, medidas civiles referidas del uso y disfrute de la vivienda familiar, la custodia de los hijos, el establecimiento del régimen de visitas, comunicación, la determinación de una pensión de alimentos a favor del cónyuge que se queda con la custodia de los hijos y cualquier otra disposición tendente a proteger el interés superior de los menores. Además, se preveía que la orden de protección habría de poner en marcha la iniciativa de las entidades públicas competentes para la adopción de medidas complementarias de apoyo y protección de las víctimas «de seguridad o de asistencia social, jurídica, sanitaria, psicológica o de cualquier otra índole» (artículo 2.8).

Un paso más serio, aunque no definitivo, quizá, es el que representa la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, *de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género*, que incluye –junto a nuevas reformas de índole penal– medidas de protección a las víctimas y algunas pautas de intervención simbólica encaminadas a la erradicación de la violencia de género: educación, publicidad, etc. Con independencia de las opiniones que se puedan tener sobre aspectos concretos del contenido de la misma, esa alternativa parece la más adecuada para afrontar un problema de raíces complejas y soluciones que quizá desbordan la mera intervención penal.

El objeto de la ley se desplaza inicialmente desde la *violencia familiar*, entendida en sentido amplio, a la *violencia de género*, esto es, a «la violencia que, como manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres, se ejerce sobre éstas por parte de quienes sean o hayan sido sus cónyuges, o de quienes estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad, aun sin convivencia» (artículo 1.1). En virtud de una enmienda aprobada durante su tramitación incorpora a las víctimas especialmente vulnerables entre los sujetos especialmente protegidos en relación con las amenazas y lesiones leves que pasan a considerarse como delito cuando afectan a niños, ancianos o minusválidos –«personas especialmente vulnerables que convivan con el autor».

Esta Ley Orgánica contempla medidas de prevención y detección; asistenciales; y punitivas. Otro de los objetivos de esta ley es la coordinación y optimización de los recursos disponibles, para lo que se crea por un lado una jurisdicción especial para la violencia de género y se fomenta la formación específica de los operadores con la finalidad de obtener más eficacia en el ejercicio de sus funciones –en particular, las de atención y protección de las víctimas.

Las medidas preventivas genéricas de la Ley han llamado especialmente la atención, a pesar de las limitaciones que supone su inclusión en ámbitos y con un alcance tan reducido. En la misma se hace especial hincapié en la sensibilización ciudadana en torno a los valores de igualdad y democracia; las políticas educativas y al control de los mensajes publicitario. Además de la puesta en marcha de un Plan Nacional de Sensibilización y Prevención de la Violencia de Género orientado, entre otros aspectos a introducir en el escenario social «las nuevas escalas de valores basadas en el respeto de los derechos y libertades fundamentales y de la igualdad entre hombres y mujeres, así como en el ejercicio de la tolerancia y de la libertad dentro de los principios democrá-

ticos de convivencia, todo ello desde la perspectiva de las relaciones de género.» (artículo 3); por lo que respecta a las políticas educativas la ley insiste en que la formación en el respeto a la igualdad entre hombres y mujeres debe ser uno de los fines del sistema educativo español (artículos 4-9) y en relación con los mensajes publicitarios, dejando aparte las funciones promocionales a asumir por las instituciones y medios de comunicación, se declara sin ambages que se considerará ilícita la publicidad que utilice la imagen de la mujer con carácter vejatorio o discriminatorio y en general contraria a los principios y valores constitucionales, facultándose a las instituciones competentes y a las asociaciones que trabajen en favor de la igualdad para solicitar la retirada de anuncios y campañas que contravengan tales valores (artículos 10-14). Igualmente se establecen medidas de sensibilización e intervención en el ámbito sanitario para optimizar la detección precoz, la asistencia y la rehabilitación de la mujer en las situaciones de violencia de género (artículos 15-16).

Con todo, el contenido de la Ley Orgánica 1/2004 se centra en la asistencia integral a las víctimas y en su protección jurídico penal. En relación con el primero de estos dos aspectos, se establece la creación por las Administraciones Públicas de los servicios organismos u oficinas de atención e información capaces de asegurar la plena información y el asesoramiento adecuado que requiera la situación personal de las víctimas de la violencia de género. Dicha información comprenderá, al menos, «las medidas contempladas en esta Ley relativas a su protección y seguridad, y los derechos y ayudas previstos en la misma, así como la referente al lugar de prestación de los servicios de atención, emergencia, apoyo y recuperación integral» (artículo 18.1). Además, el artículo 19 consagra el *derecho a la asistencia social integral* estableciendo que «Las mujeres víctimas de violencia de género tienen derecho a servicios sociales de atención, de emergencia, de apoyo y acogida y de recuperación integral» (artículo 19.1).

La prestación de estas funciones asistenciales y de protección integral se realizará coordinadamente con las entidades públicas competentes en materia de acción social –las comunidades autónomas y entidades locales. Insistiéndose en la necesidad de coordinar todos los servicios asistenciales y de apoyo y la coordinación de estos con las actuaciones de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad, los Jueces de Violencia sobre la Mujer, los servicios sanitarios y las instituciones encargadas de prestar asistencia jurídica a las víctimas. En lo que concierne a este último aspecto, se contempla una asistencia jurídica especializada y gratuita y por lo que respecta a la protección social integral se prevén ayudas económicas que faciliten la reinserción de la víctima en un nuevo contexto social, la formación para el empleo, el acceso prioritario a viviendas de protección oficial, bonificación a las empresas que las contraten, un fondo de garantía de pago de alimentos, etc. Igualmente la Ley establece derechos laborales específicos –adaptar o reducir la jornada de trabajo, movilidad geográfica, la extinción del contrato percibiendo subsidio de desempleo.

Como prolongación de este amplio conjunto de medidas asistenciales y de protección integral, se procede a la creación de dos órganos administrativos encaminados a

asegurar la «Tutela Institucional» y a establecer cautelas orientadas a asegurar la colaboración y coordinación institucional (artículos 29-32). En relación con este apartado de disposiciones es de destacar la creación de la Delegación Especial del Gobierno contra la Violencia sobre la Mujer, en el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, y el Observatorio Estatal de Violencia sobre la Mujer, correspondiéndole al primero las funciones de coordinar e impulsar todas las actuaciones que se realicen materia de protección y garantía de los derechos de las mujeres y al segundo las funciones de asesoramiento y evaluación (artículos 29-30).

En cuanto a las medidas de protección jurídico-penales, la Ley Orgánica 1/2004 busca de entrada la coordinación y la tutela judicial mediante la creación de los «Juzgados de Violencia sobre la Mujer» y se prevé que cada Fiscalía de los Tribunales Superiores de Justicia y de las Audiencias Provinciales tenga su propia Sección de Violencia Familiar y que se cree la figura del «Fiscal contra la violencia contra la mujer». Estos Juzgados especializados, creados a partir de los Juzgados de Instrucción, es decir, un órgano penal, adoptarán las medidas de protección pertinentes a tenor del riesgo existente que podrán ser tanto de índole penal como civil y, en general, tendrán competencias tanto de de índole penal como civil (artículos 43 ss.). Como se señala en la exposición de motivos, «se ha optado por una fórmula de especialización dentro del orden penal, de los Jueces de Instrucción, creando los Juzgados de Violencia sobre la Mujer y excluyendo la posibilidad de creación de un orden jurisdiccional nuevo o la asunción de competencias penales por parte de los Jueces Civiles. Estos Juzgados conocerán de la instrucción, y, en su caso, del fallo de las causas penales en materia de violencia sobre la mujer, así como de aquellas causas civiles relacionadas, de forma que unas y otras en la primera instancia sean objeto de tratamiento procesal ante la misma sede.» Se trata de una opción que –si bien puede garantizar una mejor coordinación, celeridad y eficacia en la protección integral de la víctima– planteará sin lugar a dudas problemas funcionales y obligará como la propia exposición de motivos señala a estar muy atentos a las mediaciones *garantistas*.

Por lo que respecta a la protección penal, estamos ante un paso más en la línea del reforzamiento de la reacción punitiva, que se suma a los ya dados en este sentido en las reformas sustantivas del 2003. A este respecto, se endurecen las penas contra los agresores con carácter general, siendo de destacar que en caso de las lesiones se introduce un tipo agravado con una pena de dos a cinco años «si la víctima fuere o hubiere sido esposa, o mujer que estuviere o hubiere estado ligada al autor por una análoga relación de afectividad, aun sin convivencia o si la víctima fuera una persona especialmente vulnerable que conviva con el autor» (artículo 148 CP 4º-5º, modificado por artículo 36 de la LO 1/2004). También el hecho de que las coacciones leves y las amenazas leves se castigan como delito y se podrán sancionar con prisión de seis meses a un año cuando la víctima sea una de las personas consideradas más arriba (artículos 171 4-6, 172.2 reformados por los artículos 38 y 39 de la LO 1/2004). Además, cuando el Juez o Tribunal lo estime adecuado al interés del menor o incapaz, se extiende como pena accesoria en estos supuestos la inhabilitación para el ejercicio de patria potestad, tute-

la, curatela, guarda o acogimiento hasta cinco años a nuevos tipos. También el artículo 153 CP, que experimenta una nueva reforma, incrementa ligeramente la pena –pasándose de una pena de prisión de tres meses a un año a la de seis meses a un año en los supuestos de violencia de género que impliquen menoscabo psíquico o una lesión no definidos como delito, o cuando se golpee o maltrate de obra sin causar lesión (reformado por el artículo 37 de la LO 1/2004).

III

Como ha podido apreciarse, los cambios legislativos que se han sucedido en los últimos años, por un lado, han favorecido el endurecimiento progresivo del sistema punitivo en los supuestos de violencia familiar y de género; y, por otro lado, han abierto espacios importantes para la intervención preventiva frente a la violencia de género y, en particular, para la protección de las víctimas ante situaciones «riesgo» y asistencialmente.

Como hemos apuntado en otros contextos⁴, el endurecimiento o ampliación de los espacios del control tradicional suele apoyarse en situaciones de alarma social –reales o ficticias–, desde las que se legitima, y se concretaría al menos en tres tipos u órdenes de actuaciones: el reforzamiento y endurecimiento de las políticas de control del delito; la ampliación y racionalización de los recursos y la utilización de nuevas tecnologías y métodos de investigación. Si bien, el reforzamiento de las políticas de control del delito, basado casi exclusivamente en el recurso fácil del aumento de las penas suele ser el primero al que se recurre y amplifica. La mecánica es bastante simple: la existencia de un clima de inseguridad o una situación específica de riesgo da lugar a una demanda de endurecimiento represivo, generalizada o específica, que tiende a ser rápidamente satisfecha por los gobiernos, proclives a caer en la tentación de la propaganda demagógica que proporcionan este tipo de medidas.

La violencia familiar de género no ha sido visibilizada desde los mecanismos de control social hasta hace dos o tres décadas. Pero gracias a la acción de los movimientos feministas y una mayor sensibilización asentada progresivamente en el conjunto de la sociedad ha comenzado a ser percibida como algo socialmente censurable y punible. Las intervenciones iniciales siguieron la senda de los mecanismos represivos del control social tradicional. La respuesta penal tuvo como fin castigar a los maltratadores para neutralizarlos o prevenir generalmente los malos tratos mediante la amenaza coercitiva orientada a la disuasión o a restaurar la confianza de los no transgresores en el sistema social. Para ello se recurrió al derecho penal, avanzándose en la definición de tipos penales que simbolizasen el reproche social y, en general, aumentando los márgenes punitivos de la legislación penal.

4. Vid. Calvo García (1995, p. 95-134); *ibídem.* (1999a, p. 153-193); *ibídem.* (2004, p. 76-ss.).

Ahora bien, como se ha demostrado desde la criminología y la sociología del control social, este tipo de huidas hacia delante del sistema penal no son la solución más eficaz para mantener la seguridad ciudadana o evitar riesgos. Si se quiere garantizar eficazmente la protección frente a los riesgos sociales, se debe contar sobre todo con *medios de intervención preventiva que incorporen tanto mecanismos de control negativo como positivos*⁵. Esto es un tipo de intervención que incida sobre las propias causas que generen los riesgos sociales para evitar las conductas y las situaciones de riesgo. Dicho de otro modo, si las políticas de seguridad y las intervenciones encaminadas a la protección de las víctimas quieren ser realmente eficaces deben poner en funcionamiento mecanismos y medidas de intervención que permitan actuar con anticipación para reducir las situaciones de tendentes a generar «riesgos» sociales y los comportamientos a ellas asociados. Máxime si lo que se persigue, como en el caso de la violencia de género, es la erradicación de este fenómeno.

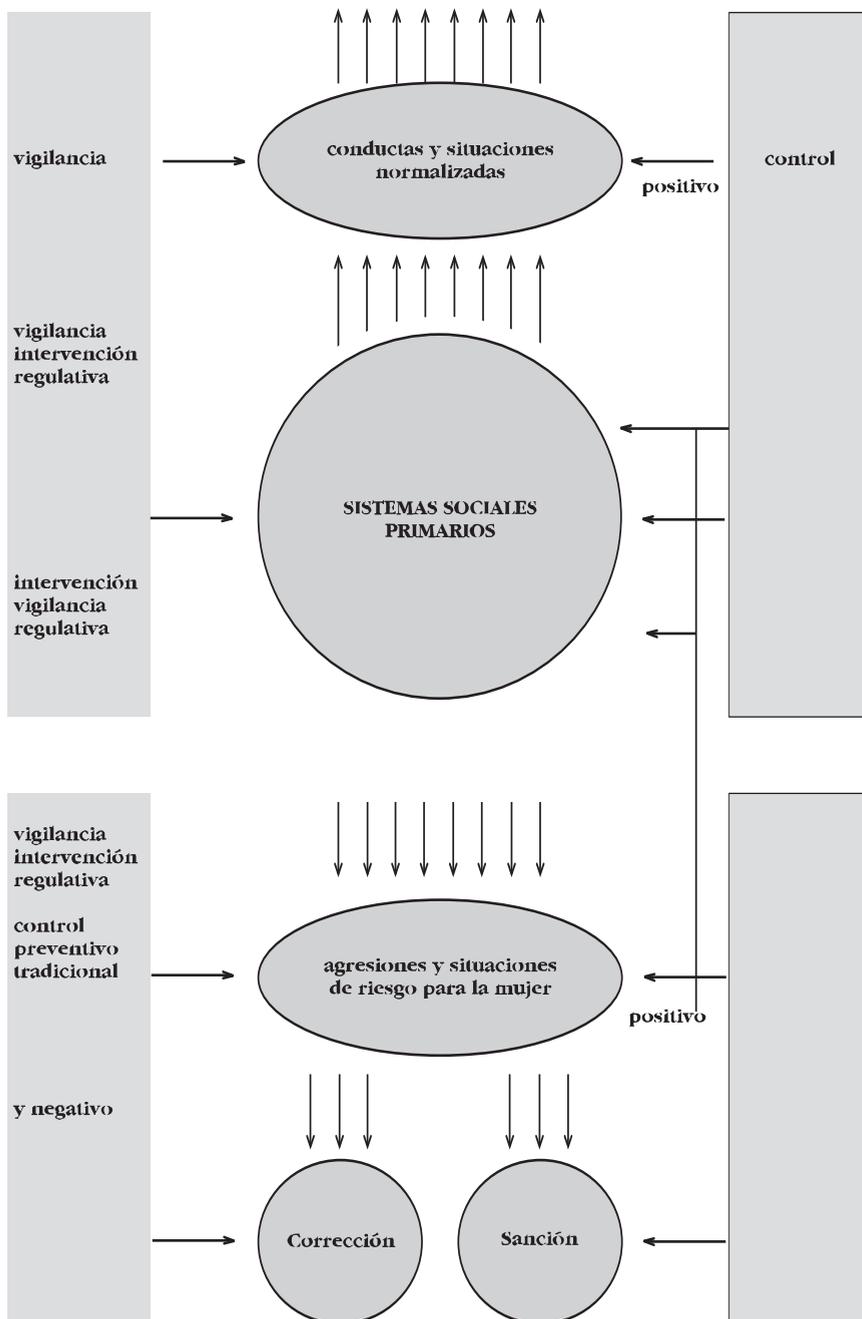
En otro orden de cosas, la protección integral exige que la intervención de los mecanismos de control se anticipe al comportamiento violento. La sanción penal a posteriori puede tener fines de prevención especial –muy limitados– y de prevención general o funciones simbólicas, pero de cara a la protección de las víctimas es obvio que los mecanismos de intervención deben anticiparse a las conductas violentas. Ello supone desarrollar mecanismos de intervención vinculados a la propia situación de riesgo y que por lo tanto se anticipen a la conducta delictiva mediante una intervención preventiva y los correspondientes mecanismos de control positivo y negativo. Ello obliga a ir más allá del control social tradicional, ya que los límites del sistema penal chocan en muchos puntos con las demandas de intervención preventiva. Quizá por eso, además de forzarse los límites del control tradicional, haciendo aflorar las tensiones garantistas consiguientes, con la introducción de medidas cautelares y otros mecanismos de intervención preventiva de índole penal o procesal penal, los sistemas jurídicos han desarrollado un importante corpus de derecho regulativo como alternativa orientada a la intervención preventiva frente a los riesgos –económicos y tecnológicos primero, pero después también frente a los riesgos sociales⁶.

Se abre paso así un sistema de control e integración social tremendamente amplio y complejo en el que no sólo no desaparecen los mecanismos de control tradicionales, sino que más bien se desarrollan; pero aparecen junto a ellos otros mecanismos regulativos orientados a la prevención mediante la intervención en los sistemas sociales primarios y desarrollando nuevos mecanismos regulativos de control positivo y negativo (vid. cuadro I).

5. El *control positivo* busca directamente y mediante instrumentos positivos de intervención el desarrollo de programas de protección y promoción de valores, fines e intereses sociales; mientras que el *control negativo* atiende a la prevención y corrección a través de procedimientos sancionatorios y/o de composición.

6. Sobre el concepto, la estructura y la crítica del derecho regulativo, vid. Calvo García (1998, p. 99-129).

CUADRO 1. *Cambios en la lógica del control social de la violencia familiar de género*



Las reformas legislativas que se han venido sucediendo con la finalidad dar una respuesta jurídica y erradicar la violencia familiar de género sintonizan claramente con este modelo. Por una parte hemos visto como se desarrollan y endurecen los mecanismos punitivos y, por otro lado, dadas las insuficiencias del sistema penal tradicional surgen alternativas regulativas orientadas a la prevención y basadas en nuevas formas regulativas de intervención jurídica. La Ley Orgánica 1/2004 es un claro exponente de esta tendencia, pero ya antes se podía apreciar esta tendencia en las políticas sociales desarrolladas por las administraciones públicas, la Ley 27/2003, reguladora de la orden de protección, etc. Los últimos desarrollos legislativos en este campo nos presentan un modelo de control social en el que se combina el sistema tradicional basado en el control penal, reforzado y desarrollado, con las nuevas tendencias a hacer pivotar el control tradicional a través de mecanismos de intervención regulativa y de prevención. Precisamente este último aspecto representa la novedad más importante de las reformas mencionadas y a su análisis dedicaremos el próximo apartado.

IV

En su parte más novedosa –la intervención en los sistemas sociales primarios y el desarrollo de nuevos mecanismos regulativos de control positivo y negativo– el modelo al que acabamos de hacer referencia enlaza con las sendas que ha recorrido en los últimos decenios la evolución del derecho. Las transformaciones del derecho han llevado a la utilización del sistema jurídico para intervenir en los sistemas primarios con el fin de corregir desequilibrios; realizar valores y objetivos sociales; o hacer frente a riesgos de todo tipo –económicos, sociales, naturales y tecnológicos. Ello ha supuesto que los elementos jurídicos tradicionales se hayan visto desbordados en muchos sentidos como consecuencia de la introducción de este nuevo tipo de derecho regulativo.

Los nuevos medios y formas de control positivo y negativo vinculados a mecanismos de intervención preventiva del derecho regulativo promueven un cambio sustancial en la fisonomía del derecho que pone en cuestión la racionalidad formal del derecho e introducen cambios sustanciales en las dinámicas de realización del derecho. Esto es algo que se ve muy claro en los ámbitos tradicionales del derecho regulativo; pero que también podemos empezar a atisbar en el ámbito de la violencia familiar de género. La Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, *de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género*, representa un claro exponente de lo que decimos, aunque muchos de los rasgos que la definen ya se empezaba a vislumbrar en los Planes de Acción, estatales y autonómicos; las legislaciones de «protección integral» de algunas Comunidades Autónomas; y, sobre todo, en los supuestos límite de la prevención y el control negativo en la Ley 27/2003, de 31 de julio, *Reguladora de la Orden de Protección de las Víctimas de Violencia Doméstica*. La LO 1/2004 evidencian claramente algunos de los rasgos más característicos del derecho regulativo: 1) la materialización del derecho, así como una clara pérdida de autonomía de lo jurídico en orden a una adecuada protección a las víctimas; 2) el desbordamiento de los límites del modelo de deci-

sión jurídica –formalista y lógico-deductivo– sobre el que descansaba la teoría del derecho liberal; 3) la apertura de espacios importantes a la discrecionalidad y a la composición en las decisiones jurídicas; 4) la incidencia en la realización del derecho de intereses y criterios de oportunidad –emergencias, alarmas sociales, coyunturas políticas, exigencias profesionales, etc.–; y la consiguiente evaluación de la eficacia del derecho en función de imperativos éticos, terapéuticos, conveniencias e intereses profesionales y políticos.

1. *Materialización del derecho y pérdida de autonomía de lo jurídico*

La LO 1/2004 tiene como objetivo «actuar contra la violencia que, como manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres, se ejerce sobre éstas por parte de quienes sean o hayan sido sus cónyuges o de quienes estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad, aun sin convivencia.» (artículo 1). Esto es, se busca intervenir positivamente (en la exposición de motivos se menciona el artículo 9.2. de la Constitución) con el fin de realizar los derechos de un grupo social al que se considera socialmente discriminado frente a la violencia machista que tendría su origen en esa discriminación y la única forma posible de corregir los condicionamientos socioculturales sobre los que se asienta la subordinación de la mujer al hombre en las relaciones sociales de los que trae causa la violencia de género es con una intervención asentada sobre medios y recursos que son «utilizados» desigualmente.

Las políticas sociales desarrolladas contra la violencia familiar de género se han asentado sobre la desigualdad desde que empezaron a desarrollarse en nuestro país, el problema para los juristas formados en el formalismo la tradición jurídica liberal cobra un realce singular cuando esos planteamientos llegan incluso al ámbito del derecho penal. La LO 1/2004 establece un tratamiento penal desigual para el hombre y la mujer y ello ha provocado innumerables críticas desde la dogmática y desde la práctica del derecho al considerarse que esta opción se enfrenta a la generalidad de las normas y al principio de igualdad ante la ley.

La quiebra de la generalidad de las norma no llama tanto la atención desde la perspectiva del derecho regulativo, donde la pérdida de autonomía y materialización de lo jurídico se dan como consecuencias inherentes a un «derecho útil –orientado a fines–, en el que se focalizan las intervenciones previsoras o preventivas a partir de la pertenencia a un grupo o de la noción de riesgo social.

El derecho regulativo realiza valores, objetivos e intereses sociales. Estamos, por lo tanto, ante un derecho «materializado» desde sus raíces más profundas, desde su propio objeto. En otro orden de cosas, la complejidad de los problemas y las características de los fines perseguidos con este tipo de derecho determina la necesidad de incorporar conocimientos científico-sociales y técnicos, radicalmente ajenos a la dogmática jurídica, al contenido de las normas que desarrollan y establecen los procedimientos para alcanzar y asegurar esos fines. Será necesario contar con los *saberes* de disciplinas adecuadas para evaluar las condiciones que hacen posible u obligatoria la intervención de los poderes públicos para prestar la asistencia requerida o reestructurar las instituciones

y las dinámicas sociales afectadas. Un contenido especializado –material– cuya realización exige, entre otras cosas, la disposición y el manejo de medios e instrumentos de control complejos y sofisticados, la incorporación de «otros expertos» –además de los juristas– y el desarrollo infraestructuras amplias y complejas se tornan condición *sine qua non* de efectividad.

La violencia de género se enfoca por la LO 1/2004 de un modo integral y multidisciplinar, según se dice en su exposición de motivos. Ello supone apostar por un modelo de intervención que desborda ampliamente los límites del sistema penal y en ese sentido requiere incorporar «saberes» especializados al contenido legislativo y a las dinámicas de realización de la misma. En este contexto encuentra su justificación la creación de órganos judiciales especializados, los denominados «Juzgados de Violencia sobre la Mujer»). Una de las previsiones más conocidas y discutidas de la misma y que a nuestro entender se quedará corta enseguida, necesaria a efectos de coordinación y para proteger de un modo inmediato y pleno a las víctimas de la violencia de género. Esto aparte, la Ley insiste reiteradamente en la especialización, coordinación y multidisciplinariedad profesional en orden a la realización de muchas de las previsiones de la misma encaminadas a garantizar una auténtica protección integral de la mujer.

2. Desbordamiento de los límites del formalismo jurídico y el método lógico-deductivo

Como se ha apuntado más arriba, la «aplicación» de un derecho orientado a fines conlleva unos niveles de complejidad tales que se desbordan ampliamente los límites del modelo de la adjudicación sobre el que descansaba la teoría del derecho liberal. Hablando en términos generales, la realización efectiva del derecho regulativo exige, en primer lugar, la creación y puesta en funcionamiento del marco jurídico-burocrático de intervención que asuma el desarrollo de los programas y aplicación de las normativas de protección y promoción los valores y fines sociales que promueve el derecho regulativo.

La complejidad de estos procesos supone, en primer lugar, la acentuación de la necesidad de desplazar o complementar los instrumentos de realización del derecho desde los órdenes y agencias judiciales hacia nuevos mecanismos regulativos caracterizados por el mayor peso de la Administración. Se produce así, un claro desplazamiento de la dinámica jurídica desde la adjudicación a la realización de políticas –*policies*– regulativas. La «regulación» se convierte en la expresión paradigmática de este nuevo derecho cuya realización efectiva exige la concurrencia de voluntades políticas y medios materiales, normativos e institucionales adecuados para alcanzar los fines y objetivos establecidos regulativamente.

Si analizamos la LO 1/2004, podemos comprobar fácilmente como más allá de la tutela penal –que sigue teniendo un papel simbólico fundamental y que se fortalece «para asegurar una protección integral, desde las instancias jurisdiccionales»– la protección de las víctimas de la violencia de género se contempla en términos de planes y políticas de intervención. En este sentido, esta Ley supone un paso claro hacia la «administrativización» de este ámbito jurídico como consecuencia de la apuesta por la protección integral de las

mujeres víctimas de la violencia de género. Más concretamente, del mayor peso de las medidas encaminadas a la prevención mediante la sensibilización ciudadana en torno a los valores de igualdad y democracia; las políticas educativas y la intervención en otros ámbitos relevantes para la socialización; la sensibilización e intervención en el ámbito sanitario para optimizar la detección precoz, la asistencia y el apoyo de la mujer en las situaciones de violencia de género; la realización de los derechos de las víctimas a obtener la información que requieren para hacer frente a su situación y adoptar las decisiones que haya de tomar, a la asistencia social integral –que incluye el «derecho a servicios sociales de atención, de emergencia, de apoyo y acogida y de recuperación integral» (artículo 19.1.)– y a los medios que garanticen una adecuada tutela judicial; etc. Para la implementación de estas funciones asistenciales y de protección integral se tiene en cuenta obviamente a las entidades públicas competentes en materia de acción social y en particular a las comunidades autónomas y entidades locales, que están llamadas a participar en el desarrollo de estos servicios asistenciales y de apoyo y se asegura la coordinación de los mismos con las actuaciones de los Cuerpos de Seguridad, los Jueces de Violencia sobre la Mujer, los servicios sanitarios y las instituciones encargadas de prestar asistencia jurídica a las víctimas, del ámbito geográfico correspondiente. Como prolongación de este conjunto de medidas asistenciales y de protección integral, se procede también a la creación de dos órganos administrativos encaminados a asegurar la «Tutela Institucional» y a establecer cautelas orientadas a asegurar la colaboración y coordinación institucional: la Delegación Especial del Gobierno contra la Violencia sobre la Mujer, llamado a coordinar e impulsar todas las actuaciones que se realicen materia de protección y garantía de los derechos de las mujeres, y el Observatorio Estatal de Violencia sobre la Mujer, con funciones de asesoramiento y evaluación (artículos 29-32)⁷.

Las tendencias reseñadas determinarán una regulación cada vez más compleja y la «movilización» de amplios medios económicos, institucionales, técnicos y humanos necesarios para asegurar el logro de los fines y objetivos previstos. Sin las dotaciones presupuestarias adecuadas; el diseño e impulso de políticas públicas y programas de intervención; la creación o adaptación de aparatos e infraestructuras de intervención; la incorporación o formación de expertos; el establecimiento de controles positivos y negativos, y las evaluaciones pertinentes; los pasos dados en la LO 1/2004 serían papel mojado. Este conjunto de actuaciones empieza a ser denominado, casi de modo generalizado, *implementación*, para distinguirlo de lo que sería la mera aplicación del derecho desde la perspectiva de la teoría jurídica tradicional⁸. Las transformaciones del

7. Como no podemos pensar que el legislador desconocía la existencia del Observatorio contra la Violencia y del Género quizá hay que pensar que se buscaba un órgano vinculado directa y exclusivamente a la Administración.

8. Para referirse a este tipo de actuaciones vinculadas a la realización del derecho, se empieza a hablar, casi de modo generalizado, de *implementación* –siguiendo la sugerente propuesta de la conocida obra de J. F. Presman y Wildavsky (1973). Sobre el concepto y la implementación de políticas pueden verse: Ingram (1990, p. 462-482; Sabatier y Mazmanian (1981, p. 3-36). Este último trabajo, junto con otros varios, puede consultarse en Aguilar (2003).

derecho en este campo nos llevan a un modelo jurídico que puede ser desconcertante y difícilmente asimilable para los juristas avezados en la metodología del formalismo jurídico y que pueden acabar reaccionando críticamente frente al mismo. Ello obviamente no tiene porque conducir a la renuncia al uso de estos instrumentos si se valora que pueden ser eficaces en la lucha contra las violencias de género y para una mejor protección de las mujeres víctimas o en situación de riesgo. Ahora bien, estas transformaciones vienen a veces acompañadas de procesos que además de desconcertar, pueden llegar a preocupar. Una de las cuestiones a analizar en este sentido estaría relacionada con la apertura de amplios márgenes de flexibilidad y discrecionalidad que provocan la regulación orientada a fines y las particularidades de las dinámicas jurídicas mediante las que se implementa este derecho regulativo.

3. *Apertura de espacios importantes de discrecionalidad y legitimidad material en las decisiones jurídicas*

Un derecho orientado a fines introduce en el sistema jurídico amplios márgenes de flexibilidad en actuaciones encaminadas a conseguir resultados acordes con valores, objetivos e intereses «materiales». Lo que a su vez determina un importante incremento de la discrecionalidad y la apertura de las dinámicas jurídicas encaminadas a hacer efectivo ese derecho regulativo hacia criterios axiológicos, sociales, y terapéuticos. Como consecuencia, los conceptos de neutralidad e imparcialidad pierden el sentido que tuvieron tradicionalmente en el marco de un modelo jurídico caracterizado por el formalismo y el primado del principio de legalidad, entendido formalmente⁹.

La complejidad del fenómeno de la violencia familiar de género no permite soluciones fáciles y, en cualquier caso, las posibles respuestas deben partir de las implicaciones y de la trascendencia de las mismas en orden a la democratización profunda de nuestras sociedades y la protección efectiva de las víctimas. Lo cual implicará procesos de implementación complejos en los que habrá que dar entrada a un conjunto amplio de operadores –jurídicos, sociales y terapéuticos– y de criterios discrecionales en las decisiones a adoptar. No cabe duda de que estas aperturas dificultarán las exigencias de la sumisión al «imperio de la ley» y los consiguientes controles encaminados a asegurar las garantías y controles de la legitimidad –legal– de las actuaciones en este campo. Para dar respuesta a esta cuestión, de entrada, tenemos que reparar en que la apertura de espacios regulativos a otros «saberes» es consecuencia de la necesidad de recurrir a sus juicios para tomar decisiones que requieren el concurso de especialistas. No tiene sentido, por consiguiente, limitar rígidamente las actuaciones de estos «expertos» o demorar con el rigor de procedimientos superfluos decisiones urgentes.

Más aún, enlazando con los determinantes que llevan a recurrir a «expertos», la demanda de atender a las razones concretas que motivan las actuaciones administrativas puede servir para justificar las aperturas del derecho a los conocimientos especializados

9. Vid. Sobre esta cuestión con mayor amplitud, Calvo García (en prensa).

sobre los que descansa la intervención estatal. Así, por ejemplo, en el ámbito de las políticas sociales, la intervención burocrática en esferas «privadas» de relación social se legitima, genéricamente, apelando a necesidades y criterios de justicia material. Ahora bien, en los supuestos límite y allí donde la intervención de los poderes públicos resulta más problemática, la legitimidad aportada por los criterios científicos, técnicos o terapéuticos se sobrepone claramente sobre consideraciones abstractas y de racionalidad formal¹⁰.

Además, la utilización del derecho para la realización de fines determina un auge considerable del recurso a la *ambigüedad calculada* en la formulación de las normas jurídicas que definen los fines y los resortes de la intervención estatal, ya que esta *flexibilidad* se necesita para abrir espacios amplios de intervención preventiva. En particular, se tiende a recurrir a conceptos jurídicos indeterminados en el diseño de los mecanismos de control con las consiguientes repercusiones y tensiones garantistas, ya que este recurso no se limita a la formulación de políticas públicas sino que impregna incluso las normas del sistema penal –especialmente aquellas que cobran una clara dimensión cautelar o preventiva.

Reflexionemos, por ejemplo, sobre los requisitos para la adopción de la orden de protección. La LO 1/2004 remite al artículo 544 ter de la LEC introducido por la Ley 27/2003, según la cual, se «dictará orden de protección ... en los casos en que, existiendo indicios fundados de la comisión de un delito o falta ... resulte una situación objetiva de riesgo para la víctima». Es obvio que si se busca una intervención cautelar preventiva no se puede esperar a que se haya producido una agresión fatídica. Como se ha dicho más arriba, si las políticas de seguridad y las intervenciones encaminadas a la protección de las víctimas quieren ser realmente eficaces deben poner en funcionamiento mecanismos y medidas de intervención que permitan actuar con anticipación. La protección integral exige que la intervención de los mecanismos de control se anticipe al comportamiento violento, lo cual supone desarrollar mecanismos de intervención vinculados a la propia situación de riesgo y que por lo tanto se anticipen a la previsible conducta delictiva. Esto aparte, la impresión generalizada existente en la actualidad señala se tiende a apreciar la existencia de riesgo en la mayoría de las solicitudes y como consecuencia se concede la medida. Aunque las ciencias forenses y la investigación social han avanzado en este terreno, las personas que deciden no tienen todavía criterios definidos para evaluar objetivamente esa situación de riesgo e incluso parece reconocerse que el fundamento de muchas órdenes puede radicar en la duda. Y ello, tanto porque la previsión exige endurecer los criterios de intervención como por el hecho de que los operadores tienden a ser rigurosos para evitar posibles responsabilidades ulteriores. Obviamente, en la duda hay que proteger a la víctima y esto es algo que ha de tenerse claro. Sin embargo las medias cautelares –y ahora las civiles «preventivas»–no dejan de tener repercusiones muy importantes en los presuntos agresores, razón por la cual la celeridad con la que se toman y el escaso fundamento probatorio en el que están basadas causan una cierta desazón entre los juristas como consecuencia de la aparente deva-

10. Calvo García (1999b, p. 73-95); *ibídem.* (en prensa).

luación «garantista» que suponen este tipo de medidas. Si todo el mundo coincide en la necesidad de una intervención preventiva rápida y eficaz, también se escuchan palabras de desconcierto e incluso de crítica matizada –no a los objetivos, pero sí a los medios.

En la misma línea, cabe mencionar las dificultades derivadas de la vinculación pena de «inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento» al hecho de que se considere adecuada por «el juez o tribunal» al «interés del menor o incapaz». Esta novedad fue introducida por Ley Orgánica 11/2003, de 29 septiembre, el artículo 153 y 173-2 CP y posteriormente se ha incorporado además a los artículos 153-1 y 2; 171-4; y 5 y 172-2 CP por medio de la LO 1/2004. La noción «interés del menor» ha cobrado una gran relevancia en la ponderación de las decisiones que afectan a los derechos de la infancia y de la adolescencia y, en líneas generales, me atrevería decir que su consideración es obligada en orden a la imposición de la pena inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento. Esto aparte, el problema radicarán en quién y cómo da contenido y determina el alcance del interés del menor y lo pondera con los demás principios en juego. Obviamente, la decisión sobre el interés del menor será siempre una decisión judicial y deberá adoptarse con las debidas garantías. Pero una vez sentado lo anterior, no parece que la evaluación empírica del interés del menor deba recaer en los juristas, que deberán ocuparse principalmente de supervisar el respeto de la legalidad y de las pertinentes garantías, mientras que la evaluación empírica del interés del menor deberá realizarse por operadores sociales, con el conocimiento experto adecuado para adoptar esa decisión. Lo cual no obvia el problema de la existencia de un margen de discrecionalidad –terapéutica– incluso en esa dimensión empírica de la decisión. De entrada, nos encontraremos con lo que pudiéramos denominar «pluralidad de perspectivas». El interés del menor puede determinarse atendiendo a sus expectativas como persona, como niño, como joven y como futuro adulto. En otro orden de cosas, también surgen dificultades a la hora de ponderar el peso de los diferentes factores sociales, económicos, culturales y étnicos en la decisión sobre cuál es el interés del menor. Todo ello determinará que la respuesta sobre cuál es el interés del menor *debe evaluarse en cada caso, por expertos sociales y como una cuestión empírica*¹¹. Además, en lo que se refiere a este tipo de decisiones, como ya apuntábamos en términos generales más arriba, la legitimidad aportada por los criterios científicos o terapéuticos se sobrepone claramente sobre consideraciones abstractas y de racionalidad formal.

4. *Incidencia de intereses y criterios de oportunidad en la realización del derecho*

La amplitud de los márgenes de discrecionalidad a los que se ha hecho referencia y, en particular, las características peculiares de esa discrecionalidad –no dogmática– convierten al derecho regulativo en un instrumento especialmente flexible, cuya implementación y control pueden depender en gran medida de todo tipo de criterios de oportu-

11. Vid. Calvo (1994b, p. 177-199). Ha insistido en esta perspectiva, Eekelaar (1992, p. 230-ss.).

tunidad –emergencias, alarmas sociales, coyunturas políticas, etcétera– e intereses –políticos, profesionales u otros¹². Dicho de otra manera, el derecho orientado a fines introduce en el sistema jurídico amplios espacios de indeterminación «material». Lo cual, de entrada, supone debilitar la autoridad y la rigidez formal de las normas jurídicas en favor de un importante incremento de la discrecionalidad y de las aperturas del derecho que, indirectamente, hacen factible el éxito de todo tipo de presiones y criterios de oportunidad. En muchos casos, incluso, la realización de los fines regulativos solo es concebible en términos de ejecución de políticas públicas encaminadas a conseguir resultados acordes con los valores, objetivos e intereses sociales que se persiguen. Desde el momento en que tales presupuestos materiales deben orientar las prácticas regulativas, se hace inconcebible hablar de imparcialidad o neutralidad con el significado que estos conceptos tuvieron tradicionalmente, en el marco de un modelo jurídico formalista.

La nueva legislación sobre violencia de género entronca en buena medida con estos planteamientos. Es obvio que las políticas públicas llamadas a implementar los aspectos de transformación social, prevención, asistencia integral y detección precoz de la violencia de género estarán determinadas por coyunturas e intereses políticos y situaciones de alarma social. De entrada, la propia ley trae causa de su inclusión en un programa electoral y el debate sobre la protección del as víctimas de la violencia de género ha tenido un importante espacio en la arena política en los últimos años. A nadie se le oculta además que la identificación de la violencia contra la mujer ha sido visibilizada gracias a la acción de los movimientos feministas y que la mayor sensibilización del conjunto de la sociedad sobre este tema se debe en buena medida a la acción de las organizaciones de mujeres, como reconoce incluso la propia exposición de motivos de la LO 1/2004. Tampoco debemos perder de vista que la atenta mirada –y en su caso la denuncia y la presión– del activismo feminista y de las organizaciones de defensa de los derechos de la mujer serán en muchos casos garantía del cumplimiento de las obligaciones que los poderes públicos asumen en virtud de esta ley. En otro orden de cosas, la labor de los medios de comunicación y las situaciones de alarma social también incidirán en la aplicación los contenidos regulativos de la nueva legislación contra la violencia familiar de género.

En general un amplio abanico de criterios de oportunidad e incluso intereses políticos y profesionales jugarán un papel importante en la realización del derecho regulativo de protección integral contra la violencia de género. Así, por ejemplo, más arriba señalábamos la tendencia a apreciar la existencia de riesgo en la mayoría de las solicitudes de órdenes de protección y como parece reconocerse que el fundamento de muchas órdenes puede radicar en la duda sobre si existe riesgo objetivo o no. Duda que lógicamente se decanta hacia decisiones positivas, en parte, porque la prevención exige endurecer los criterios de intervención y, en parte, quizá, por el hecho de que los operadores tienden a ser rigurosos para evitar posibles responsabilidades ulteriores.

Como colofón de lo dicho, habría que añadir que la eficacia del derecho no va a medirse en términos de ajuste o de seguimiento estricto de las normas jurídicas; sino en

12. Cfr. Adler y Asquith (1981); Galligan (1992); Zagrebelsky (1995); Hawkins (2001).

función de imperativos éticos, terapéuticos, conveniencias e intereses profesionales y políticos. La lógica del funcionamiento político-administrativo determina que la evaluación de la eficacia del derecho útil tienda a medirse en términos de *logro de objetivos o realización de funciones*: «La eficacia no se define por el seguimiento de reglas, sino por el logro de resultados o la realización de funciones... Las premisas de la actividad administrativa ya no son reglas a cumplir a rajatabla, sino *recursos* a utilizar desde el punto de vista de su adecuación para ciertas tareas»¹³. Criterios como los de eficiencia, efectividad y eficacia son consustanciales a las dinámicas regulativas, por lo que parece prudente tomar nota de los mismos y evaluar sus posibles incidencias.

V

La respuesta a la problemática de la violencia familiar de género exigía y exige una *Ley Integral*. Esta alternativa parece la más adecuada para afrontar un problema de raíces complejas y soluciones que desbordan la mera intervención penal. La respuesta jurídica frente a la violencia familiar de género debe contemplar, primero, los objetivos de transformación social profunda y prevención que exige la erradicación de la violencia de género; en segundo lugar, la intervención eficaz frente a las situaciones de riesgo; y, en tercer lugar, la protección efectiva –e integral– de las víctimas como último recurso. Esto exige obviamente una Ley Integral. Ahora bien, el rótulo que le pongamos a una Ley no resuelve nada. Una *ley integral* debe serlo tanto en su contenido; como –sobre todo– en la práctica, esto es, mediante la implementación de políticas públicas tendentes a la prevención y al control de la violencia familiar de género dotadas con los recursos humanos y materiales pertinentes para alcanzar los objetivos previstos. Cualquier paso dado en esta dirección debe ser saludado positivamente, pero tanto desde el punto de vista de su contenido como por algunos indicios apreciados en la fase actual de implantación no parece que la LO 1/2004 vaya a representar una auténtica Ley Integral. La intervención educativa es importante, como también lo es el control sobre los contenidos de la publicidad; pero la erradicación de la violencia de género requiere sin lugar a dudas intervenciones más profundas. Es todavía pronto para evaluar la implementación de la LO 1/2004, sobre todo cuando algunos de los cambios más importan-

13. Offe (1988, p. 8). Desde una perspectiva más teórica, es coincidente la opinión de Zagrebelsky: «La crisis de la vinculación de la Administración a la ley previa deriva de la superación, por parte del aparato del estado, de su función prevalentemente ‘garantizadora’ (...) y de la asunción de tareas de gestión directa de grandes intereses públicos. La realización de estas tareas de gestión requiere la existencia de grandes aparatos organizativos que actúan necesariamente según su propia lógica, determinada por reglas empresariales de eficiencia, exigencias objetivas de funcionamiento, intereses sindicales de los empleados (por no hablar de las reglas informales, pero no por ello inexistentes, impuestas por el patronazgo de los partidos políticos). Este conjunto de reglas es expresión de una lógica intrínseca a la organización y refractaria a una normativa externa. he aquí un importante factor de crisis del principio tradicional de legalidad», que habría cedido márgenes importantes de actuación ante el empuje de la «legislatividad de la organización», Zagrebelsky (1995, p. 34-5).

tes que introduce todavía no han entrado en vigor; pero las quejas que se escuchan sobre la falta de medios –en general– no resultan especialmente prometedoras.

La otra cara de la moneda viene dada por el alcance del cambio jurídico. La evolución del derecho orientado a la prevención y a la protección de la víctima parece orientarse, aunque sea tendencialmente, por las sendas del derecho regulativo. En algún momento apunté que las transformaciones con respecto al modelo jurídico tradicional son tan profundas que hay motivos para el desconcierto¹⁴. Es obvio que el patrón jurídico que promueve el derecho regulativo es difícilmente asimilable por los juristas avezados en la metodología del formalismo legal y, en consecuencia, estos pueden ser incapaces de aceptar tanto ideológica como científicamente las nuevas formas y dinámicas del derecho regulativo. Pero no es sólo esto, la disolución de la autonomía del ámbito de lo jurídico; la flexibilización de los procedimientos, la pérdida de generalidad y la ambigüedad de las normas jurídicas –incluidos los preceptos penales–; la incidencia de intereses y criterios de oportunidad en la aplicación del derecho etc. son cuestiones que más que desconcertar, preocupan por las tensiones garantistas y la quiebra de principio jurídicos tradicionales que se genera. En este sentido, han sido numerosas las voces que se han alzado críticamente frente a la reforma desde esa perspectiva, si bien matizando que los que se cuestiona no son los objetivos, sino las formas.

El desconcierto e, incluso, las preocupaciones apuntadas no deben ser obstáculo para una valoración positiva de los avances que supone la LO 1/2004. La cuestión de fondo es si se quiere apostar por la prevención y la protección integral o no. Si la respuesta es afirmativa, probablemente sólo hay un camino –o al menos sólo se ha explorado científicamente un camino– para anticiparse a los riesgos sociales y garantizar una prevención eficaz. Otra cosa, es si al avanzar por estas sendas de la evolución legislativa somos conscientes de los cambios profundos que se introducen en el ámbito jurídico, de las tensiones garantistas que se generan, de que las reformas legislativas se pueden hacer bien o mal, o quedarse en papel mojado si no se implementan adecuadamente. En este sentido, personalmente creo que las constataciones y las reflexiones críticas a las que se ha ido arribando a lo largo de este trabajo, no pueden –ni deben– hacernos añorar sin más ni más el «formalismo» jurídico tradicional. No obstante, tampoco pueden perderse de vista las tensiones garantistas que se han generado con el fin de extremar las cautelas –que también se han introducido como consecuencia.

Por lo demás, la quiebra del formalismo jurídico tradicional puede incluso valorarse positivamente. El equilibrio entre democracia y principio de legalidad sólo podrá prosperar haciendo penetrar en el interior de la ley y en las dinámicas jurídicas criterios de legitimidad material y justificaciones concretas de las actuaciones de los poderes públicos. Y sólo podrá realizarse «realmente», por lo que respecta al control jurisdiccional, abriendo el discurso jurídico a espacios de pluralidad metodológica que permitan contemplar la incidencia de los aspectos políticos, económicos y sociales de las dinámicas jurídicas mediante las que se implementa el un derecho materializado,

14. Calvo García (1994 a, p. 260 ss).

orientado a fines –como es caso de las últimas reformas legislativas en materia de violencia familiar de género. Por lo que concierne al referido control democrático, sobre todo en atención habrá que instaurar o hacer operativas estructuras de participación abiertas a la sociedad civil, para las organizaciones concernidas pueden intervenir en el diseño y control de los criterios específicos de legitimidad material en el interior de las dinámicas jurídicas mediante las que se realiza el derecho regulativo.

Bibliografía citada

- ADLER, M. y S. ASQUITH (eds.) (1981): *Discretion and Welfare*, London: Heinemann E. B.
- AGUILAR, L. F. (ed.) (2003): *La implementación de las políticas*, México: MA Porrúa.
- CALVO GARCÍA, M. (1994a): *Los fundamentos del método jurídico: Una revisión crítica*, Madrid: Tecnos.
- , (1994b): “La protección del menor y sus derechos”, *Derechos y libertades* 2, p. 177-199.
- , (1995): “Políticas de seguridad y transformaciones del derecho”, en MUÑAGORRI LAGUIA; I (ed.), *La Protección de la Seguridad Ciudadana*, Oñati: I.I.S.L., p. 95-134, (Oñati Proceedings; 18).
- , (1998): “Paradojas regulativas: Las contradicciones del derecho en el estado intervencionista”, en AÑÓN, M^a J.; R. BERGALLI; M. CALVO y P. CASANOVAS (eds.), *Derecho y sociedad*, Valencia: Tirant lo blanch.
- , (1999a): “Políticas de seguridad, discrecionalidad policial y garantías jurídicas”, en COMISIÓN ANDINA DE JURISTAS (eds.), *Seguridad Ciudadana y derechos humanos*, Lima: CAJ, p. 153-193;
- , (1999b): “Transformaciones del derecho: «Desjudicialización», discrecionalidad y garantías”, *Pensamiento jurídico* 10, p. 73-95.
- , (2003): *El tratamiento de la violencia doméstica en la Administración de Justicia*, Madrid: CGPJ.
- , (2004): *Teoría del derecho*, 2^a ed., Madrid: Tecnos.
- , (2005): (coord.) *La respuesta desde las instituciones y el derecho frente al problema de la violencia doméstica en Aragón*, Madrid: Dykinson.
- , (2005): “Democracia y Principio de legalidad en el Estado regulativo”, en CALVO GARCÍA, M., *Transformaciones del Estado y del Derecho*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- EEKELAAR, J. (1992): “The Importance of thinking that children have rights”, en ALSTON, Ph. y otros (eds.), *Children, Rights and the Law*, Oxford: Clarendon.
- GALLIGAN, D.J. (1992): *Discretionary Powers. A Legal Study of Official Discretion*, Oxford: Clarendon.
- HAWKINS, K. (ed.) (2001): *The Uses of Discretion*, Oxford: Clarendon.
- INGRAM, H. (1990): “Implementation: A Review and Suggested Framework”, en LYNN, N. B. y A. WILDAVSKY (eds.), *Public Administration. The State of the Discipline*, Chatham (N.J.): Chatham House Pub., p. 462-482.

- OFFE, C. (1988): "Criterios de racionalidad y problemas del funcionamiento político-administrativo", en OFFE, C., *Partidos políticos y nuevos movimientos sociales*, Madrid: Sistema
- PRESSMAN, J. L. y A. WILDAVSKY (1973): *Implementation. How Great Expectations in Washington are Dashed in Oakland*, Berkeley: Univ. of California Press.
- SABATIER, P. A y D. A. MAZMANIAN (1981): "The Implementation of Public Policy: A Framework of Analysis", en MAZMANIAN, D. A. y P. A. SABATIER (eds), *Effective Policy Implementation*, Lexington (Mass.): Lexington B, p. 3-36.
- ZAGREBELSKY, G. (1995): *El derecho dúctil: Ley, derechos, justicia*, trad. M. Gascón, epílogo G. Peces-Barba, Madrid: Trotta.

LA SEGURIDAD DE LA VÍCTIMA DE VIOLENCIA DOMÉSTICA FRENTE A LOS DERECHOS DEL IMPUTADO

RAQUEL ASENSIO CALVO

Abogada

ÍNDICE: 0. INTRODUCCIÓN; 1. EL ENJUICIAMIENTO RÁPIDO DE LA VIOLENCIA DOMÉSTICA: 1.1. LA DISMINUCIÓN DE GARANTÍAS DEL IMPUTADO; 1.2. LA VÍCTIMA EN EL ENJUICIAMIENTO RÁPIDO; 2. EL REFORZAMIENTO DE LA PROTECCIÓN CAUTELAR DE LA VÍCTIMA: 2.1. LAS MEDIDAS CAUTELARES; 2.2. LAS MEDIDAS CAUTELARES CIVILES; 3. LA LEY DE MEDIDAS DE PROTECCIÓN INTEGRAL CONTRA LA VIOLENCIA DE GÉNERO; 4. CONCLUSIONES; BIBLIOGRAFÍA CITADA.

0. Introducción

La Constitución Española de 1978 articula el proceso penal como instrumento básico de la tutela de los derechos y garantías fundamentales reconocidos en la misma, por encima del carácter de mero mecanismo al servicio del *ius puniendi* del Estado. Por ello, al amparo de nuestra norma fundamental, el Derecho Penal y más en concreto el proceso penal, debe entenderse no desde su concepción únicamente represora sino como un mecanismo amparador de derechos y libertades, articulado a través de las garantías de una tutela efectiva, contradicción, igualdad y libre acceso a los tribunales. Partiendo de esta idea tan básica, es desde donde debe entenderse que nuestra Constitución ha tratado de garantizar una posición de igualdad entre la víctima y el imputado dentro del proceso penal.

Sin embargo, este equilibrio se está inclinando desde hace algunos años como consecuencia de la reciente tendencia que otorga primacía a la seguridad ciudadana en general, y de las víctimas en particular, frente a los derechos y libertades del imputado o incluso mero denunciado. Esta demanda social de seguridad unida a un sentimiento creciente y generalizado de desconfianza en la Administración de Justicia, es la que ha generado dos tipos de respuestas por parte de los poderes públicos. La primera, el incremento de medidas de tipo preventivo y la segunda, la llamada “tolerancia cero” hacia los infractores (Landrove 2003, p. 1), que de hecho se están traduciendo en acciones legislativas en el ámbito del Derecho Penal, caracterizadas por una actuación más inmediata y unas penas más severas. Acciones que, a la postre, forman parte de una imparable carrera legislativa que algunos autores no han dudado en calificar como

“furor legislativo” (Mestre Delgado, Esteban 2004, p. 9) o como “incontinencia legislativa” (Téllez 2004, p. 31)

Pues bien, si existe un ámbito en el que esta inclinación garantista ha sido especialmente acusada, es el específico de la violencia doméstica, en el que el reforzamiento de la posición de la víctima ha sido espectacular frente a la restricción de los derechos y libertades del autor de este tipo de infracciones penales, y que en sí va a ser el objeto de este estudio. El especial rechazo social que ha generado la divulgación de este tipo de conductas a través de los medios de comunicación, que hasta hace bien poco subsistían en un profundo oscurantismo, y la paulatina toma de conciencia generalizada de la magnitud del problema, han propiciado su tratamiento desde un enfoque esencialmente penal para alcanzar una sanción visible y una pronta reparación del daño.

Todas y cada una de las reformas que recientemente se han producido en nuestro Ordenamiento, destilan una creciente preocupación por la situación en que queda la víctima y tratan de otorgarle una mayor presencia y participación en el procedimiento penal. Ahora bien, a la vista de la regulación actual, y de la evolución sufrida en los últimos años hasta llegar a ella, se puede afirmar que dentro del ámbito de la violencia doméstica, los dos pilares sobre los que se asienta este “proteccionismo” hacia la figura de la víctima son, por un lado, el enjuiciamiento rápido de estas conductas y, por el otro, la tutela cautelar.

1. El enjuiciamiento rápido de la violencia doméstica

Los nuevos juicios rápidos han tratado de ser, en general, una respuesta contundente al fenómeno del progresivo aumento de la pequeña delincuencia en España en detrimento de la seguridad ciudadana. Esta preocupación, manifestada abiertamente en la Exposición de Motivos de la Ley 38/2002, de 24 de octubre, que los crea, se revela fundamentalmente en el contenido del artículo 795 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (en adelante LECR), cuando al delimitar el ámbito de aplicación del procedimiento en el caso de delitos, exige, en cuanto al tipo de la infracción penal, que ésta sea un delito flagrante, que su instrucción sea sencilla o bien, que se trate de alguno de los delitos contenidos expresamente en el mismo, dentro de los cuales se encuentra el de violencia doméstica habitual del artículo 173.2 del CP¹. Ahora bien, en cuanto a estos últimos, debe afirmarse que su inclusión dentro del ámbito de este nuevo procedimiento obedece, no sólo a razones de seguridad ciudadana, sino esencialmente a un intento de dar una respuesta inmediata a tales conductas por repugnar gravemente la conciencia social, como expresamente indica la Exposición de Motivos de la Ley 38/2002 en su Expositivo II (Sospedra 2004).

1. Se hace referencia únicamente a los delitos porque tras la reforma del Código Penal a través de la mencionada Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, prácticamente desaparecen las faltas de violencia doméstica, quedando tan sólo las del artículo 620 del CP, y de ellas, habrá que excluir también las amenazas leves con armas u otros instrumentos peligrosos, que cuando se refieran a sujetos pasivos de violencia doméstica, pasan a constituir el delito del artículo 153.

1.1. *La disminución de garantías del imputado*

Ante todo, debe tenerse en cuenta que se va a partir de un sentido amplio del término imputado, entendiendo no sólo la imputación judicial en sentido propio, sino también la extrajudicial, que supone la asignación de la participación delictiva a una persona determinada a través de una denuncia o atestado policial (Del Olmo 1999).

Matizado lo anterior, resulta evidente que la característica de los juicios rápidos por antonomasia, radica en la instrucción concentrada ante el juzgado de guardia, que conlleva a su vez la realización previa de un “atestado policial rápido” en el que se llevan a cabo, tal y como dispone el artículo 796 de la LECR, un gran repertorio de diligencias preprocesales por parte de la policía judicial (Barona 2003, Sospedra 2004). Y este reforzamiento de sus funciones llega hasta el punto de que sea ésta misma la que determine y califique de forma inicial, los supuestos en que resultará de aplicación el sistema de los juicios rápidos, lo que ya de por sí resulta discutible (González 2002). Es decir, la policía, al confeccionar el atestado, tendrá que determinar en ese momento la existencia de un delito de los contenidos en el artículo 795, y si, en función de las circunstancias que rodean ese hecho concreto, debe seguirse o no este procedimiento de urgencia (Columna 2004).

Sin embargo, esta cuestión pasa de ser meramente “discutible” a adquirir tintes de gravedad en el supuesto de la violencia doméstica. La regulación actual obliga a la policía judicial a realizar un juicio previo de verosimilitud de la denuncia de la víctima en un ámbito, el familiar, en el que habitualmente no existen otros indicios que incriminen al acusado (Sospedra 2004). Valoración que, hecha en esas condiciones, puede suponer, de forma a veces bastante atropellada, la detención e inmediata puesta a disposición del denunciado ante el juez de guardia, la incoación de unas diligencias urgentes y la celebración de un juicio rápido que, en el peor de los casos, puede terminar con una sentencia condenatoria por un delito de violencia habitual en el ámbito familiar del artículo 173.2 del CP, en la que se imponga una pena de hasta tres años de prisión e incluso la inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento de hasta cinco años.

Pero, es más, tampoco debe olvidarse que en estos supuestos de violencia doméstica recae también en la policía judicial una especial actuación consistente en el tratamiento y ayuda específica que debe darse a esa víctima, dentro de la cual se encuentra la obligación de informarle e incluso entregarle el modelo de solicitud de orden de protección, que, en su caso, deberá remitirse de forma inmediata al juzgado competente, tal y como dispone el artículo 544 ter) 3 de la LECR (Columna 2004). Resulta, por ello, que además de todo lo anterior, y como consecuencia de la valoración realizada por la policía de la declaración de la víctima, el acusado podrá encontrarse con la celebración de una audiencia en el plazo máximo de 72 horas, en la que cabrá adoptar no sólo medidas cautelares de tipo penal sino también civiles, que supongan nada menos que su salida del domicilio familiar, la limitación del régimen de custodia, visitas o comunicación con sus hijos y el abono de una pensión de alimentos, tal y como dispone el artículo 544 ter) 7 de la LECR.

Al hilo de lo expuesto, y atendiendo a la Jurisprudencia del Tribunal Supremo en relación con el principio de presunción de inocencia, ha de recordarse que los requisitos que deberá contener la declaración de la víctima para erigirse en única prueba de cargo serán los siguientes: credibilidad, verosimilitud en la imputación, corroboraciones por otros medios periféricos –tales como partes de lesiones, testigos, anteriores denuncias, informes médicos, etc.– y persistencia en la incriminación, de modo que la declaración sea firme, prolongada en el tiempo y sin ambigüedades o retractaciones². Ahora bien, al margen de la comprobación del cumplimiento de estas circunstancias en tan breve espacio de tiempo, la cuestión más importante es pensar si realmente la policía judicial está capacitada para hacer este juicio previo de valor, con las graves consecuencias que éste puede conllevar. Y aunque sea el juez competente el que en última instancia realizará una valoración definitiva, lo cierto es que, entretanto, se habrán desplegado una serie de medidas y actuaciones altamente restrictivas con respecto al denunciado, tales como su detención y su puesta a disposición judicial como imputado en un procedimiento penal. A lo que habrá que añadir que de continuarse con la tramitación de juicio rápido, el tiempo para poder obtener los medios esenciales de prueba que puedan paralizar las medidas activadas, será efectivamente escaso.

En definitiva, la celeridad de la instrucción en este tipo de procedimientos puede producir una gran indefensión en el imputado y, muy especialmente, en el caso de los delitos relacionados con la violencia doméstica. Por todo ello, en estos procedimientos, la defensa letrada del imputado tiene un papel especialmente garante dentro de la fase instructora, ya que estará en su mano la posibilidad de proponer las diligencias necesarias para la defensa que puedan frustrar la tramitación del juicio rápido, y su transformación en diligencias previas por no poder ser practicadas dentro de plazo, así como poner de manifiesto los déficits de defensa que se deriven de la tramitación acelerada del proceso, todo ello para evitar que esta vía procedimental altere el régimen de garantías del imputado (Sospedra 2004). Y es que la falta de alegación sobre este particular, puede dificultar la invocación posterior de la indefensión por no haber sido solicitada en su momento la conversión del procedimiento y por no haberse requerido las diligencias que se entienden esenciales al derecho de defensa.

1.2. *La víctima en el enjuiciamiento rápido*

En cambio, desde el punto de vista de la víctima, parece que las garantías, lejos de disiparse, se han afianzado con más intensidad que nunca a través de las recientes reformas legislativas, entre las cuales se encuentran las relativas a los juicios rápidos. Efectivamente, con el paso del tiempo se han ido introduciendo una serie de novedades orientadas a lograr un mayor protagonismo de la misma en el Derecho Penal³. Y esta cre-

2. Entre otras, la STS 605/2003, de 4 de septiembre, que a su vez cita otras muchas tanto del TC como del TS en este punto.

3. Sirvan de ejemplo las modificaciones introducidas en el CP tales como la atenuante del artículo 21.5 de reparación o disminución del daño, o la trascendencia del esfuerzo reparador en la sustitución

ciente preocupación por la figura de la víctima ha llegado a su mayor esplendor a través de las varias modificaciones que ha sufrido el procedimiento penal de la mano esencialmente de la tutela cautelar, cuestión ésta que se tratará más adelante con mayor detalle⁴. Ahora bien, toda esta aparente superprotección, desaparece en la práctica del enjuiciamiento rápido, y, más concretamente, en el ámbito de la violencia doméstica, llegando a producir un efecto perverso en la víctima que a priori puede pasar desapercibido.

En concreto, resultan bastante preocupantes ciertas cuestiones relacionadas de forma directa con la tipificación del hecho como delito de violencia habitual en el ámbito familiar del artículo 173.2 del CP.

En primer lugar, se aprecia esta carencia al valorar la *violencia psíquica* contemplada en el mencionado artículo, entendida como cualquier menoscabo de la salud mental. De modo que la acreditación de su existencia nos aboca irremisiblemente a la práctica de las pruebas periciales psicológicas o psiquiátricas necesarias para determinar el grado de afectación psíquica del agredido, así como sus secuelas (Marcos 2004). Resulta innecesario, por obvio, poner de manifiesto que habida cuenta la saturación de trabajo que actualmente colapsa la actividad de los juzgados, será del todo imposible poder contar en un breve espacio de tiempo, con un informe pericial de los profesionales oportunos, puesto que la detección y calificación de las lesiones psíquicas es una tarea difícil). Por ello no será posible en la gran mayoría de las ocasiones, acreditar tal situación no ya en la fase de instrucción, sino incluso en el acto de la vista, previsto dentro del plazo máximo de quince días desde la audiencia, según el artículo 800.3 de la LECR. No en vano, algún autor matiza que “la clave está en la sencillez de la instrucción y, en materia de violencia doméstica la instrucción de la violencia física puede ser sencilla a veces, pero la psíquica no lo es nunca” (Bayo 2002, p. 7).

En segundo lugar, ocurre algo similar en una cuestión tan importante como la valoración de la *habitualidad*, necesaria para conformar el tipo del artículo 173.2 del CP y que de por sí, es la nota más característica del mismo⁵. En este sentido, la Jurisprudencia mantiene una línea ya consolidada que califica esa habitualidad como un estado de violencia permanente⁶. Y, lógicamente, tal estado de agresión deberá inferirse, directa o indirectamente, de elementos probatorios tales como las denuncias previamente inter-

ción de las penas privativas de libertad en el artículo 81.3^a, o incluso la importancia que adquiere la conciliación con la víctima y reparación del daño causado en la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores. Sospedra Navas, Francisco José. *Op. cit.* p. 67. Y en esta línea también el artículo 801.1 de la LECR.

4. *Vid. infra* Cap. III.

5. Tal y como reza el artículo 173.3 del CP: “Para apreciar la habitualidad a que se refiere el apartado anterior, se atenderá al número de actos de violencia que resulten acreditados, así como a la proximidad temporal de los mismos, con independencia de que dicha violencia se haya ejercido sobre la misma o diferentes víctimas de las comprendidas en este artículo, y de que los actos violentos hayan sido o no objeto de enjuiciamiento en procesos anteriores.”

6. Entre otras muchas, STS 414/2003, de 24 de marzo; STS 355/2003, de 11 de marzo; STS 907/2002, de 16 de mayo; STS 662/2002, de 18 de abril; STS 20/2002, de 22 de enero; STS 1208/2000, de 7 de julio; y STS 927/2000, de 24 de junio.

puestas por el sujeto pasivo, partes de lesiones, periciales médicas, declaración de la víctima, de los testigos si los hubiera, o del propio agresor; teniendo en cuenta, a mayor abundamiento, que los episodios de agresión podrán haberse proyectado respecto de diversas personas de las señaladas en el artículo 173.2, así como que puede que esos actos no hayan sido objeto de enjuiciamiento en procedimientos anteriores o que ni tan siquiera hayan sido denunciados (Martínez 2002).

Y, por último, ha de constatarse que la celeridad que distingue estos procedimientos puede ser muy peligrosa para la víctima a la hora de valorar el *riesgo objetivo* que realmente existe sobre su persona, con la relevancia que ello puede suponer para la adopción de medidas cautelares al inicio de la instrucción, o bien de penas accesorias en la sentencia de las contenidas en los artículos 57 y 48 del CP, tales como la prohibición de residir en lugar determinado, de aproximación o de comunicación con la víctima. Evidentemente, para justificar una medida o pena de este tipo, habrá que constatar esa situación de riesgo, para lo cual será muy útil atender no sólo a la conducta delictiva del sujeto imputado y a las manifestaciones de la víctima, sino también al testimonio de terceros que hayan podido apreciar esa peligrosidad, a la existencia de informes periciales psicológicos o psiquiátricos en su caso, o incluso de informes policiales fruto de una labor de investigación (Muñoz 2004).

2. El reforzamiento de la protección cautelar de la víctima

La segunda materia, y no por ello menos importante, sobre la que se ha asentado este reciente “proteccionismo” hacia la víctima ha sido la tutela cautelar que, sin duda, ha sufrido un giro radical para amparar su posición, y, muy en concreto, la de la víctima de violencia doméstica, como se verá a continuación. Tras las reformas introducidas en el año 2002, a través de la normativa de los juicios rápidos, en el año 2003 se fueron sucediendo otras, dirigidas de una forma más directa a mejorar la tutela cautelar y de paso, a afianzar la protección de la víctima en el proceso. Concretamente la Ley Orgánica 13/2003, de 24 de octubre, en materia de prisión provisional, y sobretodo, la Ley 27/2003, de 31 de julio, en relación con la orden de protección y la Ley Orgánica 15/2003, de modificación del CP y la LECR, que han servido para conformar el entramado de medidas cautelares que se expondrá a continuación.

2.1. Las medidas cautelares

Podría decirse de una forma genérica que las medidas cautelares penales tienen como fin garantizar el normal desarrollo del proceso y, por tanto, la eficaz aplicación del *ius puniendi* (Aragoneses 2003). Y los presupuestos necesarios para su adopción, propios de tal naturaleza cautelar, son, en primer lugar, el denominado *fumus boni iuris*, una percepción inicial que permita hablar de una apariencia de buen derecho en el afectado. Y, en segundo lugar, el *periculum in mora*, que con carácter general alude al peligro que puede suponer una duración excesiva del proceso, en orden a las expectativas

de cumplimiento efectivo y real de la sentencia que ponga fin a la causa. Si bien, en este punto, hay que matizar que ciertos autores, relacionando este requisito con los supuestos de adopción de la orden de protección en situaciones de violencia, abogan por defender más que un peligro en el retardo, la protección de la víctima ante esa situación objetiva de riesgo, lo que han denominado "*periculum in damnum*" (De Lamo 2003, p. 1057) o "*periculum in libertatis*" (Delgado 2004, p. 46). Por otro lado, deberá tenerse en cuenta, además, que la celeridad del enjuiciamiento rápido influirá de forma decisiva en este presupuesto ya que el señalamiento del juicio es inmediato, de manera que, por regla general, se incrementa el riesgo de fuga. Circunstancia que expresamente tiene en cuenta el artículo 503.1 3º a) de la LECR en relación con la adopción de la prisión provisional en estos supuestos⁷.

Antes de nada, debe especificarse que el objeto del presente estudio se circunscribe tan sólo a las principales reformas sufridas en las medidas de carácter personal como consecuencia de esta tendencia proteccionista con la víctima, dejando al margen el resto, así como las medidas cautelares de naturaleza real.

Y partiendo de ese esquema, resulta ineludible la referencia a la ley reguladora de *la orden de protección*, como el primer y más significativo esfuerzo por proteger a la víctima a través de una acción integral y coordinada, capaz de aunar tanto medidas cautelares penales sobre el agresor, como medidas protectoras de índole civil y social que evitaran el desamparo de las víctimas de violencia doméstica. De hecho, algún autor, de forma muy expresiva, la ha definido como un "auténtico blindaje jurídico para la víctima" (Muñoz 2004, p. 4). Fruto de la misma nació el artículo 544 ter) de la LECR, como un mecanismo cautelar accesorio de un proceso penal, basado en dos presupuestos. El primero, la existencia de indicios fundados de la comisión de un delito o incluso 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 CP. Y el segundo, la concurrencia de una situación objetiva de riesgo para la víctima.

La ley no introdujo nuevas medidas cautelares penales, sino que se remitió a las previstas en la legislación procesal criminal. Sin embargo, la singularidad de su reforma radicó, al margen de la inclusión de una tutela civil, como se verá más adelante, en la especialidad del procedimiento en que podían adoptarse estas medidas cautelares. De este modo, ocurre que una vez presentada la solicitud de orden de protección y remitida al juzgado competente, que la mayoría de las veces será el juzgado de instrucción en funciones de guardia, éste, tras comprobar el cumplimiento de los requisitos antes mencionados, deberá convocar una audiencia urgente que se celebrará oralmente, de forma general dentro del servicio de guardia y, en cualquier caso, en un plazo máximo de 72 horas.

7. Efectivamente, dicho artículo, tras la reforma operada a través de la Ley 15/2003, de 25 de noviembre, indica que para valorar el riesgo de fuga habrá que estar "*... a la inminencia de la celebración del juicio oral, en particular en aquellos supuestos en los que proceda incoar el procedimiento para el enjuiciamiento rápido regulado en el Título III del Libro IV de esta ley.*"

Es necesario mencionar dos puntos esenciales en cuanto a este mecanismo, el primero de ellos, derivado del principio de accesibilidad que trasluce toda la regulación de la orden de protección, y que busca proporcionar las máximas facilidades a la víctima para posibilitar su salida del entorno violento. En este esfuerzo por ayudar a la víctima, la ley llegó a legitimar a personas diferentes a ella para solicitar estas medidas cautelares cuando tengan carácter penal, tales como el propio juez de oficio, cualquier persona que mantenga con la víctima alguna de las relaciones indicadas en el artículo 173.2 del CP, el ministerio fiscal y cualquier entidad y organismo, tanto público como privado, que tuvieran conocimiento de los hechos. Y resulta evidente que el efecto que todo ello produce en la práctica es un índice elevadísimo de solicitudes, derivado del acceso sencillo e inmediato a la orden de protección, tanto por parte de la víctima como incluso de terceros, que paralelamente implica un incremento en la adopción de medidas cautelares en los procesos penales por violencia doméstica.

Y el segundo de ellos, derivado del principio de urgencia, que posibilita la obtención de este estatuto integral de protección en tan sólo 72 horas. Claramente influido por este principio, el artículo 544 ter) 4 permite, además, que la audiencia urgente se sustancie de forma simultánea a la prevista para la adopción de la prisión provisional, a la del artículo 798 en sede de diligencias urgentes en materia de juicios rápidos y a la celebración del juicio de faltas.

En cuanto a *las concretas medidas cautelares penales*, se debe matizar que aquellas en las que mayor ha sido la influencia de la regulación nacida en el año 2003, son las siguientes:

1. El distanciamiento entre el agresor y la víctima: en cualquiera de sus versiones –prohibición de residir, de acudir, de aproximarse o de comunicación–. A este respecto, se realizan también algunas reflexiones acerca de la misma como pena y no sólo como medida cautelar, por entender que también influye de forma relevante en la posición del imputado, en este caso ya condenado, por un delito de violencia doméstica.

Desde su creación en el año 1999, esta medida ha sufrido varias modificaciones. Pero centrándonos en las reformas más recientes, podría decirse que las más significativas han sido las introducidas por la Ley Orgánica 15/2003, que además de ampliar sus límites máximos, ha introducido importantes novedades para mejorar su eficacia en la lucha contra la violencia doméstica. Para empezar, ha dispuesto que la prohibición concreta de aproximación llevará anudada la consecuencia jurídica de suspensión *ex lege* del régimen de visitas comunicación y estancia respecto de los hijos que, en su caso, se hubiere fijado en sentencia civil, hasta el total cumplimiento de la pena impuesta de prohibición de aproximación.

En segundo lugar, en la modificación del 57.1 del CP, se especifica que si el juez impusiera pena privativa de libertad en la sentencia y una o varias de las prohibiciones del artículo 48, deberá establecer esta prohibición por un tiempo superior al correspondiente a la pena privativa de libertad. De esta forma, se trata de conseguir que una vez cumplida ésta, el condenado tenga unas medi-

das de prohibición posteriores que le impidan acercarse a la víctima. Y al mismo tiempo, se dispone el cumplimiento simultáneo de las penas privativas de libertad y las medidas de prohibición para evitar, con buen criterio, que en un permiso de salida del centro penitenciario, el agresor pudiera acercarse a la víctima.

Y para finalizar con este punto, debe resaltarse que se incluye en el apartado segundo del artículo 57 CP, la obligación de acordar en todo caso la medida prevista en el artículo 48.2 –prohibición de aproximación– cuando se trate de los sujetos pasivos previstos en el artículo 173.2, es decir, en los supuestos de violencia doméstica.

2. La prisión provisional: materia que se ha visto revisada no sólo por la Ley Orgánica 15/2003 antes citada, sino también por la Ley Orgánica 13/2003, de 24 de octubre. Y la primera cuestión que llama la atención desde el punto de vista que estamos tratando, es la rebaja de los requisitos necesarios para adoptar la prisión provisional en materia de violencia doméstica. Efectivamente, la excepcionalidad de una medida como ésta, que incide de forma directa en el derecho a la presunción de inocencia y en la libertad personal del imputado, hacen que tenga una naturaleza excepcional y subsidiaria⁸. Sin embargo, a través de la Ley Orgánica 15/2003, se introduce en el artículo 503.3º c) de la LECR la posibilidad de que esta medida se pueda adoptar con el siguiente fin: *“Evitar que el imputado pueda actuar contra bienes jurídicos de la víctima, especialmente cuando ésta sea alguna de las personas a las que se refiere el artículo 173.2 del Código Penal. En estos casos no será aplicable el límite que respecto de la pena establece el ordinal 1º de este apartado”*.

Es decir, con esta nueva redacción, se permite la imposición de la prisión provisional por la simple comisión de un delito castigado con una pena de prisión mínima de sólo seis meses y sin tomar en consideración otras circunstancias, al contrario de lo que ocurre en el resto de los supuestos del artículo 503. Y esto, evidentemente, choca con los principios generales de excepcionalidad y proporcionalidad que presiden esta medida, haciendo dudar en este supuesto de su naturaleza cautelar (Sospedra 2004)⁹. Es más, el artículo 502.3 establece como criterio de ponderación del juzgador, la repercusión del hecho objeto del delito, lo cual, acompañado del innegable rechazo social que estas conductas producen, puede determinar un juicio de valor de especial intensidad a la hora de adoptar

8. Al respecto, basta con leer el artículo 502.2 de la LECR, según el cual: *“La prisión provisional se adoptará cuando objetivamente sea necesaria, de conformidad con lo establecido en los artículos siguientes, y cuando no existan otras medidas menos gravosas para el derecho a la libertad a través de las cuales puedan alcanzarse los mismos fines que con la prisión provisional.”*

9. Además, no debe olvidarse que el espíritu que late en esta reforma es el de coordinar de forma respetuosa la institución de la prisión provisional con el contenido esencial del derecho a la libertad y a la presunción de inocencia, consagrados en los artículos 17 y 24 de la Constitución, tal y como expresa la Exposición de Motivos de al Ley 13/2003, de 24 de octubre en su expositivo I.

la medida, ejerciendo un efecto “tranquilizador” en la población en lugar de una función de prevención (Aragoneses 2003, p. 419).

A mayor abundamiento, si a todo ello sumamos que el procedimiento puede haberse tramitado a través de un juicio rápido basado esencialmente en la declaración de la víctima, resulta obvio que la inseguridad y la indefensión son palpables en la figura del imputado, que se ve arrastrado desde un primer momento por un sistema automáticamente posicionado a favor de la presunta víctima y que con suma facilidad puede suponer su ingreso en prisión de forma provisional.

Finalmente, es preciso hacer un pequeño apunte acerca del *incumplimiento de las medidas cautelares penales* en relación con la modificación sufrida en el artículo 544 bis) de la LECR de la mano de la Ley Orgánica 15/2003, según la cual en caso de incumplimiento por parte del inculpaado de la medida acordada, se convocará la comparecencia regulada en el artículo 505 para la adopción de la prisión provisional o bien otra medida cautelar que implique una mayor limitación de su libertad personal. Resulta que al cotejar el contenido de este artículo con el del 468 del CP, destaca el hecho de que el quebrantamiento de medida cautelar es un delito que no siempre está condeñado con pena de prisión, sino única y exclusivamente cuando se produzca un incumplimiento de la prohibición de aproximación a la víctima, y que, además, el propio artículo 468 permite como alternativa a la prisión la pena de trabajos en beneficio de la comunidad. Y al margen de lo anterior, tampoco puede perderse de vista que la pena de prisión que en él se establece tiene una gravedad relativa, puesto que conlleva el mínimo legalmente permitido de tres meses. Por todo ello, puede plantear dudas, atendiendo a los criterios de excepcionalidad y proporcionalidad antes indicados, que el quebrantamiento de medida cautelar sea en todos los supuestos causa suficiente para poder acordar de forma directa una medida tan gravosa como la de prisión provisional, lo que en sí, debería obligar a una cuidadosa ponderación de las circunstancias de cada caso concreto (Muñoz 2004).

2.2. *Las medidas cautelares civiles*

Volviendo a la Ley 27/2003, de 31 de julio, reguladora de la orden de protección, encontramos que el apartado 7 del artículo 544 ter) recoge una de las bazas estrella que, desde su aparición, abandera incesantemente el sistema judicial en su lucha contra la violencia doméstica: la posibilidad de que el juez de instrucción en funciones de guardia pueda adoptar una serie de medidas cautelares civiles para proteger a las víctimas de dichas conductas. Esta idea, que viene presidida por el principio de integralidad, es una manifestación de la anhelada coordinación entre las jurisdicciones penal y civil, ante la duplicidad de problemas que surgen en ambos ámbitos derivados de la convivencia familiar.

En concreto, y aparte de las medidas contenidas en el artículo 158 del Código Civil (en adelante CC) en relación con los menores, las medidas civiles que actualmente puede acordar el juez penal al dictar una orden de protección son las siguientes:

1. Atribución del uso y disfrute del domicilio familiar: que deberá realizarse atendiendo al interés más necesitado de protección (García Rubio 2004).
2. Determinación del régimen de custodia, visitas, comunicación y estancia con los hijos.
3. Régimen de prestación de alimentos: teniendo en cuenta que el hecho de que la orden de protección pueda aplicarse a uniones matrimoniales o no, o de que incluso quepa su aplicación a otros miembros diferentes de la unidad familiar, obliga a utilizar el término más amplio de alimentos y, por ende, a acudir a las disposiciones generales de los artículos 142 y siguientes del CC, reguladores de los alimentos entre parientes (Saura Alberdi 2004).
4. Cualquier otra disposición que se considere oportuna a fin de apartar al menor de un peligro o de evitarle perjuicios: previsión abierta y algo repetitiva, que coincide casi de forma literal con lo dispuesto en el artículo 158.4 del CC.

De su contenido se deduce que nos encontramos ante medidas ya existentes, como ocurría en el caso de las de carácter penal, y por lo demás, muy similares a las previstas en la regulación de las medidas provisionales de los procedimientos de nulidad, separación y divorcio. La razón de su novedosa inclusión en esta sede, puede ser la detección de un grave problema de coordinación, principalmente entre la orden de alejamiento que pudo ser dictada y las medidas provisionales de asignación del uso de la vivienda familiar, atribución de la guarda de los hijos y el régimen de visitas con los mismos. Efectivamente, la asignación del uso de la vivienda al cónyuge respecto del que se hubiera dictado la orden de alejamiento y el establecimiento a favor de éste de un régimen de visitas cuyo cumplimiento hiciera necesario el acercamiento al cónyuge con el que los hijos conviven, resultaría contradictorio con las prohibiciones contenidas en la orden de alejamiento (Ortells 2004).

Al margen de lo anterior, son destacables varios aspectos en esta materia, el primero de ellos, la *subsidiariedad de las medidas civiles en la orden de protección*. Resulta congruente que el legislador haya considerado preferente la competencia civil en la adopción de estas medidas, de manera que las mismas únicamente podrán concederse de forma subsidiaria, es decir, cuando no hayan sido acordadas previamente en un procedimiento civil. Por lo tanto, el juez penal no podrá modificar las medidas adoptadas con anterioridad por un órgano judicial civil. Y por otro lado, es importante destacar que, tal y como dispone el artículo 544 ter), todo lo anterior se llevará a cabo sin perjuicio de que dentro del proceso penal o al margen del mismo, se puedan adoptar algunas de las medidas del artículo 158 del CC para proteger los intereses de los menores implicados, en cuyo caso no existirá la limitación consistente en que dichas medidas no hubieran sido previamente adoptadas por un órgano civil (Saura 2004).

Y el segundo punto importante, lo constituye la *vigencia temporal de las medidas*, que concretamente se estipula en treinta días, frente a las medidas cautelares penales que, tal y como dispone el apartado 6 del artículo 544 ter), tendrán la vigencia establecida con carácter general en la LECR. Se trata, por lo tanto, de un plazo perentorio

y el transcurso del mismo sin la iniciación del correspondiente procedimiento civil, tendrá una consecuencia contundente: las medidas adoptadas en la orden de protección quedarán automáticamente sin efecto. La explicación es sencilla, si se tiene en cuenta que la intención del legislador parece haber sido, no la de sustituir o anticipar las consecuencias de un procedimiento de familia posterior, sino la de proteger a la víctima en el ínterin que transcurre desde la adopción de una orden de protección en un procedimiento penal y la frecuente iniciación de un procedimiento civil posterior, de modo que cuando acuda a él, tenga ya unas medidas cautelares que le estén protegiendo en los aspectos más básicos. De ahí que el mantenimiento de las medidas se haga depender de la iniciación de un procedimiento civil posterior, donde se dará cobertura legal íntegra a todos los aspectos de la relación familiar.

Por lo demás, son extrapolables en este punto, todas las precisiones que se hicieron al hablar de la tramitación procesal de las medidas cautelares penales, puesto que su adopción dentro de la orden de protección será conjunta, siendo destacable únicamente la enorme similitud entre este procedimiento y el de las medidas provisionales previas propias de los procedimientos de separación, nulidad y divorcio, especialmente las de carácter urgente recogidas en el artículo 771.2 de la LEC.

3. La Ley de Medidas de protección integral contra la violencia de género

Además de todo lo expuesto hasta ahora, debe destacarse la recientemente aprobada Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género¹⁰. Esta ley, estructurada en seis Títulos, es el resultado de un ambicioso esfuerzo por afrontar de una forma global y conjunta el problema de la violencia doméstica, haciendo especial hincapié en la prevención desde la educación como pilar esencial para su erradicación a largo plazo. Medidas de tipo penal y sustantivo, tanto civiles como penales y disposiciones específicas en materia laboral, social y de publicidad, tratan de hacer un frente común al problema, con la mirada puesta en referencias internacionales. Sin embargo, pese al acierto de la idea, asentada por primera vez en la coordinación, presenta graves carencias que, sin duda, harán correr en breve largos ríos de tinta.

Son tantas las cuestiones que podrían estudiarse con detalle en este nuevo instrumento legal, que su contenido sería suficiente para realizar un trabajo monográfico. No obstante, en estas páginas se tratará de la forma más breve posible de apuntar algunas reflexiones e interrogantes relacionados con este nuevo paso en la inclinación de nuestro ordenamiento hacia la seguridad y de forma más concreta, sólo hacia la de ciertas víctimas de la violencia.

10. Publicada en el BOE, nº 313, de 29 de diciembre, y que entró en vigor el 29 de enero de 2005, a excepción de los Títulos IV y V, relativos a la Tutela Penal y Judicial respectivamente, que lo harán seis meses después.

1. Delimitación de la violencia doméstica desde una perspectiva de género: el primer aspecto que llama la atención de este texto legal es que su ámbito se circunscribe a la llamada violencia de género. Merece por ello, un sucinto comentario su artículo 1 en el que, al hacer referencia al objeto de la ley, se recoge una definición de violencia doméstica como violencia de género, en mi opinión bastante limitada, por entender el sexo femenino indisolublemente unido a la persona de la víctima¹¹.
2. Modificación de la tutela penal en estos supuestos: otro aspecto importante que configura su Título IV. Este Título no entrará en vigor hasta el mes de junio de 2005 y en él se contienen diversas modificaciones claramente enfocadas a endurecer los tipos penales relacionados con los hechos que ampara esta ley y a obstaculizar la obtención de facilidades por parte del condenado en la ejecución de la penas. Debe añadirse, de una forma más bien crítica, que estas modificaciones afectan a varios artículos ya revisados anteriormente por las reformas de la Ley Orgánica 15/2003¹².

En cuanto a los delitos concretos, puede decirse, de una forma global, que en la nueva regulación se han creado o añadido nuevos tipos específicos relacionados con la comisión de violencia de género, bien para agravar las penas de estas conductas o bien para imponer de forma accesoria otras penas privativas de derechos.

Y de forma especial, merece ser destacada aparte la nueva modificación que realiza en el artículo 468 del CP, regulador del quebrantamiento de condena o medida cautelar, puesto que a partir de su entrada en vigor, cuando el ofendido sea una de las personas del artículo 173.2 CP y se hubiera quebrantado, no sólo la prohibición de aproximación, sino cualquiera de las contenidas en el artículo 48, ya fuera como pena, medida cautelar o de seguridad, la prisión provisional deberá aplicarse de forma obligatoria y con un mínimo de 6 meses, en vez de los tres establecidos en la última reforma¹³.

3. La acreditación de la existencia de una situación de violencia de género: otro punto esencial y llamativo a la vez, de esta reforma, se encuentra en el artículo 23 de la ley, que hace referencia a la acreditación de dicha situación para poder

11. Cita textualmente el artículo 1.1: *“La presente Ley tiene por objeto actuar contra la violencia de género que, como manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres, se ejerce sobre éstas por parte de quienes sean o hayan sido sus cónyuges o de quienes estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad, aún sin convivencia.”*

12. No olvidemos que la reforma del CP introducida por esta ley, entró en vigor en el mes de octubre de 2004, apenas 2 meses antes de que muchos de esos mismos artículos hayan sido de nuevo modificados por la presente ley.

13. Por ello, esta cuestión debe ponerse en relación con lo expuesto anteriormente al respecto. *Vid. supra* Cap. III.1.

acceder a los derechos que proporciona esta norma¹⁴. La misma consiste de forma general en la orden de protección a favor de la víctima, y salta a la vista que la dependencia de la existencia previa de una orden de protección podría desatar una solicitud indiscriminada de medidas de este tipo para obtener el acceso a las ayudas y derechos que proporciona esta ley integral.

No puede olvidarse, además, que el mecanismo de la orden de protección tiene su finalidad propia y por ello está inmerso en el seno de un procedimiento iniciado para sancionar penalmente una infracción relacionada con la violencia en el hogar. Además de que resulta algo incoherente casar esta nueva regulación, que enfoca la violencia desde el punto de vista esencialmente femenino, con los términos de la regulación de la orden de protección, que no distingue el sexo de las víctimas ni su edad.

4. La competencia y los nuevos juzgados de violencia contra la mujer: otra gran novedad fruto de esta nueva ley y que con toda seguridad planteará múltiples problemas en la práctica, es la creación de estos nuevos órganos judiciales a los que dedica parte de su Título V y que desde el momento en que entren en funcionamiento, serán competentes en esa materia.

Entendidos desde una especialización dentro del orden penal, surgen dotados de unas competencias muy amplias, tanto penales, incluyendo los juicios rápidos, como civiles. Ahora bien, no absorben toda la competencia del artículo 173.2 del CP, sino tan sólo la relativa a los hechos en los que el sujeto pasivo sea la esposa o mujer que esté o haya estado ligada al autor por una análoga relación de afectividad, aún sin convivencia, así como los descendientes, menores o incapaces, pero sólo condicionado en estos casos a que se trate, al mismo tiempo, de un acto de violencia sobre la mujer¹⁵. Queda claro, por tanto, que la agresión aislada a descendientes, menores o incapaces, no determina la inclusión del ámbito competencial en estos juzgados, sino que el conocimiento de la agresión iría a los juzgados de instrucción.

Al margen de otra serie de reflexiones relacionadas con esta nueva distribución competencial, sí merece unas líneas cuando se pone en relación con la adopción de una orden de protección, por dos razones. En primer lugar, porque, dentro del orden penal, el nuevo 87 ter) 1 a) de la Ley Orgánica del Poder Judicial otorgará a los juzgados de violencia contra la mujer la competencia para adoptar las órdenes de protección, sin perjuicio de la atribuida al juez de guardia. De dicha afirmación se infiere que cuando la víctima se encuentre dentro del círculo del artículo 173.2 y además sea mujer o bien un descendiente, menor

14. Derechos tales como a la información y asesoramiento sobre su situación personal, asistencia social integral y asistencia jurídica gratuita, derechos laborales y prestaciones de la Seguridad Social, derechos de las funcionarias públicas y ayudas sociales.

15. *Cfr.* artículo 44 de la ley que adiciona un artículo 87 ter) a la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.

o incapaz en los términos señalados anteriormente, el juzgado competente para adoptar la orden de protección será el juzgado de violencia contra la mujer. Y, en cambio, cuando la víctima sea cualquier otra de las contenidas en el citado 173.2, será competente el juzgado de guardia por indicación de lo dispuesto en el artículo 544 ter) de la LECR. Es decir, a partir de la entrada en vigor de estos nuevos juzgados, nos encontraremos con dos sistemas de atribución competencial en la orden de protección, según concurran o no las circunstancias relativas al sujeto pasivo de la infracción penal (Magro 2004).

Y en segundo lugar, porque debe recordarse también que las medidas civiles que pueden adoptarse en aquélla, únicamente dispondrán de una vigencia de 30 días, dentro de los cuales deberán ser ratificadas, modificadas o dejadas sin efecto por el juez civil competente. Por ello, a la luz de esta nueva regulación, parece interpretarse que en los casos incluidos en su ámbito de aplicación, podría ser el mismo juez que adopte la orden de protección el que posteriormente decida sobre estas cuestiones civiles a través del correspondiente procedimiento de familia.

Continuando con la cuestión de la competencia, debe apreciarse también la situación en que queda la de carácter territorial. Como consecuencia del orden en que se dirimen estos procedimientos, entrarán en juego las reglas competenciales de los artículos 14 y 15 de la LECR, ambos modificados a través de esta nueva ley. En el caso de la orden de protección, nos encontrábamos con que primaba la competencia del juzgado o tribunal del lugar de comisión de los hechos, tanto para la adopción de medidas cautelares penales como civiles. Sin embargo, a partir de esta nueva regulación, siempre dentro del ámbito de actuación de los juzgados de violencia contra la mujer, la competencia territorial se situará inicialmente en el lugar del domicilio de la víctima. Es decir, dentro del orden penal en que nos estamos moviendo, se rompe con el criterio del lugar de comisión de los hechos para atribuir la competencia territorial al juzgado del domicilio de la víctima.

Cierto es que en la gran mayoría de las ocasiones ambos lugares coincidirán por el tipo de infracción penal de la que estamos hablando. Pero ello no es obstáculo para que en alguna ocasión se puedan producir situaciones anómalas. Ocurre de este modo, que lo que supone un claro favorecimiento a la víctima, puede implicar una carga excesiva para el resto de intervinientes en el proceso, derivada de la distancia. Además, el lugar de comisión es inalterable por la voluntad de las partes, mientras que no ocurre lo mismo con el domicilio de la víctima, que queda al arbitrio de su voluntad (Magro 2004).

5. La tutela cautelar: el último aspecto a mencionar sobre esta ley integral lo conforman las medidas de protección y seguridad de las víctimas, recogidas en los artículos 61 a 69. Su configuración las hace compatibles con las restantes que se adopten en los procesos civiles o penales que puedan resultar de aplicación, y también con una posible orden de protección. La única diferencia es que de

forma inicial, su duración queda única y exclusivamente al arbitrio del juez que las imponga. Las concretas medidas son las siguientes:

- *La salida del domicilio, alejamiento o suspensión de las comunicaciones* (artículo 64): en este punto se permite al juzgado tomar cautelarmente una decisión nueva y diferente de la de la atribución del uso de la vivienda familiar, como es la salida directa del agresor del domicilio en cuestión.
- *La suspensión de la patria potestad o de la custodia de menores* (artículo 65): puede apreciarse en esta medida grandes diferencias con respecto al contenido de las medidas cautelares civiles aplicables a través de la orden de protección, puesto que en ésta se omitía toda referencia a la patria potestad. La gravedad del contenido de esta medida cautelar es enorme, no sólo por hacer referencia a la suspensión de uno de los deberes más esenciales de la relación paterno-filial, sino porque, además, no determina su duración.

En cualquier caso, no deja de asombrar la solución tan distinta a la que se puede llegar en función de cuál sea la norma aplicable. Si pensamos, por ejemplo, en una agresión directa del progenitor a su hijo menor, entrará en funcionamiento la normativa reguladora de la orden de protección y, por tanto, únicamente se podrá establecer la custodia de forma cautelar para la madre –al margen de lo dispuesto en el artículo 158 del CC–. Sin embargo, si esa agresión tiene lugar sólo sobre ésta, podría solicitar automáticamente la suspensión no sólo de la custodia, sino incluso de la patria potestad del agresor, lo cual comparativamente hablando, resulta bastante injusto.

- *Suspensión del régimen de visitas* (artículo 66): simplemente resaltar que, de nuevo, en el ámbito de la ley integral se da un paso más hacia la protección de la víctima, al hablar abiertamente de suspensión, mientras que en la orden de protección tan sólo se menciona la “determinación” del régimen de visitas.
- *Suspensión del derecho a la tenencia, porte y uso de armas* (artículo 67): cuya particularidad reside en que se recoge como mera suspensión y no como privación del derecho, tal y como dispone por su parte la legislación penal.

Debe añadirse, por último que la regulación en esta materia es bastante pobre, ya que nada se dice sobre su articulación procesal, salvo que las medidas deberán adoptarse mediante auto motivado, en el que se aprecie su proporcionalidad y necesidad y, en todo caso, con intervención del ministerio fiscal y respeto de los principios de contradicción, audiencia y defensa. Ya hay algún autor que ha interpretado que ese auto es el que acuerda la orden de protección, lo cual es bastante lógico (Magro 2004). Sin embargo, recordemos que ésta es totalmente voluntaria y no tiene por qué darse en todos los casos de violencia, aunque claramente exista una tendencia al incremento de su demanda. Y en esos casos, no queda claro qué auto o qué procedimiento será aquél en el que se adoptarán estas medidas.

4. Conclusiones

El avance y la mejora de la tutela de los intereses de las víctimas, y sobretodo de las de violencia doméstica, resulta loable e igualmente, el rechazo a este tipo de conductas debe ser unánime por parte de todos los sectores de la sociedad. Ésta es la postura desde la que pretendo que sean entendidas las ideas que se exponen a continuación. Y es que, en relación con todo lo expuesto hasta ahora, debe decirse que nuestro Ordenamiento Jurídico ha de preservar de una forma objetiva el necesario equilibrio de las partes, y sobretodo de las implicadas en el proceso penal, y huir, también, de peligrosas oscilaciones como las que se han sucedido en nuestra legislación más reciente. En definitiva, son muchas las conclusiones que pueden desprenderse de todo lo expuesto, peso quizá las más relevantes podrían ser las siguientes:

1. Se ha generado en nuestro Ordenamiento una marcada tendencia garantista y proteccionista para con la presunta víctima de violencia doméstica, enfocada desde una perspectiva esencialmente penalizadora, que en suma está afectando peligrosamente a los derechos propios del presunto, también, imputado en esta materia. Y esta inclinación, además, se ha materializado a través de una confusa y descoordinada proliferación de reformas puntuales en un breve espacio de tiempo, provocadas por una creciente presión social que demanda con impaciencia una solución al fenómeno.
2. En mi opinión personal, es un error la inclusión de las conductas de violencia doméstica dentro del ámbito de aplicación del enjuiciamiento rápido, puesto que la celeridad del mismo conlleva el riesgo de la pérdida de importantes garantías procesales y sustantivas ya no sólo para el imputado, sino incluso también para la propia víctima.
3. Desde el año 2003, se ha producido una auténtica revolución en materia cautelar que, partiendo de un enfoque penal, abarca medidas no sólo de este orden sino también de carácter civil. Y lo más peligroso, indudablemente, es que en aras de esta protección, se está dejando de lado el carácter instrumental y en ocasiones excepcional de estas medidas, cuya esencia reside en paliar el peligro de una previsible duración excesiva del proceso, para convertirlas simplemente en un fin en sí mismas.
4. Por último, merece una crítica favorable el esfuerzo integrador y coordinador de la nueva Ley de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género. Sin embargo, no se puede decir lo mismo de su enfoque, fruto una vez más de la presión social, por estar limitado a lo que denomina violencia de género y dejar desprotegidos otros colectivos como los ancianos, menores u hombres.

Bajo mi punto de vista, el establecimiento de diferentes tipos de víctimas que provoca esta nueva regulación, resulta seriamente discutible. Más aún, yo diría que choca con el espíritu que acompañaba a su más cercano precedente, la ley reguladora de la orden de protección que, en un intento más realista de integrar a todas las víctimas, otorgaba incluso los mismos derechos a las uniones extra-

matrimoniales del mismo o diferente sexo. En definitiva, resulta difícil articular esta nueva norma con la idea general que subyace en esta materia: la existencia de situaciones extremas en las que debe darse prioridad a la protección de la víctima, con independencia de sus circunstancias personales.

Bibliografía citada

- ARAGONESES MARTÍNEZ, S. (2003): “Las medidas cautelares”, en *Derecho Procesal Penal*, Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, p. 389-424.
- BARONA VILLAR, S. (2003): “Reflexiones breves sobre la reforma procesal penal de 2002”, *Diario de Jurisprudencia El Derecho* 1734, p. 1-5.
- BAYO DELGADO, J. (2002): “Una reforma no necesaria, pero conveniente”, *Diario de Noticias La Ley*, Especial noviembre: juicios rápidos, p. 7.
- COLUMN HERRERA, L. M. (2004): “Casuística de la intervención de las fuerzas y cuerpos de seguridad en los juicios rápidos”, *La Ley Penal* 5, p. 27-44.
- DE LAMO RUBIO, J. (2003): “La nueva orden de protección de las víctimas de la violencia doméstica, instaurada mediante la Ley 27/2003, de 31 de julio”, *Actualidad Penal* 42, p.1045-1069.
- DEL OLMO DEL OLMO, J. A. (1999): *Garantías y tratamiento del imputado en el proceso penal*, Madrid: Trivium.
- DELGADO MARTÍN, J. (2004): “La orden de protección de las víctimas de violencia doméstica”, *La Ley Penal* 2, p. 39-56.
- GARCÍA RUBIO, M^a P. (2004): “Medidas civiles ante la violencia contra las mujeres. Análisis de los aspectos civiles de la orden de protección”, *Diario La Ley* 6041, p. 1-17.
- GONZÁLEZ ARMENGOT, J. L. (2002): “Medios para su efectividad”, *Diario de Noticias La Ley*, Especial noviembre: juicios rápidos, p. 2-3.
- LANDROVE DÍAZ, G. (2003): “El Derecho Penal “de la seguridad””, *Diario La Ley* 5868, p. 1-6.
- MAGRO SERVET, V. (2004): “La modificación de la regulación de la orden de protección en el Proyecto de Ley de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género”, *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía* 4, p. 1857-1864. Disponible en: http://authn.laley.net/hdiario/2004/diario_0929_doc1.html.
- MARCOS AYJÓN, M. (2004): “Un nuevo delito de malos tratos: análisis del artículo 173 del Código Penal”, *La Ley Penal* 2, p.17-38.
- MARTÍNEZ RUÍZ, J. (2002): “Las modulaciones del principio de presunción de inocencia en el delito de violencia habitual en el ámbito doméstico”, en MORILLAS CUEVAS, L. (coord.), *Estudios penales sobre violencia doméstica*, Madrid: Edersa, p. 449-491.
- MESTRE DELGADO, E. (2004): “La reforma permanente como (mala) técnica legislativa en Derecho Penal”, *La Ley Penal* 1, p. 7-17.
- MUÑOZ, J. (2004): “¿Son suficientes los instrumentos procesales para prevenir la violencia doméstica?”, *Actualidad Jurídica Aranzadi* 630, p. 1-5.

- ORTELLS RAMOS, M. (2004): "Tratamiento de la violencia doméstica en la LECRIM: un comentario a la Ley 27/2003, de 31 de julio, reguladora de la ODP de las víctimas de la violencia doméstica", en *Encuentros "Violencia Doméstica"*, Madrid: CGPJ, p. 397-447.
- SAURA ALBERDI, B. (2004): "Aspectos civiles de la orden de protección de las víctimas de la violencia doméstica", *Diario La Ley* 5925, p. 8-10.
- SOSPEDRA NAVAS, F. J. (2004): *Las reformas del proceso penal de 2002 y 2003. Juicios rápidos. Prisión provisional y orden de protección. El juicio de faltas*, Madrid: Thomson Cívitas.
- TÉLLEZ AGUILERA, A. (2004): "La reforma del Código Penal y sus implicaciones penológicas", *La Ley Penal* 1, p. 30-50.

DOCTRINA DE LA SEGURIDAD NACIONAL VS. IUS ANTE BELLUM.
EN TORNO A LA NULA CONSTITUCIONALIZACIÓN
DEL CONFLICTO ARMADO

FRANCISCO PALACIOS ROMEO
Universidad de Zaragoza

ÍNDICE: 0. PRESENTACIÓN; 1. EL PRESUPUESTO ABSOLUTO-ABSOLUTISTA DE LA IDEOLOGÍA DE LA SEGURIDAD; 1.1. LOS PERVERSOS ESPACIOS FÁCTICOS Y TEÓRICOS DEL ESTADO HEGEMONISTA; 1.2. EL CONFUSO MARCO TEÓRICO Y JURÍDICO DE LA VIOLENCIA. EL EQUÍVOCO DISCURSO GUERRERISTA; 2. LA ACONSTITUCIONALIDAD DE LA GUERRA EN LA CONSTITUCIÓN DE 1978 COMO AVALISTA DE LA IDEOLOGÍA DE LA SEGURIDAD; 2.1. LA ACONSTITUCIONALIDAD EN EL DERECHO COMPARADO; 2.2. LA VIRGINIDAD BÉLICO-CONSTITUCIONAL EN EL TEXTO ESPAÑOL DE 1978; 2.3. LA NECESARIA CONSTITUCIONALIZACIÓN Y POSITIVIZACIÓN DEL CONFLICTO ARMADO; 2.3.1. LA AUSENCIA DEL IUS ANTE BELLUM EN EL FUTURO EUROPEO. EL VACÍO DECISORIO SOBRE SEGURIDAD Y CONFLICTO EN EL PROYECTO DE CONSTITUCIÓN EUROPEA; 2.3.2. ALTERNATIVAS PARA UNA REFORMA CONSTITUCIONAL; BIBLIOGRAFÍA CITADA

“Todo el arte de la guerra está basado en el engaño”
Sun Tzu. El Arte de la guerra 1.17

0. Presentación

Los acontecimientos del 11 de Marzo 2004 en Madrid, estaban inscritos en una lógica de guerra. Era un acto de terror que sus protagonistas inscribían dentro de un escenario bélico determinado y del que nuestro Estado formaba parte. El acto cogió a la sociedad por sorpresa; sin embargo, nuestro país había participado teórica, política y operativamente en un conflicto armado con envergadura de guerra total. Y de este hecho, a pesar de gestarse en un presuntamente sofisticado Estado de derecho, no existía un reflejo ni normativo ni institucionalmente representativo. El Gobierno del Estado había decidido que la guerra no existía. Sin embargo la cruel terquedad de los hechos –la Historia– ubicó al Gobierno en la terca crueldad de la realidad. Esa realidad hablaba de falsedades políticas, ausencias institucionales e insuficiencias constitucionales. Dos elementos que unidos pueden –y pudieron– resultar letales.

La sentencia de Sun Tzu que preside este artículo –“Todo el arte de la guerra está basado en el engaño”– resume lacónicamente cual ha sido la característica más recurrente de la guerra desde sus orígenes. Hasta ahora mismo. La mentira política ha presidido y justificado el arsenal de fuego que ha eliminado miles de vidas, presentes y futuras, en la última guerra del Golfo. El gran argumento que se dio para activarla –armas de destrucción masiva– ha resultado falso. El segundo argumento –las conexiones con Al Qaeda– también¹. Era evidente que un régimen bloqueado económica y militarmente y un Estado fiscalizado hasta en el más mínimo de sus movimientos, no tenía ninguna capacidad operativa para conservar algo tan sofisticado como el armamento de destrucción masiva. También era grotesco acusar al régimen más laico del mundo islámico, de tener estrechas relaciones con el movimiento islámico más confesional del orbe². El propio Secretario de Estado, Colin Powell tuvo que admitir las dos cosas sin renunciar a reivindicar el uso de la violencia extrema (guerra) contra lo que “podría ser y aún no es” (categoría filosófica de *potencia*, impropia y excepcional para el Derecho como categoría delictiva y susceptible punitiva) aunque el acto, incluso en su potencialidad (indicios y síntomas de su factibilidad), fuera falso. Ni siquiera estamos ante una tipología preventiva, sino ante el uso arbitrario de la fuerza³.

1. El presupuesto absoluto-absolutista de la ideología de la seguridad

Partiendo de los datos anteriores, se hace más que evidente que el Gobierno español sabía que estaba falseando una realidad a la opinión pública. El Gobierno estaba instalado ya, bajo los presupuestos estratégicos de la doctrina sobre seguridad nacional de los Estados Unidos, en una doctrina de seguridad profundamente agresiva. Desde hace dos siglos Estados Unidos milita en la agresión preventiva. Se podría pensar que no está de más prevenir, pero la cuestión es otra, porque el paradigma preventivo requiere de unos elementos y sintomatologías básicos. No se le ha utilizado para protegerse de ataques militares inmediatos o futuros, sino que ha sido articulado para eliminar cualquier

1. El 5 de Febrero de 2003, Colin Powell compareció ante el Consejo de Seguridad con todo un despliegue de presuntas pruebas documentales sobre esos dos términos. No eran simples indicios, ya que presentó material fotográfico y de referencia audiovisual proporcionado por el Departamento de Estado, el Pentágono y la CIA. Todo era falso o estaba manipulado.

2. Eso lo dijimos en artículos y conferencias muchos adversarios de la guerra. Sus partidarios también lo sabían (v. gr. mi artículo en *El Periódico*, edición Aragón, de 15/3/2003). Dos cosas muy evidentes que han venido ahora avaladas incluso por organismos e instancias muy próximas al establishment y por la aparición de pruebas *in contrario*. La prueba suprema es la dimisión (Enero 2004) del propio funcionario (D. Kay) al que la CIA había ordenado la búsqueda de ADM en la posguerra. Kay ya había sugerido su improbable existencia en una comparecencia parlamentaria de Octubre pasado (www.news.bbc.co.uk). El Informe *del Carnegie Endowment for International Peace*, no sólo afirma la inexistencia de las Armas de Destrucción Masiva (en adelante A.D.M.) sino también la de la transferencia de estas a Al Qaeda, concluyendo que incluso había “muchas evidencias en sentido contrario” (WMD in Iraq. Evidence and Implications en www.ceip.org).

3. Comparecencia y declaraciones efectuadas un año después (vid., *El País*, 10 y 25 Enero/2004).

situación política que ponga en peligro los intereses de los Estados Unidos. Sus *intereses* recogen desde la influencia geopolítica hasta el control de los mercados o mantenimiento del P.I.B. Hay al respecto una larga teoría y una paralela práctica política hegemónica e imperialista desde los orígenes de Estados Unidos como Estado⁴.

1.1. *Los perversos espacios fácticos y teóricos del Estado hegemónico*

Dentro de esta estrategia hegemónica podemos integrar la creación de lo que luego se convierte en “actor terrorista”, ya que si el potencial bélico del régimen de Sadam, del régimen talibán o de la red de Al Qaeda existieron, fue por el apoyo prestado por los propios Estados Unidos para su desarrollo y fortalecimiento bélico-militar durante la década de los ochenta. Eran entonces sujetos positivos de su estrategia para eliminar al islamismo revolucionario popular, las fuerzas y los gobiernos vinculados a la Unión Soviética o, simplemente, las fuerzas no gregarias de la geopolítica estadounidense⁵.

Los ahora famosos presupuestos de Huntington y Fukuyama –instalados en la dinámica de la *national security* y del *national interest*– no sólo han servido de paradigma general, sino que han ido impregnando toda la estrategia institucional de las diferentes administraciones estadounidenses, tanto republicanas como demócratas. Condolezza Rice, actual secretaria de Estado, fue promovida políticamente por el presidente Bush tras una explícita asunción del paradigma mencionado en un artículo titulado “*La Promoción del Interés Nacional*”. Ahí comenzaba reconociendo que:

- a) A Estados Unidos le resultaba difícil definir su interés nacional ante la ausencia del poderío soviético, con lo que venía a incidir en la ineludible necesidad de encontrar un “nuevo adversario”;
- b) estos periodos de *transición* eran muy interesantes pues ofrecían nuevas *oportunidades estratégicas*, y tener una mejor posición para influir en la conformación del mundo venidero;

4. Mesianismos en la clásica línea histórica de las doctrinas del providencialismo hegemónico, englobables en la filosofía del *national interest*, que tienen significativos antecedentes ya desde el *Destino Manifiesto* del presidente Polk (1818), pasando por la doctrina *Monroe*, la estrategia del *Big Stick*, la llamada *diplomacia del dólar*, hasta el *nuevo orden mundial* del presidente Bush.

5. Estados Unidos en alianza con una gran mayoría de Estados europeos (entre ellos España) financian, arma y presta apoyo logístico –económico y militar– a Irak durante su guerra de agresión contra Irán. Durante la década de los ochenta Irak es aprovisionada de armamento no convencional (químico y bacteriológico) por 13 países occidentales. Dentro de los tres principales proveedores de ADM se encuentran las empresas de Estados Unidos y Reino Unido (vid. SIPRI, *Yearbook*, en sus anuarios de la década de los ochenta. También el registro de compañías en Middle East Data Project (Badell y otros 1991, pp. 157-172, 442-ss). La financiación y organización de Al-Qaeda se desarrolla durante la década de los 80. Objetivos: combatir al gobierno pro soviético, imposibilitar la hegemonía de una resistencia islámica no controlada y próxima a Irán y contrarrestar los movimientos islámicos antineocolonialistas (Montoya 2003, Cap. V).

- c) la premisa principal es la ya recogida en el título y según la cual el interés nacional nunca puede sustituirse por las doctrinas sobre “intereses humanitarios o intereses de la comunidad internacional”, que recogerían las aspiraciones de lo que Rice viene a considerar una especie de *núcleos débiles*, herederos a su vez del *pensamiento débil* de raíces wilsonianas; de este modo la segunda premisa concluye en que sólo la persecución del interés nacional estadounidense traerá la salvaguarda de los derechos humanos y de los intereses de la comunidad internacional⁶.

El doctrinarismo hegemónico se consolida a través de una serie de textos, que como escalera estratégica, se solidifica a partir del 11-S. Exactamente lo que une a Walzer con los citados Huntington y Fukuyama es el apoyo al paradigma preventivo / anticipatorio a partir del 11 de septiembre. Este acontecimiento supondrá un significativo salto cualitativo en la adscripción de nuevos teóricos al presupuesto de la *seguridad*. Hasta ese momento S. Huntington y F. Fukuyama eran las cabezas visibles del hegemónico más agresivo. A partir del 11-S se fueron añadiendo al mismo, teóricos alejados de dicho presupuesto, que dan lugar a ese documento edulcorado del hegemónico beligerante denominado *Carta de América. ¿Por qué estamos luchando?* (Febrero de 2002). En dicho documento se elude participar en la patología etnista que suscribió el paradigma de Huntington (*Choque de Civilizaciones*), pero se justifica cualquier acción político-militar inmediata para combatir a un polisémico y oscuro agujero negro llamado “terrorismo”, en donde puede entrar cualquier elemento que considere la Administración correspondiente⁷.

Si hay algo preocupante en *Carta de América* son tres cosas: a) asignar el derecho a la autodefensa universal de Estados Unidos, participando en el belicismo “preventivo”; b) auto designación de víctimas únicas, excluyendo cualquier otro presupuesto histórico autocrítico con el papel imperial/hegemónico de la política exterior de su Estado; c) el amplio espectro de académicos estadounidenses que militan en un paradigma belicista, hegemónico, ajurídico y excluyente⁸.

En este *paradigma-seguridad* puede entrar todo. Para empezar la auto asignación del poder absoluto. Lo ha ratificado el presidente G. Bush II, dotando a la declaración con la solemnidad esencial que da el hacerlo en el discurso más importante del año –Discurso sobre el estado de la Unión– en donde se rechaza la sola idea de pedir autorización a instancia alguna para atacar en el momento que se crea oportuno. Haciendo de esa actitud una prerrogativa permanente. A partir de ahí todo es *estado de naturaleza*⁹. Esta posición no sólo radical sino unilateralmente radical tiene también su apoyo teórico entre los que

6. C. RICE, “Promoting the National Interest”, *Foreign Affairs*, vol.79, nº1.

7. El victimario estadounidense parece no tener en cuenta que el 11-S es la primera acción de presunto cariz bélico que se produce dentro de su territorio en toda su historia.

8. Vid. en *Institute for American Values* (www.americanvalues.org). Firma esta carta un inquietante amplio espectro de teóricos entre los que se encuentran T. Skocpol, A. Etzioni y los mencionados M. Walzer, S. Huntington y F. Fukuyama. Manifiesto victimario que no tiene en cuenta que tamaño despliegue teórico sólo se produce en la que es la primera acción armada en territorio estadounidense en toda su historia.

9. Textualmente Bush II afirmaría: “Estados Unidos jamás pedirá autorización a nadie para defenderse” (*Discurso sobre el estado de la Unión*, 21/1/2004).

mantienen que la Unión Europea milita en el pensamiento débil y la inacción, mostrándose incapaz de defender(se) sus intereses. Tesis que tiene su producto más celebrado en R. Kagan (2003)¹⁰. Es de suponer que a los teóricos del fundamentalismo hegemónico no se les escapara que, en función de los anteriores presupuestos por ellos acuñados, y desde este momento, todos los actores internacionales estarían –están– legitimados para adscribirse al mencionado paradigma que en gran medida retorna al estado de naturaleza. La anterior articulación teórica y práctica del conflicto es el mejor argumento con el que puede contar la violencia.

1.2. *El confuso marco teórico y jurídico de la violencia. El equívoco discurso guerrerista*

El ex presidente Aznar hace unos meses, disertó sobre la *guerra anticipatoria* ante las cúpulas de nuestro Ejército¹¹. Era un discurso-dictado y adaptado, no estaba haciendo ninguna aportación genial. El mandatario utilizó el concepto anticipatorio, con muchos siglos a sus espaldas, pero lanzado al estrellato hegemónico por uno de sus recientes divulgadores M. Walzer. Hablar de guerra preventiva se hacía muy duro porque rompe todos los moldes del derecho internacional y nos devuelve a la prehistoria del derecho penal y a la filosofía política de Hobbes¹². Por lo tanto había que buscar un término edulcorado. El problema es que no se puede utilizar con simplismo y frivolidad el término anticipatorio ya que está sometido a condiciones teóricas mucho más gravosas que el preventivo, condiciones de legítima defensa sometida a circunstancias de peligro inmediato, abrumador e instantáneo. Y ninguna de esas circunstancias se daba, ni de lejos, en el caso de Irak¹³.

El Presidente confundió *preventivo* con *anticipatorio* en un aquelarre de teorías, hechos falsos y confusión generalizada a la que sumó la del equívoco concepto *terrorismo*. El presidente –como muchos presidentes– debería saber que no se puede utilizar el término terrorismo, sin mayores especificaciones, puesto que no hay aprobada ninguna definición del mismo en el marco de Naciones Unidas, tal y como se le recordó al propio presidente Aznar en ese mismo seno (6 de mayo de 2003)¹⁴. Existe una

10. Presupuesto al que el Proyecto de Tratado Constitucional Europeo alimenta de argumentos por la débil y claudicante institucionalización que efectúa del conflicto.

11. Discurso ante la cúpula militar (Escuela Superior de las Fuerzas Armadas, 20/10/2003).

12. Mi Hobbes de referencia no es aquel supuesto teórico idealizado por el que el Leviatán *disuelve* el estado de naturaleza y crea nuevos mecanismos para la protección de vidas u bienes, sino el Hobbes que legitima la actuación nacional e internacional alevosa y organizada de unos grupos sociopolíticos, estructurados bajo agentes bélico-políticos llamados Estados, para ir dominando un anterior Estado de naturaleza. Los pocos leviatanes organizados se repartirán/disputarán los espacios naturales durante los siguientes siglos mediante las prácticas bélicas más mortíferas que había conocido la Humanidad.

13. Suscribiendo la clásica cita de D. Webster, aludida por Walzer para la distinción entre “preventivo” y “anticipatorio” (Walzer 2001, p. 117-ss.) El propio Walzer, además, aunque justificándola en el fondo considera esta guerra “precipitada” (*El País*, 8/4/2003).

14. Ello a pesar de que el propio Consejo de Seguridad cuenta con un Comité Antiterrorista. Una paradoja institucional más.

definición en el marco de la Unión Europea a través de una disposición (2001/931/PESC) de la que es imposible deducir que acto de violencia es o no terrorismo. Una descripción jurídica tan vaga tiene la ventaja de que sólo se concretará jurídicamente en aquellos actores que el órgano político-administrativo decida, ya que al no ser judicializable universal y directamente queda restringida su aplicación, a un tamiz orgánico-político potencialmente muy arbitrario¹⁵.

Todas las anteriores políticas erráticas e interesadamente confusas, son producto del gregarismo teórico y práctico, que puede realizar nuestro Estado de los doctrinarios estadounidenses y de sus ejecutores. Un doctrinarismo letal para abrir espacios de libertad en la comunidad internacional. La militancia en este presupuesto teórico –*seguridad nacional*– destruye todos los fundamentos jurídicos y democráticos. En primer lugar, los fundamentos jurídicos en una doble vertiente:

- a) toda la normativa hábil y garantista que evite un uso injustificado de la fuerza y, por lo tanto, proteja el fin fundamental de toda organización humana, como es el derecho a la vida y a la integridad física.
- b) todos los mecanismos de decisión institucionales, nacionales e internacionales, para ejecutar actos de fuerza.

Resulta evidente que la ruptura de la institucionalidad conlleva la ruptura básica de los mecanismos democráticos. Por ello, en segundo lugar, con la destrucción de los fundamentos democráticos queremos aludir a la quiebra de elementos no institucionales básicos como participación y opinión pública, en alusión a las declaraciones de la *troika* presidencial agresora (Bush, Blair, Aznar), en donde devaluaban lo afirmado en sede institucional y ante los medios de comunicación. Mentir a la opinión pública no tiene importancia porque finalmente se ha conseguido el fin¹⁶. Ello nos lleva, directamente, al principio de irresponsabilidad democrática. El ciudadano, el pueblo, el soberano, se convierte en un instrumento susceptible de ser sometido a las más variadas manipulaciones

15. La interesadamente confusa PESC (impulsada principalmente por España) dice: “A efectos de la presente Posición Común se entenderá por acto terrorista el acto intencionado que, por su naturaleza o su contexto, pueda perjudicar gravemente a un país o a una organización internacional tipificado como delito según el Derecho nacional, cometido con el fin de: I) intimidar gravemente a una población; II) obligar indebidamente a los Gobiernos o a una organización internacional a realizar un acto o a abstenerse de hacerlo; III) o desestabilizar gravemente o destruir las estructuras políticas fundamentales, constitucionales, económicas o sociales de un país o de una organización internacional...” (2001/931/PESC).

16. El presidente Aznar, ante la pregunta de si la guerra no ha estado finalmente justificada por la ausencia de armas de destrucción masiva y los nexos de Hussein con el terrorismo al Qaeda, respondió: “hicimos lo que teníamos que hacer, como en Kosovo (...) el mundo es hoy mejor que hace un año. En Irak no hay un dictador y los iraquíes empiezan a ver un futuro” (T.V.E., *Entrevista*, 19/1/2004). El presidente Bush ha reconocido la falsedad con la cínica actitud de valorar por igual la existencia de armas de destrucción masiva con “el mantenimiento de un programa por parte del dictador”, a todas luces imposible de ejecutar como él sabe bien (*Discurso sobre el estado de la Unión*, 21/1/2004).

ya justificadas teóricamente desde ese maquiavélico primer clásico de la teoría política –ahora tan revisitado– llamado *El Príncipe*: el fin –su fin– justifica todos los medios.

Al final del discurso falso, del doble lenguaje, del desprecio a la legalidad y a la democracia no queda simplemente una política pública más o menos injusta. No. Queda el hecho “guerra” y, por lo tanto, el acto más eficaz de destrucción generalizada y de eliminación de vidas. Ahora –y a pesar de los distintos tratados y protocolos– la guerra mata en masa. Los llamados daños colaterales cercenan muchas más vidas civiles que militares. Los esfuerzos para blindar a los cuerpos militares han ido en sentido inversamente proporcional a la protección del no-militar. La guerra actual es la muerte en masa, dictada triunfalmente por la fuerza militar más alevosa¹⁷.

2. La inconstitucionalidad de la guerra en la Constitución de 1978 como avalista de la ideología de la seguridad¹⁸

La única oportunidad para suavizar sus efectos es la institucionalización de sus mecanismos. Este primer esfuerzo fue presuntamente introducido por la normativa posbélica de Naciones Unidas. La Carta de Naciones Unidas prohibía la guerra de agresión. Habilitaba al Consejo de Seguridad como único órgano susceptible de amparar legalmente acciones militares. Ha servido de poco, ya que esta última mitad de siglo ha conocido más de un centenar de conflictos bélicos, sin que pudieran hacerse operativos dichos mecanismos bajo el veto belicista de las dos potencias hegemónicas de la Guerra Fría. El Derecho Internacional no deja de ser un derecho virtual al que le falta uno de los principales elementos del Derecho, como es la articulación de un organigrama operativo-coactivo sometido a condiciones básicas de control y representatividad.

La guerra viene mencionada en nuestra Constitución en un solo artículo. ¿Tal vez en el Título Preliminar, donde se sustancian temas de esencial importancia simbólica y material? ¿Tal vez en el Título III, Capítulo II donde se regula el material sobre relaciones internacionales? ¿Acaso en el articulado referente a estados excepcionales? Respuesta negativa. Su mención la realiza el artículo 63 en su punto 3. La guerra viene mencionada en el Título sobre la Corona. En el punto 3 del artículo 63 referente a las funciones internacionales del rey. Allí se dice que el rey declarará la guerra y hará la paz previa autorización de las Cortes Generales¹⁹.

17. Se supone que distintos tratados y protocolos internacionales vinieron a generar el llamado derecho internacional humanitario (v. gr. *Convenios de Ginebra*, 1949; *Protocolos de Ginebra*, 1977), que han quedado sepultados bajo el eufemismo “daños colaterales” y otras prácticas de terror que tienen en los presidios de Guantánamo y Abu Grahib o en la destrucción de Faluya su último epitafio.

18. La base de este texto fue presentada como ponencia en el IV Seminario del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional (Alicante, 2003).

19. Todo en este artículo es improcedente. Comenzando por el retroceso que supone respecto a nuestro anterior texto constitucional. El texto republicano (1931-1939) hacía una declaración de principios terminante: “España renuncia la guerra como instrumento de política nacional” (art. 6), y mantenía toda una redacción preventiva y de ajustado procedimiento jurídico-internacional en base al Pacto de la Sociedad de Naciones (art. 77).

¿Es imaginable que la investidura del Presidente del Gobierno fuera regulada en el Título de la Corona, por el hecho anecdótico de que el rey nombra formalmente al Presidente del Gobierno? La regulación constitucional de la guerra es subrepticia, vergonzante y lo que viene a ser más negativo: esquiva. Hay una inconstitucionalidad de la guerra en nuestro texto. Se opta por redactar un artículo sin definición, sin contenidos y bajo un supuesto terminológico en desuso²⁰. Bien es cierto que los restantes textos constitucionales omiten también la cuestión de una manera severa, salvo excepciones, por lo que nos encontramos ante un problema generalizado de ingeniería constitucional.

2.1. *La inconstitucionalidad en el Derecho comparado*

Los textos constitucionales europeos son igualmente tímidos en la regulación de los conflictos armados. Así tenemos textos tan restrictivos como el nuestro en Francia o Italia.

Sin embargo otros como el de Noruega (art. 26) hacen alusiones cuando menos a la necesidad de que el conflicto autorizado sólo pueda ser defensivo. En este sentido también Portugal (Constitución de 1976), donde matiza y es explícita en acotar la posibilidad de entrar en guerra sólo en el caso exclusivo de la guerra defensiva: “declarar la guerra en caso de agresión efectiva o inminente y hacer la paz, con la autorización del Consejo de la Revolución”.

Suiza es otro ejemplo también de una más extensa institucionalización del conflicto que se proyecta directamente sobre su organización cantonal. La organización cantonal puede disponer de pequeños ejércitos propios en función de una organización nacional armada basada en el sistema de milicias. Tiene también una proclamación de principios (“prevenir la guerra y mantener la paz”) que es una cláusula explícita que limita la acción armada a casos estrictos de legítima defensa. Implícitamente establece una gradación de los conflictos que, casi en cualquier caso, debe contar con la aprobación de la Asamblea Nacional²¹. Y sobre todo es caso excepcional de como se constitucionaliza la cooperación al conflicto, es decir, la fabricación, comercio e importación de armamento, que se dota de unas garantías mínimas como es el simple imperativo para la existencia de legislación que regule tan importante comercio. No controlar esta industria supone un estímulo al uso indiscriminado del mismo. Decenas de conflictos son alimentados por la industria armamentista del Occidente democrático. Es una cooperación necesaria a la guerra²².

20. La guerra fue desterrada de nuestro vocabulario jurídico con la introducción de la Carta de las Naciones Unidas. Bien es cierto que terminaría siendo un destierro eufemístico ya que se utilizaban otros términos que venían a contemplar el mismo fenómeno como *conflicto* o *uso de la fuerza*. No obstante se pretendía dar un paso semántico por el cual se quería significar como todo acto de fuerza sólo sería legítimo si era puramente defensivo.

21. Arts. 57-61, 185.

22. El art. 107 es una muestra de la posibilidad de regulación constitucional de la fabricación y comercio de armamento y, por el cual la Confederación “dictará la normativa sobre fabricación, adquisición, distribución, importación, exportación y tránsito de material de guerra”.

Las mejores redacciones las podemos encontrar en los países derrotados en la II Guerra Mundial, Alemania y Japón. Por motivos diferentes, ya que la de Japón es escueta pero contundente y rayana en la poesía constitucional. Poesía necesaria cuando su Preámbulo es recurrente en mencionar la obligación y derecho a la paz, anticipándose a la vigencia que como derecho esta teniendo con el enunciado de la cuarta generación de derechos. El Preámbulo tiene un dictado imperativo para la acción del ejecutivo en la prohibición del conflicto armado²³.

Alemania tal vez posea la articulación más elaborada, especificando también su renuncia a la guerra como acto de agresión. Alemania la especifica así en su artículo 26, en el que menciona cualquier movimiento en ese sentido con una redacción muy interesante, que implica la prohibición y castigo penal de cualquier actuación (“actos susceptibles de perturbar”) no sólo destinada a preparar una guerra sino atentatoria contra la “convivencia pacífica de los pueblos”. No haría falta una interpretación demasiado ambiciosa del artículo para pensar en actos de desestabilización, en actos conspirativos para enfrentar fracciones políticas, territorios con personalidades étnico-culturales contrapuestas o incluso a Estados entre si²⁴. La constitucionalización del conflicto en Alemania hace una interpretación de la guerra y de la agresión, que extiende su filosofía antibelicista a un plano belicista más sinuoso, donde podría llegar a enmarcarse la autoría intelectual del conflicto. En esta dinámica cobra especial importancia uno de los coadyuvantes más letales para la activación de los conflictos: el comercio de armamento²⁵.

El texto constitucional alemán posee un macro artículo (art. 115) de regulación de los conflictos que es una auténtica regulación legal extensa. Delimitan la naturaleza única –defensiva– que puede tener un conflicto²⁶. La declaración de guerra cuenta con un recorrido parlamentario amplio que abarca las dos cámaras y con un sometimiento a mayorías muy cualificadas que alcanza a los dos tercios del Bundesrat²⁷. La urgencia no es excusa para la activación del aparataje bélico o la excepcionalidad sin control y

23. El Preámbulo focaliza gran parte de su atención en el tema guerra lo que es importante por el simbolismo ideológico de todo Preámbulo; por otro lado se hace más eficaz cuando establece una prohibición sobre el Gobierno y, finalmente, establece un criterio calificativo difícil de observar en un texto constitucional: “...resueltos a evitar los horrores de una nueva guerra como resultado de la acción del gobierno”.

24. “Los actos susceptibles de perturbar la convivencia pacífica de los pueblos y realizados con esta intención, especialmente la preparación de una guerra de agresión, son inconstitucionales. Serán reprimidos penalmente” (art. 26.1).

25. “Sin autorización del Gobierno Federal no podrán ser fabricadas, transportadas ni comercializadas armas de guerra. La regulación se hará por una ley federal” (art 26.2).

26. El texto alude a lo que denomina “el caso de defensa” evitando en todo momento el término guerra como forma de eludir cualquier tipo de caracterización belicista del texto.

27. “La declaración de que el territorio federal es objeto de una agresión armada o que una agresión tal es inminente (caso de defensa) la hará el Bundestag con la aprobación del Bundesrat. Dicha declaración se hará a petición del Gobierno Federal y requiere una mayoría de dos tercios de los votos emitidos y, como mínimo, la mayoría de los miembros del Bundestag” (art. 115.A.1).

sin garantías. Para ello se articula una Comisión Conjunta cuya acelerada capacidad de decisión no evita la fuerte mayoría a que está sometida²⁸. El art. 115 realiza un singular esfuerzo en mantener todos los sistemas de ejecución y control ordinarios comenzando por el análisis de la propia génesis del conflicto.

Una carencia caracteriza a todos los textos: la no clasificación de los conflictos. Los conflictos adquieren entrado el siglo XXI una gama muy amplia de posibilidades. No es posible hablar de guerra como un determinable único, tampoco de conflicto y siquiera de acto defensivo. No sirve la única articulación de cualesquiera de ellos.

2.2. *La virginidad bélico-constitucional en el texto español de 1978*

En 25 años de trayectoria constitucional el mencionado artículo 63 ha quedado inédito, constitucionalmente virgen. Una especie de reflejo del mundo ideal en el que, presuntamente, se quiere que la sociedad y sus ciudadanos imaginen que viven. Una proyección metafórica del *Fin de la Historia*: no hay guerras. Y ello a pesar de que nuestro Estado se haya visto comprometido en cinco conflictos bélicos en la última década. No hay guerra como no hay miseria o como no hay autoritarismos salvo en aquellos casos señalados como culpables (*Estados-canalla*) por el neoimperialismo estadounidense²⁹. Nuestro país no sólo habría participado en cinco guerras en apenas una década, sino que ha realizado al menos dos de ellas al margen del sistema de legalidad internacional. En ninguno de los casos hubo la menor intención política respecto al artículo 63³⁰.

A la contra de esta situación juega un artículo 63 que por muy oscurecido que se haya querido dejar, sepultado bajo el Título de la Corona, tiene una normatividad esencial exigible. En primer lugar, porque todo artículo constitucional la tiene en alguna medida, cosa que a menudo se olvida. En segundo lugar, porque está normatividad esencial viene reforzada por una triple servidumbre que obliga a ir más allá de equívocas y cínicas disquisiciones semánticas:

- 1) Por el Preámbulo constitucional que declara como norte de su voluntad soberana “colaborar en el fortalecimiento de unas relaciones pacíficas entre todos los pueblos de la Tierra”.

28. Art. 115. A. 2.

29. En este sentido la ya clásica tesis de S. Huntington (vid., *El Choque de Civilizaciones y la Reconfiguración del Orden Mundial*).

30. España ha entrado ilegalmente en guerra sencillamente porque el Consejo de Seguridad es el único órgano competente para legitimar el uso de la fuerza (Cap. VII, *Carta Naciones Unidas*). El Consejo de Seguridad no lo autorizó, incluso la mayoría de sus miembros mostraron una voluntad explícita en sentido contrario. A mayor abundamiento su Secretario General declararía: “si los Estados Unidos no consiguen obtener la aprobación del Consejo de Seguridad para un ataque a Irak, la decisión de Washington de actuar por sí solo, o al margen del Consejo, vulneraría la Carta de las Naciones Unidas” (*New York Times*, 11 de Marzo, 2003).

- 2) Por el criterio interpretativo del art. 10 que ordena para disposiciones relativas a derechos y libertades fundamentales se atengan a lo prescrito en la Declaración Universal de Derechos Humanos y demás acuerdos internacionales ratificados por España. Y si algo es evidente es cómo la guerra atenta contra el primer derecho fundamental protegido –el derecho a la vida– y luego contra todos los demás derechos fundamentales que se ven totalmente anulados, ya que cualquier situación de guerra genera una excepcionalidad totalitaria que anula cualesquiera de los mismos³¹.
- 3) Por formar parte de un Título constitucional sólo susceptible de ser reformado a través del modelo agravado (art 168). Se debería suponer que la constitución alberga bajo esta modalidad temas que, por distintos motivos, requieren especial atención y son de mayor importancia.

Algún argumento torticero, ha llamado la atención sobre el hecho de que es el gobierno el que tiene encomendada “la dirección de la política exterior” (art. 97). La política exterior podrá tener un contenido muy amplio pero, en cualquier caso, queda limitado por la regulación autónoma del conflicto que hace el artículo 63 y que habla exclusivamente de la sede parlamentaria para temas de conflicto armado. Puesto que, en la misma lógica, los tratados internacionales también pertenecen a la política exterior y sin embargo, tienen un tratamiento especial bajo sede parlamentaria que ocupa todo un Capítulo (Cap. III, Título III).

Otro argumento utilizado es el semántico. Resulta inquietante –cuando no un auténtico supuesto de fraude de ley constitucional– razonar que el art. 63 no ha sido utilizado porque el Estado no está *realmente* en guerra. Bajo este supuesto todos los ciudadanos, medios de comunicación, sociedad civil y gran parte de la clase política están equivocados cuando emplean acepciones como “empezó la guerra”, “guerra ilegal”, “guerra aérea”... Este razonamiento alcanza su punto más cínico cuando los propios partidarios de que no se está en guerra emplean el término “guerra” para justificar la respuesta armada (“guerra contra el terrorismo”, “guerra defensiva”, “guerra preventiva”...).

En nuestro Estado la problemática sobre conflictos armados cobra un tinte político aun más opaco, por una cuestión de voluntad política general que elude sistemáticamente uno de los elementos básicos del método democrático: el principio de opinión pública. En otros Estados la práctica parlamentaria le ha dado una importancia básica a los debates sobre conflictos, incluidos los actuales *Estados-delincuentes* (Reino Unido, Estados Unidos) protagonistas de la última contienda. España ha participado, directa o indirectamente, en cinco conflictos armados desde la década de los noventa y solamente el último conflicto ha merecido una atención parlamentaria básica de control

31. La jurisprudencia constitucional ha fijado una tendencia por la que la legalidad internacional “configura el alcance y sentido de los derechos” (STC 254/93, de 20 de julio) y “obliga a interpretar los correspondientes preceptos de ésta de acuerdo con el contenido de dichos tratados o convenios” (STC 36/91, de 14 de febrero).

ante la presión de la opinión pública y determinados líderes de opinión³². Conflictos como la anterior Guerra del Golfo, Kosovo o Afganistán no dieron lugar a prácticamente ningún debate parlamentario. Otros Estados debaten, aunque sea mínimamente, en casos tan agudos de conflicto. Conflictos armados que también plantean muy diferentes aristas, no sólo políticas sino de tipo económico y cultural. Para dicha inactividad parlamentaria se ha empleado a menudo el argumento por el cual estos conflictos estaban bajo observancia, competencia y decisión de un organismo u organización internacional. ¿Que clase de argumento es ese por el cual se hurta al foro parlamentario, y por lo tanto a la opinión pública, la discusión sobre temas de tanta importancia?

Se supone que todo Estado debe también debatir que posición toma en el seno de otra organización. Las organizaciones internacionales están compuestas por Estados que llevan previamente una posición para conformar la voluntad de estos. ¿O es que España no la lleva? Sí, la lleva, pero gregaria en la mayoría de los casos. Gregaria de la ideología hegemónica sobre seguridad impuesta por Estados Unidos y, en menor medida, por los núcleos-Estado europeos más proto hegemónicos como Reino Unido o Francia. Nuestro Estado no tiene ninguna tradición en la resolución, moderación o arbitraje sobre conflictos. Ese atentado al principio de publicidad es propio, bien de un Estado democrático de baja intensidad, o bien de un Estado radicalmente hegemónico por otro u otros Estados centrales. En el caso de España, y a la vista de la inactividad crónica parlamentaria en clave de debates y resoluciones, estaríamos en cualesquiera de esos dos casos. Esto ha ocurrido en los conflictos mayores mencionados pero también ha sido costumbre parlamentaria su omisión en otros casos “menores”³³.

El mundo actualmente está lleno de conflictos y en ellos no sólo intervienen las fuerzas directamente combatientes, sino otros Estados que operan de forma indirecta. Vender armas a países en conflictos externos o internos es involucrarse indirectamente en dichos conflictos. El parlamento español apenas ha generado regulaciones técnicas para un tema tan explícitamente bélico como la fabricación y exportación de armamento. El tráfico comercial legal de armamento jamás ocupa un debate parlamentario, puesto que todo intento por los grupos minoritarios de las Cámaras ha sido permanentemente obviado. Los partidos mayoritarios en el Gobierno –tanto PSOE como PP– no han promovido la

32. Aunque el Estado tiene una habilidad probada (control social) para limitar o desactivar movimientos de masas complejos y completos. Desde la cuestión-referendum OTAN hasta la última guerra del Golfo (Pastor 1990, capítulo 5).

33. Sería el caso de un conflicto que nos afecta muy de cerca, el caso de la descolonización del Sahara Occidental. El Gobierno simplemente no debate por ese argumento. Sin embargo toda la iniciativa (Plan Baker I-II) la lleva Estados Unidos, un país ajeno a la Historia de la zona y al conflicto. España, la antigua potencia colonizadora, con graves responsabilidades históricas, no estima conveniente utilizar siquiera un debate en sede parlamentaria. Esta hipótesis es aplicable a cualesquiera de los dos partidos en el gobierno. Tanto el Partido Popular como el Partido Socialista sólo intentan dinamizar el tema como un simple instrumento de desgaste político cuando ejercen la Oposición. Al respecto véase la actual posición pasiva del PSOE en el Gobierno y la paradójicamente activa militancia opositora actual del P.P. Tema que merecería un Pacto de Estado y una subsiguiente posición internacional más activa. Una forma menor de suplir la falta de criterios normativos.

claridad en todo lo relacionado con la exportación de armamento. Sólo tímidas reglamentaciones europeas habrían podido hacer posible una mínima fiscalización³⁴.

2.3. *La necesaria constitucionalización y positivización del conflicto armado*

En esta tesitura se concluye como la organización y el orden internacional siguen hegemonizados por la suprasoberanía de unas potencias, su eficacia jurídica esencial se está demostrando bajo mínimos y la propia evolución de todo el sistema de legalidad es preocupantemente incierta, a tenor de las nuevas doctrinas estadounidenses sobre orden internacional. Doctrinas asumidas casi de forma textual por el pasado gobierno, y de lo que pudo ser un alarmante ejemplo la asunción presidencial de la “acción preventiva” durante el reciente conflicto iraquí. En este punto urgiría abordar la elaboración de unos presupuestos normativos sobre conflictos que no existen siquiera básicamente cuando, en cambio y paradójicamente, sí existe toda una amplia normativa instrumental y organizativa sobre como operar dentro de un conflicto. Es decir, mientras se priman normativamente los medios y los instrumentos para operar en conflictos bélicos (*ius in bellum*) se obvian los instrumentos normativos que describan tipologías, circunstancias y condiciones para la intervención en conflictos y guerras (*ius ante bellum*)³⁵.

Ya concluíamos acerca de como el marco jurídico e institucional de la comunidad internacional, no ha demostrado poseer los instrumentos normativos lo suficientemente eficaces para evitar y regular guerras y conflictos. Este hecho junto a la ausencia en nuestro ordenamiento de elementos normativos sobre naturaleza, tipología e intervención en conflictos armados, conlleva una absoluta falta de regulación del “ius ante bellum”. Pero ahora podría valorarse el hecho de que viniera a cubrir la desregulación del conflicto armado el llamado texto constitucional europeo. Lamentablemente no va a ser así.

2.3.1. *La ausencia del ius ante bellum en el futuro europeo. El vacío decisivo sobre seguridad y conflicto en el proyecto de Constitución Europea*

El “Tratado por el que se instituye una Constitución para Europa” sí regula aspectos relacionados con la naturaleza y las implicaciones de los conflictos. La Parte III en su Títu-

34. La mayoría de países miembros de la Unión han burlado –el caso de España es especialmente flagrante– las disposiciones que hay ya aprobadas desde principios de los noventa por su propia organización (*Criterios Comunes de la U. E.* de 1991 y 1992; *Principios Reguladores de la O.S.C.E.* de 1993.). En el mismo sentido podría haber resultado un salto cualitativo –como referente a valorar para cualquier aspecto relacionado con la compraventa– el *Código de Conducta en materia de exportación de armas* (Consejo de la Unión Europea, 25 de mayo de 1998).

35. Existe toda una panoplia de normativa postconstitucional sobre cómo organizar el Ejército y operar orgánicamente en caso de conflicto. La Ley Orgánica sobre Criterios Básicos de la Defensa Nacional y de la Organización Militar (L.O. 6/1980, de 1 de julio, *por la que se regulan los criterios básicos de la defensa nacional y la organización militar*. Esta ley se encuentra actualmente en trámite de reforma) marca una exhaustiva articulación organizativa, táctica y estratégica. Y así múltiples leyes y decretos regulan distintos aspectos que llegan a cubrir los más detallados aspectos de la vida de un simple soldado (v.gr. RD 1024/84; las ordenanzas militares de las distintas armas y cuerpos).

lo V regula toda la política exterior de la Unión (De la Acción Exterior de la Unión). El tema de Defensa y conflictos está disperso en una buena parte del título, pero más concretamente está recogido en su Capítulo II (Política Exterior y de Seguridad Común).

Un primer análisis del Capítulo II nos advierte sobre su amplitud (20 artículos). Artículos que se caracterizan además por su muy amplia extensión, de tal manera que contienen 48 apartados³⁶. La regulación del “*ius ante bellum*” se contiene de la forma más concreta en la Sección II del Capítulo II (Política Común de Seguridad y Defensa).

Una lectura rápida y panegírica de los fines de la política exterior de la Unión, nos lleva a los ideales lugares comunes clásicos: derechos humanos, democracia, Estado de derecho, Carta de las Naciones Unidas, cooperación multilateral, erradicación de la pobreza...³⁷

¿Quiere decir esto que estamos ante una regulación extensa, exhaustiva e ideológicamente plausible de la seguridad y el conflicto en la futura Constitución Europea? En absoluto. La regulación es farragosa, llena de conceptos indeterminados y sin clasificación tipológica de los posibles conflictos. Aunque lo más grave es el vacío decisorio: la Unión Europea no puede tomar decisiones sobre seguridad y defensa si no es por unanimidad. Esto tiene dos consecuencias. La primera es la parálisis institucional y orgánica de la Unión Europea. La segunda es habilitar espacios legales para que determinados grupos de Estados y organizaciones de colaboración militar (se cita específicamente a la OTAN) puedan tomar decisiones unilaterales sobre guerra y conflictos fuera del marco de la Unión.

No hay que esperar a la Sección II del Capítulo II para hacer la anterior deducción puesto que la *idea-sentencia* está ya en el Título I (Parte I) cuyo contenido versa sobre “definición y objetivos de la Unión”. Así los muy significativos arts. 40-41 sientan el principio de “no decisión” (unanimidad) e incluso renuncian a la utilización de la capacidad legislativa en esta materia³⁸. Por el contrario se alude específicamente a la capacidad de maniobra autónoma de determinados Estados bajo la cobertura del mecanismo fragmentario-dinamizador de las denominadas *cooperación estructurada* y *cooperación reforzada*, a través de las cuales determinados Estados podrán funcionar al margen de la Unión³⁹. Pero no sólo podrán articular políticas de defensa grupales los miembros de la Unión sino lo que es radicalmente más grave, el tratado deja su política de seguridad a disposición del Estado sobre el que se supone la Unión Europea debe ejercer un contrapoder: Estados Unidos. El Tratado da carta legítima de naturaleza a la Organización

36. Exactamente los arts. III-294 al III-313.

37. Bajo este marco natural se escribe el primer artículo del Título V.

38. El art. 40 dice “...defensa común una vez que el Consejo Europeo lo haya decidido por unanimidad”. En cualquier caso, lo advierte el propio art III-201: para las decisiones de política exterior que tengan que ver con en el ámbito militar o de la defensa no se aplicarán términos de mayoría de cualificada (es decir, sólo veto decisorio). Cuestión que viene confirmada y reforzada por su reiteración a lo largo de la Sección I en donde se menciona cómo las principales misiones serán decididas por unanimidad del Consejo de Ministros (art. III-210).

39. Posibilidades habilitadas por la conjunción de los artículos 41, 312, 309, 44 y 416-423 del Tratado.

del Tratado para el Atlántico Norte⁴⁰. A partir de ahí lo único que hace realmente la Sección II es extenderse eufemísticamente bajo dicha consecuencia, llenando decenas de artículos que nacen ya moribundos.

El derrotismo del tandem 40-41 viene corroborado en el mencionado Título V. A la vez que se inaugura con los ideales anteriormente mencionados se completa con la cláusula “unanimidad” en el otro artículo del Capítulo I (Disposiciones de Aplicación General) en relación a un genérico tan amplio como los intereses y objetivos estratégicos de la Unión sobre política exterior y seguridad común⁴¹. De forma recurrente, y muy similar, la toma de decisiones en el Consejo de Ministros también se realizará dentro de la modalidad de veto decisorio (unanimidad) tal como lo desarrolla el art. III-300⁴². Determinadas decisiones (art. III-300.2) que se dicen podrán tomarse por mayoría cualificada, se verán anuladas activando el último párrafo de un contradictorio, falto de lógica y confuso punto 2 del art. III-300. En cualquier caso –en lo relativo a seguridad y defensa– el propio art. 300 apuntala en su punto 4 que para las decisiones de política exterior que tengan que ver con el ámbito militar o de la defensa no se aplicarán términos de mayoría cualificada (es decir sólo unanimidad). A mayor abundamiento, incluso en el difícil caso de darse una decisión del Consejo y de que algún Estado no pueda o no quiera seguir una decisión podrá evitarla, posteriormente, a través de otras posibilidades del articulado, y de lo que puede ser buen ejemplo el art. III-297.5⁴³.

En todo este entramado institucional el Parlamento Europeo queda reducido a una simple cámara consultiva y, además, de consulta no preceptiva. Por lo tanto ni siquiera le quedan asignadas funciones de opinión pública puesto que el texto silencia a la cámara representativa salvo la mención “ad honorem” que se hace a las dos sesiones anuales de debate. En un estadio histórico donde se quiere vender la idea de una profundización democrática e institucional de la Unión nos encontramos con un Parlamento “*ancien régime*” consultivo en amplios espacios temáticos⁴⁴.

A pesar de la inocuidad decisoria del Tratado-Constitución el gran despliegue orgánico es una constante del texto que afecta también al tema de política exterior y defensa. Un Comité Político y de Seguridad tiene encomendadas funciones de asesoramiento,

40. El art. 41 dice textualmente: “...respetará las obligaciones derivadas del Tratado del Atlántico Norte”.

41. En un artículo de disposiciones genéricas de aplicación general. Es decir no sólo en cuanto a seguridad y defensa sino a la acción exterior de la Unión en su conjunto. “El Consejo Europeo se pronunciará por unanimidad basándose en una recomendación del Consejo de Ministros” (art. III-293).

42. “El Consejo de Ministros adoptará por unanimidad las decisiones europeas previstas en el presente Capítulo”.

43. “En el caso de que un Estado miembro tenga dificultades importantes para aplicar una decisión europea contemplada en el presente artículo, solicitará al Consejo de Ministros que delibere al respecto y busque las soluciones adecuadas...”.

44. Resulta inquietante desde un punto de vista democrático el papel que le resta al Parlamento Europeo en el texto constitucional: “...podrá dirigir preguntas o formular recomendaciones al Consejo de Ministros y al Ministerio de Asuntos Exteriores de la Unión. Celebrará dos veces al año un debate sobre los progresos realizados en el desarrollo de la política exterior y de seguridad común...” (art. III-304).

supervisión y dirección estratégica y se prevé también la creación de una Agencia Europea de Armamento, Investigación y Capacidades Militares con múltiples funciones operativas de las que cabe la preocupación de que queden fuera del alcance de la toma de decisiones superiores (mayoría cualificada) con el riesgo de una gestión tecnocrática de sus importantes competencias. Una inquietante paradoja de como pasa la articulación decisoria del tratado desde la unanimidad a la proliferación de instancias técnicas fuera del control de la toma de decisiones fundamentales⁴⁵.

La palabrería masiva del Título V tiene uno de sus momentos estelares cuando menciona la posibilidad de llevar posiciones comunes a organismos internacionales (“Los Estados miembros defenderán en esos foros la posición de la Unión”). ¿Qué posición? ¿Cuando se producirá una posición común con tales repetidas cláusulas de veto decisorio y obediencias extra europeas?⁴⁶

En conclusión este texto renuncia a articular una política de seguridad propia. Estamos en el peor de los escenarios: no sólo no se plasma una política de seguridad y defensa más o menos draconiana sino que se deja libérrimamente a los intereses de los Estados dicha posibilidad. En el momento actual la desregulación y el absentismo decisorio y normativo (*ius ante bellum*) fortalece la ideología del militarismo instintivo en el que milita una gran parte de la clase política occidental y más concretamente anglosajona. No pueden valer los argumentos que nos hablan de imposibilidad operativa por la dificultad de conseguir un acuerdo de todos los Estados. Sencillamente no se hace ningún esfuerzo por articular una organización de defensa propia sometida a la legalidad constitucional y a las instituciones de la Unión, cuando estábamos ante una oportunidad única por generar una alternativa a la política de seguridad militarista de Estados Unidos. Todo lo contrario: hay una resignación absolutamente contundente a favor de poner en manos de la OTAN toda la cuestión relativa a conflictos armados. Y hay que recordar que en el seno de la organización hay una hegemonía decisoria militar de Estados Unidos de corte cuasi totalitario: la OTAN nunca ha intervenido ni operado o planteado estrategias internas o externas sin que tome la iniciativa y la decisión Estados Unidos.

Vemos que las omisiones y carencias del proyecto constitucional europeo hacen imprescindible la regulación constitucional estatal del conflicto. Eso es deducible después del análisis anterior. Pero no sólo eso ya que el propio proyecto –en un explícito reconocimiento de su impotencia– apela a la necesidad de su constitucionalización con un reconocimiento explícito de esa necesidad: “..recomendará a los Estados miembros que adopten una decisión en este sentido de conformidad con sus respectivas normas constitucionales”⁴⁷.

45. Art. III-307; art. III-311.

46. Cuando se habla en el art. III-305 de “posición común” a defender en el Consejo de Seguridad, ¿A qué posición se puede estar refiriendo?

47. Así lo hace el paradigmático artículo 41 que demanda una toma de posición previa de los Estados tanto con anterioridad a la entrada del conflicto como una vez decidida la intervención en el conflicto si lo ponemos en conexión con la amplia autonomía de la que dotaban los artículos anteriores a los Estados.

¿Conclusión? Cada Estado debe tener constitucionalizada y normada una línea para abordar su seguridad y tratamiento del conflicto. Porque cada Estado se va a enfrentar en solitario a tales decisiones sin que el nuevo Tratado pueda cubrir alternativa alguna.

Una constitucionalización se hace necesaria para no dejar en manos de la arbitrariedad gestora del ejecutivo o del impulso primario del legislativo decisiones de la más alta importancia. Por principio, la importancia de la temática merecería tratamiento constitucional, independientemente de las anteriores consideraciones. Nuestro actual texto constitucional no se redactó siquiera en función de las premisas más básicas. Se echa en falta, cuando menos, una mínima mención al marco de Naciones Unidas en torno a lo estipulado por el artículo 25 de la Carta. Dicha mención hubiera dificultado notablemente determinadas intervenciones bélicas⁴⁸.

2.3.2. *Alternativas para una reforma constitucional*

Aunque en definitiva lo más conveniente sería una reforma constitucional que abordara de forma muy diferente la temática sobre guerra y conflictos. El argumento en contra podría ser la irreductible dificultad de la sempiterna rigidez constitucional. No es argumento por dos motivos: a) todas las fuerzas políticas del arco parlamentario convienen actualmente en reformar el Título II con base a la inefable cuestión de la discriminación sexual a la Jefatura del Estado y, por lo tanto, la cuestión debería ser aprovechada para una reforma en profundidad del texto; b) la reforma del tema no tendría porque tocar el Título II. La reforma podría abordarse desde el Título III para de esta manera evitar que la reforma fuera abordada por el procedimiento agravado del artículo 168. La reglamentación que hace de la guerra el artículo 63 no tendría porque tocarse de la misma manera que la reforma de otros muchos temas mencionados en el Título II, y podrían reformarse sin abordar dicho título.

Modificando o no el Título II, los conflictos podrían abordarse tomando dos opciones: a) creando nuevo Título sobre esta cuestión; b) abordando la cuestión desde el Título III, con dos posibilidades distintas: 1) desdoblarse el Capítulo III en dos secciones. Una 1ª sección relativa a Tratados Internacionales y una 2ª sección que se ocuparía de Guerra, conflictos e intervenciones militares; 2) crear nuevo Capítulo referente a Guerra, conflictos e intervenciones militares.

La solución más plausible sería la de articular un nuevo Título o Capítulo. La extensión de dicho capítulo sería relativa. Todo dependería de la voluntad constitucionalizadora que hubiera respecto a la temática, que debería ser amplia teniendo en cuenta la progresiva desinstitucionalización internacional de la misma. No obstante siempre sería necesario un desarrollo amplio en una subsiguiente legislación de desarrollo. La regu-

48. Elementos del art. 25 tales como "utilización de la fuerza como recurso descentralizado al servicio de Naciones Unidas", o "prestación de servicios al amparo de las obligaciones contraídas en la Carta de Naciones Unidas".

lación constitucional –o en su defecto una regulación legislativa básica– debería contemplar las siguientes premisas:

- a) Abordar la muy diferente tipología del conflicto estableciendo definiciones y clasificaciones de cuando menos cinco de las acepciones permanente usadas en la disputa teórica, el ámbito político y los foros institucionales: guerra de agresión, conflicto anticipatorio, conflicto preventivo, intervención logística, intervención humanitaria.
- b) Debería definir los posibles marcos del conflicto: unilateral, bilateral, multilateral, interestatal y con o sin intervención de organizaciones internacionales. La relación de nuestro Estado con las distintas organizaciones internacionales debería quedar planteada con la mayor concreción posible para los casos de conflicto. Incluida la nueva relación constitucional con el nuevo texto del tratado pseudo constitucional europeo.
- c) Podría reflejar las diferentes circunstancias políticas, e incluso ideológicas, bajo las que entrar en un conflicto. ¿Difícil? Probablemente, pero realidad obliga ya que por el espacio de la evaluación ideológica del conflicto han entrado grandes potencias seguidas por el cipayismo geopolítico de otros Estados menores. El último conflicto de Irak ha puesto de manifiesto como mayoritarias fuerzas políticas de distintos tipos de Estados, entre los que se encuentran principales potencias geoestratégicas y militares tales como Estados Unidos e Inglaterra, avalan intervenciones basadas no sólo en actos multiformes de violencia u hostilidad militar explícita sino evaluando la textura política e ideológica de los regímenes y actores implicados. Es la intervención ideológica. Aquí se abre una peligrosa orquilla de posibilidades para la intervención. Esta intervención que sería claramente ideológica debería estar muy bien delimitada, bien desde criterios de prohibición absoluta al amparo de los tradicionales criterios del principio de soberanía o ajustándose a otros nuevos parámetros que deben, cuando menos, quedar planteados⁴⁹.
- d) Control de la fabricación, comercio directo, tráfico indirecto e intermediación de toda la industria relacionada con armamento.
- e) Finalmente el Capítulo debería abordar lo marcos institucionales de decisión. El marco constitucional y normativo actual supone una contundente desinstitucio-

49. La intervención en asuntos internos de un país soberano era un tema formalmente tabú en el derecho internacional. El hecho es que las intervenciones se han producido de forma permanente encubierta, clandestina o cuando menos opaca. En otras ocasiones se han producido de forma directa o indirectamente militar (Estados Unidos, Unión Soviética). Algo tan importante como la violación de los espacios nacionales de soberanía se realiza a espaldas de las instituciones parlamentarias y de las respectivas opiniones públicas. Desde la intervención directamente militar al apoyo a fuerzas de oposición debe estar reglado normativamente y bajo control parlamentario, especialmente desde el momento en el que el último bloque hegemónico de la guerra de Irak (Estados Unidos, Reino Unido y los Estados satélites) ha anunciado su irrespeto político al clásico juego de soberanías.

nalización del conflicto. Como ya se ha dicho anteriormente la toma de decisiones militares en los últimos conflictos sólo ha contemplado su aprobación en Consejo de Ministros. Ningún otro órgano constitucional ha tomado parte en la decisión de que España entre en conflicto. Nuestro modelo está instalado en una ejecutividad sumaria del conflicto donde se iguala una decisión de Consejo de Ministros sobre los precios del tabaco con una decisión del Consejo de Ministros sobre la entrada en conflicto armado de una división aerotransportada. La estructura orgánica para la toma de decisiones deberá ser mucho más compleja de lo que lo es ahora. En la actual regulación constitucional son las Cortes Generales las que declaran la guerra o, mejor dicho, las que nunca declaran ninguna guerra. El problema es que la guerra o los conflictos no se declaran pero se hacen, y se hacen bajo el dictado unilateral de un Gobierno coyuntural. Los nuevos mecanismos institucionales deberían contemplar toda la serie de posibilidades anteriormente mencionada y, en función de la muy diversa tipología del conflicto, tomar decisiones con distintos tipos de recorrido institucional y quorum parlamentario. En una parte importante de tipologías bélicas el juego institucional debería finalizar con un referendo vinculante.

El juego institucional debería estar articulado en función de: a) los lapsos del conflicto, b) la tipología del conflicto.

- a) En primer lugar la urgencia o premura de una intervención disminuiría la obligación de su consideración por parte de la mayoría de órganos e instituciones. La intervención urgente podría requerir, en un principio, la intervención del Gobierno de la Comisión parlamentaria correspondiente o de la Comisión Permanente, estableciéndose los correspondientes mecanismos de convalidación y responsabilidad posteriores.
- b) En situaciones en donde la intervención no fuera de necesidad inminente nuestro sistema debería contemplar un muy amplio juego institucional. El principal marco institucional lo deberían componer el Gobierno y las Cortes Generales con un papel competencial muy especial en el Senado articulado como una cámara de especialización. Las Cortes Generales deberían contar con comisiones especiales para conflictos o bien completar a las ya formalizadas de Asuntos Exteriores, añadiendo los términos de “seguridad y conflictos”. Pero no sólo deberían quedar implicadas las principales instancias institucionales sino toda una serie de órganos consultivos del Estado como podrían ser el Consejo Nacional de la Defensa y el Consejo de Estado. A este último se le debería asignar nuevas funciones especializadas⁵⁰.

El Senado debería tener un papel relevante y especializado en la temática de conflictos. Nuestro sistema constitucional contempla una Cámara vaga (“dijese de las cosas

50. El Consejo Nacional de Defensa debería abrirse a organismos no gubernamentales especializados y con una tradición de trabajo en temas de estudio sobre conflicto y paz.

que no tienen objeto o fin determinado”) como es el Senado. No estaría de más, llegados a los 25 años de vaguedad constitucional, que se le implementaran funciones constitucionales realmente hábiles. El Senado debe convertirse en una cámara de especialización en una futura reforma constitucional con amplias competencias en política exterior. La especialización generaría una posibilidad mucho más amplia para el estudio y los debates más en profundidad y de mucha mayor duración. La profundidad y extensión de los debates generaría una automática retroalimentación respecto al debate que se realizaría a nivel de medios de comunicación y opinión pública. La Opinión Pública no debería quedar sólo relegada al debate sino que debería ser consultada a través de articular referéndum vinculantes para aquellas modalidades de conflicto hábiles.

En conclusión. En los últimos 25 años nuestro Estado ha participado en guerras que vulneraban la legalidad internacional al inscribirse en contra de la Carta de Naciones Unidas. Ha vulnerado nuestro texto constitucional directamente por no utilizar, para ninguna de las guerras en que se ha intervenido, lo preceptuado en el artículo 63. Ha habido una vulneración indirecta del texto constitucional al hurtar a la opinión pública la casi práctica totalidad de debates sobre temática de conflictos. Todo lo anterior supone que el Estado o bien está instalado en una democracia de baja calidad, o bien está esencialmente hegemonizado por otros Estados. En la consideración de que España no es formalmente un Estado autoritario podríamos concluir que sí se ha estado operando en una democracia de baja intensidad y, a mayor abundamiento, dentro de un circuito de hegemonización radical. Inserto en la lógica y la estrategia de la seguridad nacional estadounidense, inserto dentro de parámetros ideológicos ajenos. Esta inmersión en una lógica hegemónica viene facilitada por la huida y la evasión que el ejecutivo hace de la norma constitucional que, además, se muestra totalmente insuficiente.

Las soluciones pasan por abordar una regulación constitucional y legal de mucha más extensión y precisión, ante el farragoso vacío decisorio del nuevo texto europeo (hipótesis constitucional). Ante la insostenible presión de las mecánicas protoautoritarias de la ideología de la Seguridad.

Bibliografía citada

- BADELL, P. y otros (1991): *Después de la tormenta. Las claves de la posguerra*, Barcelona: Ediciones B.
- HUNTINGTON, S. P. (1997): *El choque de civilizaciones y la reconfiguración del orden mundial*, Barcelona: Paidós.
- KAGAN, R. (2003): *Poder y debilidad. Europa y Estados Unidos en el nuevo orden mundial*, Madrid: Taurus.
- MONTOYA, R. (2003): *El Imperio global*, Madrid: La Esfera.
- PASTOR, J. (1990): *Guerra, Paz y Sistema de Estados*, Madrid: Libertarias.
- RICE, C. (2000): “Promoting the National Interest”, *Foreign Affairs* 79/1. Disponible en: <http://www.foreignaffairs.org>.
- WALZER, W. (2001): *Guerras Justas e Injustas*, Barcelona: Paidós.

LA ESTRATEGIA DE SEGURIDAD NACIONAL DE ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA ANALIZADA DESDE LA PERSPECTIVA DE LA TEORÍA DE LA ELECCIÓN RACIONAL

PHILIPPE HARRISON EYQUEM
Universidad de Zaragoza

ÍNDICE: 0. INTRODUCCIÓN; 1. LA TEORÍA DE LA ELECCIÓN RACIONAL; 1.1. CONCEPTO Y PRECISIONES; 1.2. ESTRUCTURA DE APLICACIÓN; 1.3. OBSERVACIONES; 2. APLICACIÓN; 2.1. ASPECTOS GENERALES; 2.2. ANÁLISIS Y ORDEN PREFERENCIAL; 2.3. ANÁLISIS Y CONSISTENCIA; 3. CONCLUSIONES; BIBLIOGRAFÍA CITADA.

0. Introducción

El derecho internacional público articula los vínculos entre los sujetos de derecho internacional con el propósito de diseñar soluciones no violentas a los conflictos que puedan surgir entre éstos, como también coordinar políticas tendentes a alcanzar ciertos fines comunes.

De este modo, el análisis del procedimiento de adopción de decisiones de estos agentes resulta fundamental para lograr una acertada concepción del proceso.

En efecto, desde el punto de vista de la teoría de la interacción estratégica, la idea de *coordinación* entre agentes presupone que, dentro de un contexto determinado, estos agentes adopten una conducta denominada de “cooperación” lo cual resulta, finalmente, más provechoso (Axelrod 1984) para el grupo considerado como globalidad¹.

Pues bien, una de las principales herramientas de interacción de la denominada “comunidad internacional” es el derecho internacional.

A su vez, la comunidad internacional está conformada por los sujetos de derecho internacional, es decir, “los destinatarios directos de las normas jurídicas internacionales, los entes a los cuales el derecho internacional positivo confiere derechos o impo-

1. Aunque reciente, la denominada Teoría de la Interacción Estratégica –o Teoría de Juegos–, ha generado un alto interés en las ciencias sociales. Para una revisión del desarrollo de la Teoría de la Interacción Estratégica, consultar Poundstone (1992).

ne obligaciones” (Benadava 1993, p. 115). Así, sujetos de derecho internacional son los Estados, pero también lo son “ciertas entidades que no son Estados”, tal como se ha encargado de precisar hace ya varios años la Corte Internacional de Justicia².

Ahora bien, las decisiones vinculantes de la comunidad internacional son adoptadas de conformidad al procedimiento determinado por el derecho internacional, de modo tal que existe una obligación jurídica para los sujetos de derecho internacional de respetar la decisión adoptada. Sin embargo, esta decisión no es ajena a un conjunto de factores que son considerados por estos sujetos los cuales, al valorar dichos factores, proceden –o no– a adoptar una decisión vinculante.

Pues bien, éste será el ámbito que será abordado en este trabajo.

Es decir, se intentará estructurar un planteamiento que, con arreglo a principios asociados a las denominadas Teorías de la Decisión³ (en particular, a la Teoría de la Elección Racional), permita articular un análisis de ciertos planteamientos esgrimidos por Estados Unidos en el documento relativo a su “Estrategia de Seguridad Nacional” enfrente de normas de Derechos Humanos por las que este mismo Estado se ha obligado libre y soberanamente.

De este modo, este trabajo pretende adicionar dentro del ámbito del Derecho Internacional nuevos criterios que permitan construir argumentaciones más comprehensivas y precisas con un propósito que no es otro que intentar, en lo posible, participar en la elaboración de herramientas que fortalezcan el análisis a partir de esta rama del Derecho y, a su vez, permitan una mayor eficiencia en el ámbito de su aplicación.

1. La Teoría de la Elección Racional

En este apartado comenzaré por conceptuar y hacer una breve referencia explicativa de la Teoría de la Elección Racional, para luego esbozar una estructura general con arreglo a la cual aplicar las directivas analíticas derivadas de esta teoría.

1.1. *Concepto y precisiones*

De conformidad a lo dicho previamente, comenzaré por referirme breve y esquemáticamente a la Teoría de la Elección Racional.

La **Teoría de la Elección Racional**, puede ser expuesta como sigue:

2. Ver opinión consultiva de la Corte Internacional de Justicia en el caso sobre *Reparación de Daños Sufridos al Servicio de Naciones Unidas*. Reports, 1949, p. 178. Véase también el análisis de Fitzmaurice (1986). De este modo, se reconoce como sujetos de derecho internacional a ciertas organizaciones internacionales tales como Naciones Unidas, la Organización Internacional del Trabajo, la Organización Mundial de la Salud, la Comunidad Económica Europea, el Fondo Monetario Internacional y la Organización de Estados Americanos, entre otras.

3. Frente al concepto de “Teorías de la Decisión”, consultar Kast (2002).

Metodología que a través del análisis de los criterios de elección y de las acciones ejecutadas por un agente en un contexto determinado elabora, conforme a los fines perseguidos por éste, un cuadro de las opciones que se encuentran a su alcance y un informe cualitativo acerca de cada una de las fases que componen el proceso de elección y de acción analizado, así como del resultado final alcanzado.

De este modo, un esquema prototipo de la teoría de la elección racional puede ser descrito de la siguiente manera: Enfrentado a una situación que puede ser resuelta de formas diversas, el agente procede a identificar los cursos de acción que puede efectivamente ejecutar. A su vez, procede a determinar en qué medida cada una de estas acciones contribuye a alcanzar los resultados esperados y, además, a qué costo, decidiendo, finalmente, por aquella acción que de conformidad a sus preferencias le aporte la mayor satisfacción posible.

Un planteamiento como el anterior presenta a grandes rasgos el esquema de la teoría de la elección racional. De este modo, podemos convenir en que una acción es racional cuando:

1. el agente ejecuta una acción que maximiza en la mayor medida posible la satisfacción de sus deseos o preferencias dadas las creencias que éste tiene respecto de su conjunto de oportunidad⁴;
2. esas creencias sean óptimas dadas las pruebas de que dispone el agente;
3. el agente reúna una cantidad óptima de pruebas⁵.

Pues bien, estas ideas tienen por objeto una aproximación descriptiva y explicativa de la teoría de la elección racional, que permitan comprender los procedimientos de análisis que llevaré a cabo a lo largo de este trabajo. Conforme a ello, y con el propósito de profundizar lo anterior, a continuación desarrollaré un esquema de aplicación de la teoría.

1.2. Estructura de aplicación

De este modo, y haciendo una interpretación derivada de la elaboración propuesta en el punto anterior, aplicaré de forma breve la estructura previamente descrita conforme al siguiente modelo, lo que tendrá por objeto además explicitar el sentido atribuido a algunas de las expresiones utilizadas.

1ª Variable: Maximización de la satisfacción de las preferencias⁶. Esto quiere decir que el agente ejecuta aquella acción que le permite alcanzar sus objetivos

4. Consultar también Elster (1988, p. 159 y ss.).

5. Consultar Elster (1993, p.39).

6. En cuanto al concepto de “preferencia”, cabe revisar la distinción que es posible hacer respecto del concepto de “deseo”. Aun cuando esto pueda parecer una diferencia semántica, es impor-

del modo más eficiente posible dentro del conjunto de oportunidad en el que se encuentra circunscrito al momento de ejecutar dicha acción.

2ª Variable: Creencias respecto de su conjunto de oportunidad. *Esto se refiere a lo que el agente supone es verdadero respecto de su conjunto de oportunidad, entendiendo por conjunto de oportunidad la totalidad de las acciones posibles que éste puede ejecutar dadas sus propias limitaciones en el marco contextual en el que se ubica al momento de realizar la acción.*

De este modo, lo que el Estado suponga verdadero⁷ respecto de factores como la eficacia del ordenamiento jurídico, el presupuesto que dispone, los costos directos e indirectos en el proceso de adopción de decisiones y en la ejecución de acciones, el impacto de estas acciones –en el ámbito social, económico e internacional– y los principios y valores imperantes en el contexto social, entre otros factores, caben ser asociados a esta segunda variable.

tante hacer la distinción ya que permite referirse a ámbitos que no obstante estar directamente vinculados, son distintos, facilitando de paso una discusión más precisa. Así, la palabra *deseo* se refiere a aquello que el agente quiere o busca en términos ideales, es decir, más allá de las limitaciones que pueda o no imponer su conjunto de oportunidad. La palabra *preferencia*, en cambio, se refiere a aquello que el agente elige dentro de su conjunto de oportunidad y que permitiría directa ó subsidiariamente alcanzar sus deseos. Estas ideas pueden ser ejemplificadas tanto desde el punto de vista de las decisiones individuales como también desde el punto de vista de las decisiones públicas. i) *Desde el punto de vista de la acción individual*: El individuo que ha fumado diez años y que quiere lograr ciertos resultados deportivos a nivel competitivo *deseará* tener pulmones en perfecto estado –nótese, tal como este ejemplo lo sugiere, que un deseo puede estar encadenado con otro–. Ahora bien, las *preferencias* de este individuo, dentro de su conjunto de oportunidad, es decir, entre todas las posibilidades que en efecto tiene para mejorar el estado de sus pulmones, serán dejar de fumar y evitar en lo posible todo contexto de humareda que los perjudique (esto, por supuesto, tratándose de un agente racional). ii) *Desde el punto de vista de las decisiones públicas*: El Estado, de conformidad a los valores, los principios y los fines de la comunidad, *deseará* que se alcance un cierto grado de desarrollo social y económico denominado “bien común” –el cual es por cierto relativo ya que es definido con arreglo a los valores, principios y fines de la comunidad respectiva–. Ahora bien, dentro de su conjunto de oportunidad, el Estado *preferirá* que se proteja los Derechos Humanos de los individuos ya que el respeto a estos derechos se considera fundamental para alcanzar dicho estado social. Con todo, como es fácil comprender, hay veces que los deseos y las preferencias coinciden, lo cual se da cuando aquello que se quiere idealmente se encuentra dentro del conjunto de oportunidad del agente. Frente a estas y otras consideraciones, consultar Elster (1995).

7. Aprovecho estas ideas para hacer una distinción entre los conceptos de *creer* y de *saber*. Esta distinción, que suele ser hecha en el ámbito de las disciplinas analíticas, apunta a las siguientes precisiones: a) Creer: El agente puede justificar sus cogniciones pero no tiene la seguridad de que sean ciertas; b) Saber: El agente puede justificar sus cogniciones y, además, tiene la seguridad de que son ciertas. Como es simple comprender, el concepto *saber* puede ser utilizado con mayor facilidad y mayor precisión en el ámbito de la verificación empírica; en cambio, el concepto *creer* puede ser utilizado con mayor propiedad en el ámbito de la interacción estratégica. Una idea semejante respecto del concepto de “creer” es compartido por Alf Ross, quien señala: “Por creencia entiendo toda la idea sobre la naturaleza de la realidad que el sujeto de la creencia considera verdadero o por lo menos probable”. Y agrega, “en síntesis, todo aquello respecto de lo cual los hombres hacen suposiciones más o menos bien fundadas”. Cfr. Ross (1994, p. 292-293).

3ª Variable: Creencias óptimas. *Ello se refiere a que el agente logre informarse con la mayor precisión posible acerca de cuál es su conjunto de oportunidad de conformidad a las pruebas que ha recogido.*

Esto significa que la optimalidad creencial apunta a un factor predominantemente cualitativo⁸. En efecto, esta idea comprende dos aspectos interrelacionados, a saber: que el agente disponga de pruebas cualitativamente valiosas y que las pruebas que el agente disponga sean interpretadas adecuadamente por éste.

4ª Variable: Cantidad óptima de pruebas. *Ello significa que el costo de recoger las pruebas no ha de ser superior al beneficio esperado en virtud de la ejecución de la acción.*

Como es posible advertir, esta variable se dirige a determinar el factor cuantitativo respecto de las pruebas con arreglo a un criterio cualitativo; es decir, en función de la relación existente entre el costo de recolección y el beneficio esperado de la ejecución de la acción.

1.3. Observaciones

El desarrollo anterior muestra en términos esquemáticos cómo también es posible aplicar la teoría de la elección racional al ámbito de la toma de decisiones y de las acciones adoptadas por el Estado⁹. En concreto, muestra en términos generales cómo resulta posible configurar estructuras típicamente asociadas a disciplinas analíticas respecto de una praxis jurídica en el ámbito del Derecho Internacional.

Esto resulta de gran importancia ya que permite, además, construir un *filtro* con arreglo al cual aceptar la validez de los argumentos justificatorios presentados por los Estados en materia de sus actuaciones en este ámbito, delimitando de este modo el grado de validez que a estos argumentos les pueda ser atribuido¹⁰.

Dicho lo anterior, y habiendo precisado ciertos conceptos y, a su vez, habiendo delimitado la estructura con arreglo a la cual se llevará a cabo el análisis sobre *La Estrategia de Seguridad Nacional de Estados Unidos*, el apartado siguiente tendrá por objeto aplicar y desarrollar dichos modelos.

8. Ver Cuarta Variable respecto del factor cuantitativo en lo concerniente a las pruebas.

9. La teoría de la elección racional tiene su origen en el proceso de decisión del individuo. Sin embargo, su aplicación ha sido gradualmente incorporada al ámbito de la toma de decisiones en un contexto de interacción colectiva y en el ámbito de las decisiones públicas. Pues bien, cuando el agente encargado de adoptar una decisión es el Estado, la aplicación de los criterios de racionalidad es también plausible. En efecto, la acción derivada de la decisión adoptada por el Estado –decisión institucional– está sujeta a parámetros analíticos generales que son análogos a los que pueden ser aplicados en el caso de la decisión adoptada por un individuo. Consultar Elster (1999) e *ibídem.* (1991, p. 91 y ss.).

10. Ello no significa desechar argumentos de otro tipo, sin embargo, permite acotar con mayor precisión el ámbito de discusión y las herramientas que serán utilizadas dentro de éste.

2. Aplicación

En este apartado procederé a aplicar el esquema analítico anterior sobre algunos de los puntos del documento de Estados Unidos referidos a su *Estrategia de Seguridad* que, en virtud de su relevancia, sugieren una aproximación crítica en cuanto a sus delimitamientos y alcances.

2.1. Aspectos generales

Antecedidos por una Introducción “*explicativo-fundacional*”, nueve son los capítulos que conforman el documento titulado: “***La Estrategia de Seguridad Nacional de los Estados Unidos de América***”¹¹.

Desde una perspectiva general, varios son los elementos que resaltan desde el comienzo de este documento: 1º la fecha simbólica de su publicación, septiembre de 2002 (un año después de los atentados del año 2001); 2º la falta de precisión en los términos utilizados; 3º la contundencia de ciertas conclusiones a las que arriba se ha hecho mención; 4º la escasez –o ausencia– de procedimientos causales que permitan dar fundamento a dichas conclusiones.

Con todo, la interrogante que entrecruza el análisis de este trabajo es si acaso las ideas contenidas en dicho documento son susceptibles de ser analizadas desde la perspectiva de la Teoría de la Elección Racional en cuanto a su consistencia respecto de normas sobre Derechos Humanos a las que se encuentra sometido Estados Unidos en razón de derivar de convenciones ratificadas por dicho Estado y que se encuentran vigentes.

Pues bien, hasta ahora se ha procedido a dar un concepto de la Teoría de la Elección Racional, se ha esbozado un esquema de su aplicación y se ha precisado el sentido de ciertas expresiones utilizadas en la descripción y explicación de dicho esquema.

De este modo, cabe entonces dirigirse de lleno al desarrollo de dicho análisis.

2.2. Análisis y Orden Preferencial

Según la estructura descrita, es posible advertir respecto del documento de “Estrategia Seguridad Nacional” un conjunto de enunciados que permiten circunscribir o determinar las preferencias del agente. Es decir, es posible determinar un cierto ***cuero preferencial*** por parte de Estados Unidos con arreglo al cual, luego, es posible estructurar un análisis de racionalidad.

De este modo, y a pesar de la ambigüedad de las expresiones utilizadas en el texto, es posible convenir en que Estados Unidos “corporiza preferencialmente”:

11. Título Original: *The National Security Strategy of the United States of America*. Documento publicado por la Casa Blanca el 17 de Septiembre de 2002.

- La protección de los Derechos Humanos básicos (*Commitment to protecting basic human rights*) (p.iv preámbulo).
- La Libertad Política y Económica¹² (*Political and Economical Freedom*) (p.iv preámbulo).
- Un sólo modelo sostenible de éxito nacional: Libertad, Democracia y Libre Empresa (*a single sustainable model for national success: freedom, democracy, free enterprise*) (pág. iv preámbulo).
- Relaciones pacíficas con otros Estados (*peaceful relations with others states*) (pág. 1).
- Respeto por la Dignidad Humana (*respect for Human Dignity*) (pág. 1).

Queda, luego, la tarea de establecer un orden preferencial en el interior de dicho cuerpo y, de este modo, determinar si dentro de dicho orden las decisiones adoptadas permiten una integración armónica –sin contradicciones– de dichas preferencias. Es decir, si las preferencias reveladas no entran en contradicción con las decisiones adoptadas.

Así, un ejemplo de este tipo de situación contradictoria se verifica cuando una preferencia “jerárquicamente superior” no ha sido respetada de conformidad a la ejecución de una acción que da cuenta de una decisión adoptada sobre la base de una preferencia inferior.

O sea, cuando:

$\chi \varepsilon \alpha > Y \varepsilon \alpha$ (la preferencia χ que pertenece al orden preferencial α es superior a la preferencia Y que también pertenece a α).

$\Delta \Leftrightarrow (Y \varepsilon \alpha) \neq (\chi \varepsilon \alpha > Y \varepsilon \alpha)$ (la decisión Δ implica haber preferido a Y sobre χ ; lo que a su vez significa que no ha habido correlación preferencial)¹³.

Ahora bien, en la especie, dicho ejercicio (el establecimiento de un orden preferencial) no resulta fácil por un doble motivo, a saber: la carencia de un orden preferencial determinado por el propio agente (como sería, por ejemplo: $\chi \varepsilon \alpha > Y \varepsilon \alpha > \omega \varepsilon \alpha$); y la carencia, asimismo, de un aparato significativo que permita comprender el sentido atribuido a las **preferencias reveladas** por el agente¹⁴.

12. Cabe señalar, además, que llama la atención la referencia constante a ciertos criterios económicos específicos –defensa del libre mercado– presentados como una herramienta determinante para un desarrollo social “correcto” dentro de un texto que debiera dirigirse a esclarecer estrategias de seguridad más que económicas (como si resultaran necesariamente equivalentes). Por ejemplo: “*Free markets and free trade are key priorities of our national security strategy*” p. 23.

13. Evidentemente, el caso propuesto se refiere a situaciones en que el orden preferencial es excluyente en términos jerárquicos.

14. La expresión “Preferencias Reveladas” sugiere la idea de *interacción estratégica* entre agentes que reservan para sí la exteriorización de ciertas preferencias que, en efecto, representan intereses de mayor importancia para éstos pero que, de ser reveladas y, por tanto, conocidas por el resto, podrían comprometer el resultado de sus objetivos. Como es posible comprender, este tipo de fenómenos suele verificarse en el ámbito de las decisiones políticas. En este sentido (contexto analítico de la Teoría de la Interacción Estratégica en el ámbito político), consultar Axelrod (1984).

No obstante, y con el propósito de poder determinar dicho orden preferencial neutralmente –es decir, no plantearse si aquello que es preferido por el agente es en sí bueno o justo; sino que, en cambio, si acaso ello efectivamente se cumple y, de serlo, adecuadamente ó no–, procederé a utilizar como herramientas definitorias algunas de las convenciones internacionales sobre Derechos Humanos que Estados Unidos ha ratificado. Fundamentan este criterio las razones que siguen:

- dichas convenciones establecen un estándar común para todos los Estados parte en cuanto sus derechos y obligaciones;
- delimitan la comprensión del sentido y alcance de ciertos conceptos y expresiones ambiguas (por ejemplo: “*libertad*”, “*justicia*”, “*igualdad*”, etc.);
- obligan a los Estados parte a cumplir con lo establecido en dichas cartas;
- finalmente, la determinación y atribución de significado a las preferencias resulta relevante respecto del problema que plantea la inconmensurabilidad¹⁵ de las mismas. En efecto, no es posible resolver la racionalidad de las decisiones y acciones ejecutadas por el agente si las preferencias, y su respectivo orden o jerarquía, no son precisadas. Es decir, no es posible exigir respecto de un agente por cuál preferencia debe optar si lo anterior no ha sido determinado.

Pero puesto que Estados Unidos no sólo se ha encargado de definir sus preferencias sino que, además, a algunas de éstas (protección y respeto de los Derechos Humanos) les otorga la máxima jerarquía, entonces el problema de la inconmensurabilidad entre preferencias que podría plantearse parece estar también resuelto en favor de estos derechos.

De este modo, el orden preferencial así determinado supedita las acciones de Estados Unidos a las normas que versan sobre Derechos Humanos, lo que implica que no parece posible justificar la eventual infracción o amenaza de estas normas en virtud de alguno de los cursos de acción que podrían derivar del documento de “Estrategia de Seguridad Nacional” de Estados Unidos.

A su vez, esta exigencia se ve reforzada toda vez que Estados Unidos ha ratificado el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, lo que significa conferir a estos derechos (preferencias) el máximo estándar de protección que la legislación les puede otorgar¹⁶.

Pues bien, ¿cuáles son –o parecen ser– los planteamientos y cursos de acción que son susceptibles de ser analizados desde la perspectiva expuesta?

El desarrollo siguiente intentará formular algunas respuestas a este respecto.

15. La inconmensurabilidad se refiere a la situación en que un agente no puede comparar y clasificar sus opciones. Al respecto Elster da como ejemplo: “si no prefiero x más un dólar respecto de y , ello demuestra que x e y son inconmensurables”. Cfr. Elster (1993, p. 41).

16. Ver Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

2.3. *Análisis y Consistencia*

Con arreglo a lo explicado previamente, procederé a concentrar el análisis respecto de la correlación y consistencia que es posible apreciar entre el cuerpo preferencial definido por Estados Unidos conforme al criterio anterior y la estructura con arreglo a la cual moldea los cursos de acción que se refieren a su Estrategia de Seguridad Nacional.

De este modo, a continuación paso a identificar aquellos rasgos predominantes esbozados en el texto de Estrategia de Seguridad Nacional y que permiten elucidar si acaso existe algún tipo de correlación en los términos explicados hasta ahora.

Dentro del cuerpo preferencial de Estados Unidos la preferencia jerárquicamente superior parece ser la defensa de los Derechos Humanos¹⁷. De este modo, para ser racionales, las decisiones adoptadas por Estados Unidos han de promover del modo más eficiente posible el resguardo y protección de estos derechos.

Pues bien, el análisis de decisiones (y, en especial, aquellas que son susceptibles de criterios maximizadores) sugiere, luego, aplicar una estructura analítica conforme a un patrón del tipo de la Teoría de la Elección Racional.

En efecto, la estructura analítica de la Teoría de la Elección Racional, encuadrada en los términos expuestos en este artículo, resulta de utilidad para estos efectos.

De esta forma, ¿cuál sería el modo de aplicar el mecanismo que, conforme a lo expuesto, permitiría elucidar la idea de correlación a la luz del texto que es objeto de este estudio?

Para ilustrar el mecanismo propuesto, procederé a aplicar de un modo análogo el esquema descrito en el punto 1.2.

1ª Variable: Maximización de la satisfacción de las preferencias

Habiendo ya esclarecido previamente el concepto de *Preferencia*¹⁸ y habiendo ya sugerido una *jerarquía preferencial* por parte de Estados Unidos, es posible advertir que dichas preferencias corresponden en la especie a la protección y respeto de los Derechos Humanos, de modo tal que Estados Unidos debe ejecutar todas aquellas acciones que del modo más eficiente le permitan satisfacer dichas preferencias (**acción racional**).

Pues bien, y como se verá en lo inmediato, la adscripción por parte de Estados Unidos a ciertos criterios cimienta las bases para la adopción de decisiones que no parecen guardar mayor armonía ni con el propio discurso profesado en el texto (*“armonía interna”*) ni con la normativa de las convenciones sobre Derechos Humanos que ha ratificado (*“normativa externa”*).

En efecto, se trata de advertir que algunas de las ideas que estructuran su “Estrategia de Seguridad Nacional” parecen ser contradictorias entre ellas como, a su vez, respecto

17. Éstos entendidos con arreglo a las convenciones sobre Derechos Humanos ratificadas por Estados Unidos. (ver punto 2.2.).

18. Ver punto 1.2.

de las obligaciones asumidas por Estados Unidos en materia de Derechos Humanos, lo que implica, luego, que no hay maximización de preferencias.

Dicho de otro modo, la identificación de planteamientos *no maximizadores* implica una **decisión equívoca** desde el punto de vista de la teoría de la elección racional puesto que amenaza tanto en términos discursivos como prácticos la correlación preferencial.

A este respecto, a través del texto es posible identificar varios planteamientos de este tipo capturados en los siguientes postulados, a saber:

i) En el ámbito del uso de la fuerza

- No dudaremos en actuar solos, si es necesario, para ejercer nuestro derecho a la legítima defensa actuando preventivamente (*we will not hesitate to act alone, if necessary, to exercise our right of selfdefense by acting pre-emptively*) (p. 6)¹⁹.
- La gran fuerza de esta nación debe ser usada para promover un equilibrio de poder (*the great strength of this nation must be used to promote a balance of power*) (p. 1).
- No obstante entendemos que nuestra mejor defensa es una buena ofensiva... (*While we recognize that our best defense is a good offense...*) (p. 6).
- El uso de todas las herramientas de nuestro arsenal (*use of every tool in our arsenal*) (p.iv Preámbulo).
- Es el momento de reafirmar el rol esencial de la fuerza militar Americana (Estadounidense) (*It is time to reaffirm the essential role of American military strength*) (p. 29).
- El incomparable poder de las fuerzas armadas estadounidenses, y su avanzada presencia, han mantenido la paz en algunas de las regiones estratégicas más importantes del mundo. (*The unparalleled strength of the United States armed forces, and their forward presence, have maintained the peace in some of the world's most strategically vital regions*) (p. 29).

ii) En el ámbito de los modelos económicos

- Mercados libres y libertad de intercambio son prioridades clave de nuestra estrategia de seguridad nacional (*Free markets and free trade are key priorities of our national security strategy*) (p. 23).
- Trabajaremos activamente para traer la esperanza de la democracia, desarrollo, mercados libres e intercambio libre a cada esquina del mundo. (*We will actively*

19. El derecho a la legítima defensa, consagrado en el artículo 51 de la Carta de Naciones Unidas, corresponde a un derecho estricto y limitado y no alude ni se desprende de éste la idea del uso de la fuerza preventiva. Ello no implica que no pueda hacerse uso de la fuerza preventiva, pero ello no parece enmarcarse en los estrictos términos del artículo 51.

work to bring the hope of democracy, development, free markets, and free trade to every corner of the world.) (p. v Preámbulo).

iii) Desde una perspectiva impositivo-cultural

- *En una época donde los enemigos de la civilización²⁰ buscan abierta y activamente las tecnologías más destructivas del mundo, los Estados Unidos no pueden permanecer inactivos mientras hay peligros que se congregan* (An age where the enemies of civilization openly and actively seek the world's most destructive technologies, the United States cannot remain idle while dangers gather.) (p.17).
- Apoyando gobiernos moderados y modernos, especialmente en el mundo Musulmán. (*supporting moderate and modern government, especially in the Muslim world*) (p.6).
- Si los Palestinos apoyan la democracia y el estado de derecho, enfrentan la corrupción y rechazan firmemente el terror, pueden contar con el apoyo de América (Estados Unidos) para la creación del Estado Palestino²¹. (*If Palestinians embrace democracy, and the rule of law, confront corruption, and firmly reject terror, they can count on American support for the creation of a Palestinian state.*) (p.9)
- Expandir el círculo del desarrollo de las sociedades abiertas y construyendo la infraestructura de la democracia²². (*Expand the circle of development by opening societies and building the infrastructure of democracy.*) (p.2).

20. El subrayado es mío.

21. Es decir, se ofrece la ayuda a la creación del Estado Palestino no en los términos del art. 1º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos –Derecho de los Pueblos a la libre determinación– sino que se condiciona con arreglo a los términos en que Estados Unidos entiende que un Estado debe estructurarse.

22. El uso de la expresión “Democracia” como fuerza reivindicadora de legitimación es a su vez imperfecta, ya que dentro del mismo contexto de los países “democráticos” no existen sistemas necesariamente análogos en el proceso de adopción de decisiones por votación (preferencias agregativas), comenzando por el propio sistema estadounidense para la elección de Presidente del Estado Federal (cabe señalar que la expresión “Democracia” no cabe ser reducida exclusivamente a un sistema de adopción de decisiones por mayoría puesto que invoca, además, las ideas de: separación de poderes y el reconocimiento de ciertos derechos –como los Derechos Humanos–). A su vez, las observaciones de Condorcet (“Ciclo de Condorcet”) muestran cómo dependiendo de cuál sea el procedimiento de elección por mayoría adoptado, el candidato más votado individualmente en un sistema (mayormente preferido por agregación de preferencias) puede ser, al mismo tiempo, el menos votado en un sistema que, cumpliendo los mismos “principios democráticos” que el primero, a los electores se les llama a votar conforme a una jerarquización preferencial de entre todos los candidatos. Este teorema, que data del siglo XVIII, continúa vigente en el análisis contemporáneo de los sistemas votación por mayoría y ha dado pie a extensos debates en diversas disciplinas analíticas. Consultar, Condorcet (marquis de) (1785): *Essai sur l'application de l'analyse à la probabilité des décisions rendues à la pluralité des voix*, Paris.

Pues bien, dichos planteamientos no resultan contradictorios ni equívocos por ser conceptual o deontológicamente “buenos” o “malos”²³ sino debido a que, en la especie, Estados Unidos entra en contradicciones con arreglo a los fines por él mismo elegidos.

Dicho de otro modo, estos postulados dan pie a criterios que se enfrentan con aquellas preferencias que, dentro de su propio aparato preferencial, ocupan un lugar jerárquicamente superior.

De este modo, de ser esto así, el reclamo que es posible argumentar en contra de ello no se construye solamente desde una perspectiva deóntica (si acaso es bueno ó malo que Estados Unidos se pronuncie del modo en que lo hace en el texto), sino que desde una perspectiva **neutra** y que apunta a la correlación jerárquica y eficiente de los principios e ideas elaborados por el propio agente.

Así, desde la perspectiva de la Teoría de la Elección Racional, dichos planteamientos resultan contradictorios –luego, ineficientes o erróneos– ya que no maximizan las preferencias reveladas²⁴ por el agente²⁵.

2^a Variable: Creencias respecto de su conjunto de oportunidad

Creencias: Aquello que el agente supone es verdadero respecto de su conjunto de oportunidad.

Por lo tanto, las creencias de Estados Unidos en lo tocante a su conjunto de oportunidad estarán sujetas –como ya lo he explicado, y tal como lo reitero a continuación– a un factor de optimalidad y a un factor cuantitativo.

En la especie, la información y los procedimientos en torno a las convenciones internacionales sobre Derechos Humanos que Estados Unidos ha ratificado, le permiten tener pleno conocimiento de su conjunto de oportunidad en cuanto a las acciones que puede ejecutar válidamente.

Por lo tanto, la adhesión a ciertos cursos de acción derivados de planteamientos como los enunciados en el punto anterior, no deriva de creencias equívocas que Esta-

23. En efecto, no se presenta como problema ni se cuestiona como correcto (bueno) o incorrecto (malo) que Estados Unidos tenga como preferencia proteger de los Derechos Humanos; la cuestión es determinar, sencillamente, la racionalidad de las decisiones adoptadas frente a esta preferencia.

24. Ver en el punto 2.2. las consideraciones respecto del concepto de **preferencias reveladas**.

25. Quiero brevemente agregar lo siguiente: el documento de Seguridad Nacional de Estados Unidos tiene por fecha septiembre de 2002 y si bien es cierto no parece posible retroceder en el tiempo, sí resulta probable haber predicho entonces que varios de sus planteamientos pudieran servir de base para futuros actos que podrían entrar en conflicto con normas de Derecho Internacional Público y con normas de Derecho Internacional sobre Derechos Humanos. Pues bien, los actos ejecutados por Estados Unidos algunos meses después, a saber, la invasión a Irak, dan pie a dicha idea. A su vez, se trata de una invasión justificada en términos tan vagos y con antecedentes tan imprecisos como los que la realidad se ha encargado de mostrar hasta ahora (no hallazgo de armas de destrucción masiva, por ejemplo)...En efecto, al parecer es la propia realidad –y no el mero análisis lógico– la que nos conduce a preguntarnos y a distinguir entre preferencias reveladas (protección de los Derechos Humanos) y preferencias **no reveladas**...

dos Unidos pueda tener respecto de su conjunto de oportunidad sino que, por el contrario, deriva de una elección edificada sobre antecedentes plenamente conocidos.

Dicho de otro modo, esta falta de correlación no se ha debido a la falta de información acerca del contenido normativo de estas convenciones sino que, por el contrario, ha obedecido a una **informada decisión** de hacerlo (delineamiento de dichos planteamientos).

Conjunto de oportunidad: Esta idea se refiere a la totalidad de las acciones posibles que puede ejecutar el agente dadas sus propias limitaciones en el marco contextual en el que se ubica al momento de realizar la acción.

En la especie, dicho conjunto de oportunidad se conforma, al menos, en virtud de la ratificación por parte de Estados Unidos de las siguientes convenciones internacionales sobre Derechos Humanos:

- Declaración Universal de los Derechos Humanos²⁶.
- Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.
- Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial.
- Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes.

Luego, esto comporta que su conjunto de oportunidad en el ámbito del derecho internacional de los Derechos Humanos se encuentra, básicamente, determinado por estas convenciones²⁷.

Pues bien, ello implica, precisamente, que sea posible advertir que los planteamientos esbozados por Estados Unidos en el texto de Estrategia de Seguridad Nacional no resultan armónicos con sus preferencias reveladas, ya que significaría amenazar el conjunto de oportunidad dentro del cual legítimamente puede actuar como sujeto de derecho internacional.

Es decir, no se trata de que Estados Unidos – o cualquier otro país – no pueda defenderse (Principio de la Legítima Defensa reconocido en el artículo 51 de la Carta de Naciones Unidas); se trata de ver, en cambio, si su defensa se ajusta a derecho, en los términos que lo exigen, por ejemplo, la Carta de Naciones Unidas y el Tratado del Atlántico Norte²⁸.

26. Esta carta, sin ser una convención generadora de obligaciones jurídico-impositivas dentro del ámbito del derecho internacional, sí implica, no obstante, una adhesión cierta a los principios que enuncia.

27. En efecto, según es precisado por el Alto Comisionado de Naciones Unidas, doce son los principales tratados internacionales sobre de Derechos Humanos, de los cuales Estados Unidos ha ratificado tres.

28. Convención Internacional ratificada por Estados Unidos el 4 de Abril de 1949.

En este sentido, podría argumentarse que con arreglo a los artículos: 4º del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; 51º de la Carta de Naciones Unidas; y 5º del Tratado del Atlántico Norte, Estados Unidos puede encontrar un sustento a varios de los planteamientos desarrollados en su Estrategia de Seguridad Nacional.

Sin embargo, dichas cartas supeditan las acciones de los Estados miembros a un estricto respeto de los Derechos Humanos, ya que el uso de la fuerza no debe implicar la violación de los principios y las bases sobre las cuales se edifican.

Ahora bien, el artículo 5º del Tratado del Atlántico Norte –al cual alude específicamente Estados Unidos en la página 25 del texto– contiene uno de los principios clave de dicho tratado, a saber: el principio de la **Defensa Colectiva**; lo cual significa que si uno de los Estados miembros es atacado, los otros Estados miembro han de considerar dicho acto de violencia como un ataque armado contra todos ellos, debiendo adoptar las acciones que sean necesarias para asistir al aliado que ha sido atacado.

A su vez, y de conformidad a lo expresado en el inciso segundo de dicho artículo, cualquier ataque armado, así como todas las medidas adoptadas, deberán ser informadas al Consejo de Seguridad de Naciones Unidas, medidas que deberán terminar una vez que el Consejo haya tomado las providencias necesarias para restaurar y mantener la paz y la seguridad internacional.

De este modo, la invocación del artículo 5 del Pacto del Atlántico Norte no permite, tampoco, la eventual justificación de algunos de los planteamientos esbozados por Estados Unidos en el texto de Estrategia de Seguridad Nacional tal como parece sugerirlo.

Por lo tanto, dichos planteamientos resultan equívocos desde el punto de vista de la Teoría de la Elección Racional ya que no guardan relación con el conjunto de oportunidad en el que válidamente puede actuar Estados Unidos dentro del ámbito del derecho internacional de los Derechos Humanos.

3ª Variable: Creencias óptimas

Tal como fue indicado en su oportunidad, la optimalidad²⁹ creencial apunta a un factor predominantemente cualitativo, de este modo, las pruebas que Estados Unidos deberá recoger para informarse acerca de su conjunto de oportunidad en el ámbito del Derecho Internacional de los Derechos Humanos corresponderán a aquella información que le permita conocer **qué decisiones puede adoptar sin amenazar ni transgredir aquellas disposiciones sobre Derechos Humanos a las que se vé obligado.**

Pues bien, resulta paradigmáticamente claro enfrente de este análisis que, en la especie, la *optimalidad creencial* resulta en efecto alcanzable de conformidad a la cantidad y calidad de la información (cuantitativa y cualitativa) que al respecto Estados Unidos dispone.

29. Vid. punto 1.2.

Esto resulta significativamente importante, puesto que las respectivas decisiones de Estados Unidos han sido adoptadas **óptimamente** desde el punto de vista creencial.

Es decir, lo que resulta substancial al señalar lo anterior es que la decisión de adherir a los planteamientos contradictorios sustentados en su Estrategia de Seguridad Nacional no se debe ni a una escasez de información, ni a pruebas deficientes, ni a la falta de entendimiento que de dicha información se tiene, ya que la adopción de dicha decisión ha sido hecha, precisamente, en **condiciones creenciales óptimas** a la luz del mecanismo propuesto.

4ª Variable: Cantidad óptima de pruebas

Según lo explicitado en el punto 1.2., esta variable hace referencia a que el costo de recoger las pruebas no ha de ser superior al beneficio esperado en virtud de la ejecución de la acción.

Así, Estados Unidos deberá recoger el mayor número de antecedentes jurídicos posibles en lo concerniente a los límites de acción dentro de los cuales puede adoptar decisiones que permitan resguardar su seguridad nacional pero que, al mismo tiempo, ello no implique la trasgresión a aquellas normas contenidas en convenciones internacionales sobre Derechos Humanos que ha ratificado.

Es decir, esta variable implica que en el proceso de recavar esta información, las acciones que para ello ejecute no comporten costos mayores que los beneficios que espera alcanzar desde el punto de vista de la maximización de sus preferencias.

En la especie, luego, esta variable **se verifica en términos óptimos** ya que la recolección de información de Estados Unidos en cuanto a su conjunto de oportunidad no implica incurrir en costos que amenacen o perjudiquen sus preferencias reveladas.

Pues bien, el análisis hecho hasta ahora permite saber que frente a la preferencia superior de Estados Unidos en cuanto a la protección y el respeto de los Derechos Humanos, varios de los postulados esgrimidos en el documento de Estrategia de Seguridad Nacional se manifiestan en términos contradictorios con dichos derechos.

Efectivamente, Estados Unidos maneja una información que le permite tener un conocimiento cierto acerca de su conjunto de oportunidad en esta materia, lo cual significa que **puede (y sabe que puede)** estructurar un marco estratégico de defensa que dé mayores garantías de salvaguarda a estos derechos al mismo tiempo de poder configurar dicho marco sin entrar en faltas de correlación preferencial.

Sin embargo, Estados Unidos ha dado forma a una estructura contradictoria y transgresora frente a su propio orden preferencial, lo que analizado desde un punto de vista racional corresponde a un **error**.

Pues bien, poder cualificar estas decisiones y actuaciones como **errores** y no como simples faltas de compromiso o de voluntad política resulta clave, ya que ello constituye un elemento reivindicativo de plena importancia en el ámbito de los Derechos Humanos y sus herramientas de protección.

3. Conclusiones

Con arreglo a la exposición hecha hasta ahora, una de las ventajas principales de la metodología que ha sido expuesta es que la práctica estadounidense enfrentada a este tipo de análisis pareciera fracasar en el intento de esgrimir argumentos lógico-jurídicos para defender algunos de los planteamientos esgrimidos en el texto que da cuenta de su Estrategia de Seguridad Nacional.

Es decir, Estados Unidos carecería de argumentos justificatorios con arreglo a los cuales argumentar a favor de no adoptar aquellas decisiones y de no ejecutar aquellas acciones que dentro de su propio conjunto de oportunidad den mayores garantías de eficiencia a la protección de los Derechos Humanos.

Esto es, luego, lo que distingue el análisis crítico llevado a cabo en este trabajo ya que no se objeta las decisiones adoptadas por Estados Unidos desde un punto de vista ni político ni moral, sino que, en cambio, porque sus propias decisiones resultan contradictorias enfrentadas a sus propias preferencias reveladas.

Es esto, precisamente, lo que marca la diferencia. Es decir: no es desconocido que Estados Unidos – al igual que otros Estados– no ejecuta todas las acciones que permitirían mejorar el estándar de protección de estos derechos, sin embargo, puesto que las críticas dirigidas en su contra se enmarcan más bien en un contexto discursivo predominantemente político, el tipo de respuesta es equivalentemente política; pero ¿qué respuesta podría ser proporcionada cuando se trata inequívocamente de un error demostrado? Es decir, ¿qué argumentos podrían ser expuestos?

Una alternativa es el reconocimiento, lo cual resulta poco probable –aunque no imposible– ya que ello implicaría asumir dichos errores; lo que generaría una cuota de exigibilidad considerablemente alta para su corrección.

La otra alternativa es la respuesta política. Sin embargo, si ésta intentara justificar lo anterior implicaría una contradicción conforme al discurso político que hasta ahora históricamente ha expuesto Estados Unidos en defensa de los Derechos Humanos.

De este modo, si el mecanismo de análisis expuesto efectivamente logra su objetivo, no es fácil para los Estados –en la especie, Estados Unidos– escapar a sus requerimientos.

En la práctica, probablemente sea la segunda alternativa la que prime, sin embargo, al menos un planteamiento como éste permitirá también en la práctica exigir respuestas más ajustadas y precisas.

Bibliografía citada

- AXELROD, R. (1984): *The Evolution of Cooperation*, New York: Basic Books.
- BENADAVA, S. (1993): *Derecho Internacional Público*, Santiago de Chile: Editorial Universitaria.
- CONDORCET (1785): *Essai sur l'application de l'analyse à la probabilité des décisions rendues à la pluralité des voix*, Paris.

- ELSTER, J. (1988): *Uvas Amargas (Sobre la subversión de la racionalidad)*, Barcelona: Península.
- , (1991): *Domar la Suerte*, Barcelona: Paidós.
- , (1993): *Tuercas y Tornillos*, 3ª ed., Barcelona: Gedisa.
- , (1995): *Psicología Política*, Barcelona: Gedisa.
- , (1999): *Juicios Salomónicos*, Barcelona: Gedisa.
- FITZMAURICE, G. (1986): *The Law and Procedure of the International Court of Justice*, Vol. I, Cambridge: Grotius
- KAST, R. (2002): *La Théorie de la Décision*, Paris: La Découverte.
- POUNDSTONE, W. (1992): *Prisoner's dilemma – John von Neumann, Game Theory, and the Puzzle of the Bomb*, New York: Doubleday.
- ROSS, A. (1994): *Sobre el Derecho y la Justicia*, 2ª ed., Buenos Aires: Editorial Universitaria.

22 | Colección Jurídica



UNIVERSIDAD
DE LA RIOJA