

## En tiempos oscuros

Hace poco tiempo tuve la oportunidad de asistir a un curso organizado por el CGPJ, cuyos directores eran Ramón Sáez, magistrado de lo penal, en Madrid, y Pascual Ortuño, magistrado de lo civil, en Barcelona, sobre la *mediación*: alternativa que algunos han calificado como “*la tercera vía*”, en referencia a un nuevo espacio ideado para la resolución alternativa de conflictos.

En este sentido, me gustaría comenzar mi reflexión sobre estos “*tiempos oscuros*” y sobre la apelación que entiendo que debemos hacernos a nosotros mismos, como jueces preocupados por su oficio<sup>1)</sup>, - con criterios materiales de justicia y, en consecuencia, desde parámetros garantistas-, con una idea que Ramón, amigo y compañero, introdujo en su discurso: la evidencia del desasosiego que tantos de nosotros sentimos cuando debemos aplicar, sobre todo en el campo penal, determinadas normas, atendiendo al marcado sesgo punitivo, y tendente al automatismo, de las últimas reformas, como tendremos ocasión de exponer. Asimismo, cuando ponemos en marcha la “*maquinaria*” del proceso, con la instrucción, y, este momento concreto, no sólo cumple su dimensión “procesal/legal”, sino que, de forma simultánea, comporta la disolución y simplificación de la singular complejidad de las voces de los implicados: desde los supuestos infractores, hasta las víctimas, sus historias particulares, los miedos que han sentido, su necesidad de ser escuchadas, de confrontar lo ocurrido desde el encuentro y la serenidad.

Ciertamente, la idea de introducir en estas Jornadas de Jueces de Pueblo una mesa redonda que abordase ciertas reflexiones, así como un debate sobre la política criminal de los últimos años, se enmarca también en esa inquietud. Nuestro afán y propósito: necesitamos, con urgencia, abrir espacios de encuentro y diálogo entre nosotros, pero, asimismo, con otros interlocutores sociales, para adquirir la adecuada conciencia sobre la importancia de nuestro trabajo, así como sobre las múltiples y hondas repercusiones que el mismo tiene sobre los ciudadanos que demandan nuestra intervención.

Se trata, una vez más, de reivindicar el ejercicio de una dimensión esencial, como miembros de la especie humana: la política. **Hacer política e impulsar determinadas políticas partiendo de nuestro singular esfuerzo.** En el asfixiante horizonte mediático, y su continuo flujo de significaciones, la palabra **política** ha ido cobrando significaciones muy restrictivas, y se ha dotado de una valoración negativa en su asociación al moderno “*profesionalismo*” político de gestión de lo público, con supuestos criterios de eficiencia que han distorsionado tanto la legalidad como la transparencia de las actuaciones y han debilitado la prevalencia de los intereses públicos; asimismo, se han abierto multitud de vías a la

confusión de intereses y a la utilización indebida y rutinaria de los recursos públicos. En la superficie, han aflorado escándalos y corrupciones, tan seductores para la información sensacionalista como destructivos de la ética pública. Entiendo, sin embargo, que debemos reivindicar la política, **como el esfuerzo por construir lo común**, desde la transversalidad de *haceres y saberes*, desde los diversos lugares donde vivimos y trabajamos<sup>[2]</sup>. **Denunciando lo que esconden eufemismos tales,- y para lo que aquí importa-, como la “nueva razón penal”, “la tolerancia cero”, o la “guerra al delincuente”.**<sup>[3]</sup>

En la referida conferencia de Ramón Sáez, sobre la *mediación reparadora*, encontramos una cita de Calamandrei referida al *espíritu* del proceso contradictorio, como un coloquio civilizado entre personas situadas en un mismo nivel humano, tras el ideal de la justicia democrática; con ello, tal vez, pretendía explicar Ramón, la necesidad de la escucha atenta del Juez a las partes, como condición necesaria para una solución razonable del conflicto. Y en la misma ponencia, se cita a Roxin, cuando concluye que *“cuando no sabemos si podemos ayudar al delincuente, mediante el derecho penal, en el sentido de la resocialización, deberíamos por lo menos auxiliar a la víctima.”*

Y es que resulta ciertamente paradójico que, precisamente en nombre de las víctimas, se hayan introducido, desde los años 80, sucesivas reformas penales que responden a un modelo de segregación punitiva y corte populista. La importancia de resaltar simbólicamente a la víctima es crucial, como forma de exhibición pública de su dolor, programando efectos mediáticos, en el afán *“reductivo”* y *electoralista* de obtener una ventaja política-instrumental evidente. Son elementos “espectaculares” y direccionales que se emiten y dirigen, de forma difuminada y persistente, para suscitar el miedo, la ansiedad y la ira de los espectadores. En lo que atañe a nuestra legislación interna, y como explicará Manuel en su ponencia, los ejemplos de este tipo de políticas criminales son múltiples. Así, una cuestión general que no deja de suscitar perplejidad, además de intensificar la sensación de impotencia, es la de que, lejos de abrazar la esperanza que suponía el reflejar en la legislación penal la visión más humanista y *resocializadora* del *procedimiento de menores*, se viene produciendo todo lo contrario; es decir, la introducción paulatina de reformas que acercan este derecho a la legislación *retribucionista* de los adultos infractores.

Son *tiempos oscuros*, efectivamente, y retomando lo que es, al menos para mí, el objetivo de esta mesa redonda, entiendo que,- ya sea a través de la mediación, bien a través de otras vías que consideremos como más idóneas-, tenemos que ser decididos y esforzarnos, no sólo en realizar de la mejor forma posible nuestro trabajo, sino en el ser conscientes del mismo así como de sus repercusiones, no siempre fáciles de visibilizar y ponderar. Recordar en nuestros espacios de

trabajo **la igualdad sustantiva del otro, y practicar un profundo respeto hacia el mismo**, escuchando desde esa igualdad, y siendo capaces de ponerse en su lugar y en su dolor<sup>[4]</sup>. Imaginando las vías más constructivas para la resolución de los conflictos,-pensando y practicando **la alteridad-**, también en el procedimiento penal.

Por ello, entiendo que, en primer término, debemos constatar no solo la superación del principio de estricta legalidad (¡tantas veces invocado para recubrir de formalidad “normativa” lo que no es sino mero ejercicio arbitrario de la autoridad!). Hay que superar el principio formal de legalidad, para conservar y potenciar la dimensión material de este postulado esencial. La concepción formal de la ley es una pequeña e importante dimensión operativa del Derecho,-pero no es el Derecho-, así como el “Estado legal” es un momento histórico distinto y antecedente del “Estado de derecho”.<sup>[5]</sup> En consecuencia, no debemos perder de vista una *causalidad esencial*, importante y en tantas ocasiones deliberadamente olvidada: la consideración de que las complejas relaciones existentes entre la forma social y económica de existencia influyen directa, y también mediata, en la génesis de las leyes penales.

Es sobre este aspecto en el que centraré principalmente mi pequeña exposición, a la vista de que he tenido ya la ventaja anticipada de leer la de Manuel, que aborda de forma suficientemente compleja y completa, las nociones básicas de lo que constituye el “*populismo punitivo*”, así como algunos ejemplos que ilustran esta singular forma de legislar en nuestro ámbito de referencia. Pues bien, a lo largo de estas líneas trataré de exponer algunas de las transformaciones más importantes que se han producido, tras la segunda guerra mundial en la sociedad contemporánea, limitando espacialmente esta visión, por motivos evidentes, al ámbito anglosajón y europeo. Para ello, comenzaré hablando de nuestro presente histórico, al que el sociólogo y criminólogo David Garland, describe inmerso en la “*cultura del control*”, ubicada en la era “*post-rehabilitación*”, donde el “*welfarismo penal*” aparece prácticamente desterrado, (aunque, de forma paradójica, se sigan utilizando ciertas tecnologías y estructuras de aquel sistema), y ha sido sustituido y desplazado, de forma abrupta, por las consecuencias del “*sistema workfare*”. Dado que estos términos son habitualmente usados, sin que en ocasiones se dé cuenta exacta de su significación, trataré de ser lo más precisa y analítica en mi exposición.

Para Garland, **la crisis del denominado welfarismo penal y los indicadores de cambio de la misma**, reflejados en las actuales formas de producción de las leyes penales, son, a grandes rasgos, los siguientes:

1. Declive del ideal de la rehabilitación del infractor penal.

2. Resurgimiento de las sanciones punitivas y de la *“justicia expresiva”*, como símbolo de la ira, que no introduce, sin embargo, medidas reales de reducción del delito.
3. Cambios en el tono emocional del discurso público sobre el delito, enfatizando el tono dramático de la comisión y circunstancias del mismo.
4. Retorno de la víctima y supuesta protección de la misma en todo caso, bajo cualquier precio, mediante medidas que recurren sistemáticamente a la prisión u otras formas de encierro para la *contención del “peligro”*.
5. Politización y nuevo *populismo*, como *técnicas de gestión que desplazan las voces de los profesionales expertos* (juristas, profesores, trabajadores sociales...)
6. Transformación del propio pensamiento criminológico, que se nutre de teorías sobre el control, sobre las criminologías de la vida cotidiana, gestionando con *esquemas neoliberales y actuariales* el análisis y comisión del delito.
7. Aumento de la infraestructura de *la industria de la prevención*, así como de sectores como *la seguridad privada*.
8. *Comercialización del control del delito*, cambiando la noción de ciudadanos por la de *consumidores*<sup>6</sup>, y estrategias de difusión de los riesgos con distribución también difusa de los costes.
9. Introducción de *sensación permanente de crisis*, de *“enemigos convenientes o apropiados”*(en palabras del noruego Nils Christie), de los que hay que defenderse, con una doble estrategia política: la utilización “esquizofrénica” del *“sí mismo”*, es decir del delincuente como *consumidor racional*; y *“del otro”*, como el delincuente extraño, amenazante y resentido, frente al que todo vale para neutralizar el peligro que supone.

Sin embargo, la exposición de estos indicadores, que describirían muchas de las características de nuestro presente compartido, no son capaces por sí mismas de explicar el gigantesco cambio que se ha producido desde la década de los años setenta y el porqué de la introducción de tales prácticas y discursos legitimadores.

Y para comenzar a comprender, debemos saber a qué nos referimos con el llamado **“welfarismo penal”**. El constitucionalismo social (introducción de los derechos sociales en las constituciones), consolidado tras la segunda guerra mundial,<sup>7</sup> supuso, como explica Ferrajoli, un *cambio de paradigma* en el ordenamiento jurídico, exigiendo de las normas **no solo el requisito formal de su ajuste a la legalidad “formal”, sino también un requisito material de concordancia con los vínculos de sustancia que son los derechos fundamentales y sociales; derechos**, recogidos ahora en las constituciones, junto con las garantías para su aplicación, de forma que aquellos señalen lo que en todo caso pueda decidirse y lo que no,

incluso aunque fuese decidido por una amplia mayoría, toda vez que los derechos así constitucionalizados, se convierten en vínculos negativos y positivos, que constituyen los factores claves de legitimación y deslegitimación de los poderes públicos y sus actuaciones. Los derechos fundamentales se constituyen por ello como *“la ley del más débil”*.

Resulta evidente que ese cambio de paradigma fue posible gracias al denominado pacto entre el capital y el trabajo. John Rawls definió como *“el precio de la paz social”* al hecho de que el movimiento obrero renunciara en gran parte a sus luchas históricas a cambio de la protección de las conquistas laborales y sociales conseguidas. En un contexto económico favorable, las políticas keynesianas clásicas, el nacimiento del “Estado fiscal” y la cultura de la protección de los derechos internacionales tras los horrores de la segunda gran guerra y en especial del *holocausto*, impulsaron la consolidación del Estado Social. En este contexto, se introducen **en el ámbito de “lo penal”, dos axiomas fundamentales: la idea de que la reforma social y económica no podía sino conducir a una reducción del delito, y la de que el Estado era el responsable de la prevención y asistencia a los infractores penales, mediante el control y el castigo.** Surgen por tanto una serie de estructuras, denominadas *“agencias de control penal”*, que, bajo el paradigma *cuasi* sagrado de la rehabilitación y de la reinserción, se componen de profesionales expertos que combinan los trabajos “sociales” con los objetivos “penales”.

Nociones o ideas como la de que no existe “tratamiento” sin diagnóstico, la eliminación de los lenguajes estrictamente punitivos, la introducción de ciencias como la orientación familiar o la psiquiatría forense y la acentuación de la idea de la causalidad económica, como determinante en la comisión de delitos, vienen a componer la llamada **“criminología correccionalista” del siglo XX.**

El complejo penal del *“welfare”*, y la regulación social que el mismo comportaba, estaba asentado en todo caso en unas condiciones sociales e históricas que se resumirían de la siguiente manera:

1. *Un estilo de gobierno.*
2. *Una cierta capacidad de control social.*
3. *Un contexto económico determinado.*
4. *Autoridad del conocimiento experto sobre lo social.*
5. *Apoyo de las élites políticas.*

6. *Percepción social de validez y efectividad.*

7. Ausencia de toda oposición pública o política activa.

Para comprender la introducción de la crisis que, a mediados de los años 70, se produjo en este sistema, no basta únicamente con atender a los aspectos derivados de la crisis del petróleo,- o de la tan publicitada tendencia al gasto por encima de los ingresos públicos-, y de la crisis descrita por J. O'Connor en su clásico, "La crisis del Estado fiscal". Es evidente que **el Estado Social, desde 1945 hasta 1970, aproximadamente, también sufrió unas transformaciones básicas**, paulatinas, a las que debe hacerse referencia para entender cómo, el conjunto superpuesto de las mismas y su gestión no siempre afortunada, también posibilitaron el gran declive aprovechado sin duda por las fuerzas más inmovilistas para arrebatarse las conquistas y logros que cimentaban aquella forma jurídico política<sup>81</sup>, que demostró una muy efectiva capacidad de integración social. Estas transformaciones podrían, tal vez, resumirse en las siguientes consideraciones:

#### **1.- La propia dinámica modernizadora de la producción capitalista y el intercambio de mercados a nivel internacional.**

Los ciclos posteriores a las amplias secuencia de la acumulación de capital, la búsqueda incesante de nuevos mercados, *la sociedad de la información* y las nuevas tecnologías fomentaron sin duda una ética consumista, pero no solo eso: el capital monopolista de los años 50 se reinventó a sí mismo en capital de consumo, originando el incremento exponencial de los nuevos sectores, como el "terciario" o de *servicios*, así como el *informático* o *tecnológico*, o, p.e. el de "cuidados" a mayores y dependientes.

Se produce una significativa transformación del modelo del capitalismo industrial, desplazando el antiguo capital fijo, localizado en la fuerza de trabajo y los medios de producción, hacia los denominados modelos *postfordistas*. La transformación cualitativa de la forma económica es de tal dimensión que se intensifica y refuerza el denominado "general intellect", - conocimiento científico y natural, sedimentado a través de la historia en la propia fuerza laboral y metabolizado en riqueza social y general. El esquema de interpretación incluye la idea esencial de que no sólo una parte, sino la completa personalidad de los trabajadores constituye la prestación de trabajo y, sobre todo, la creación de riqueza social. Como de que el capital valoriza tendencialmente, sectores cada vez más diversos, retribuye una parte concreta y determinada de la producción total, mientras que se beneficia del conjunto de las interacciones sociales, a través de la riqueza que genera la inmensa cooperación social; asimismo, se reviste, a través de mil formas de propiedad y control, del *título jurídico* que les permite circular en el

“tráfico”, legitimando la compra, venta y transmisión de los correspondientes derechos en el mercado (pensemos, por ejemplo, en la mixtificación de figuras esenciales en la valorización como las mujeres en el trabajo doméstico, -trabajan, pero no están empleadas; o, en el caso del empleo, en el trabajo de una cuidadora de ancianos).

Ideas que retomaremos posteriormente para incidir en la gigantesca incidencia que estas formas de producción, trabajo y aparición de nuevas clases segregadas, inciden en las políticas penales.

## **2.- Los cambios en la ecología y demografía social.**

En la posguerra mundial, comenzó el uso masivo del automóvil tras la restauración de la red de carreteras, así como la propia transformación del espacio social, y con ello de los tiempos vitales, cada vez más marcados por los ritmos productivos. Se generaron progresivamente zonas suburbanas de vivienda privada al mismo tiempo que barrios de viviendas públicas, fundamentalmente periféricos. Se fueron formando con todo ello dinámicas de concentración espacial de pobreza y de minorías (formadas en gran medida por inmigrantes sin recursos de zonas deprimidas del propio país, o de los flujos de migrantes de países más pobres).

## **3.- Impactos en lo social de los medios electrónicos y de comunicación.**

La televisión, la radio, los medios masivos de comunicación, produjeron también cambios paulatinos en las relaciones sociales y en las sensibilidades culturales, debido al aumento masivo y seleccionado de información e ideología subyacente, así como en la propia percepción de la realidad compleja: se hace cada vez más evidente la visibilidad tanto de la riqueza como de la pobreza, así como de los múltiples “*riesgos*” existentes en las grandes urbes. No debemos obviar que los inmensos flujos de informaciones, complejas fragmentarias, operan en la lógica del mercado, de búsqueda del cliente con capacidad de compra y, asimismo, con *capacidad de atención*: esta economía de la comunicación se inscribe e incide directamente en las nuevas formas de subjetividad social.

## **4.- La democratización de la vida social y cultural.**

Las luchas prolongadas de los movimientos extraparlamentarios, fundamentalmente a partir de la década de los sesenta, por los derechos civiles de grupos enteros de población (afroamericanos, vb.) y por una nueva forma de entender el mundo y las relaciones entre clases, la transversalidad del género o la ruptura con la ética del trabajo<sup>91</sup> -que posibilitó entre otras cuestiones el gran pacto social-

produjeron también una llamada “*desubordinación*”, (Ralph Miliband) introduciendo paulatinamente un descenso de los niveles de referencia y deferencia tradicionales, como la iglesia o la familia. Cambian las pautas morales y de conducta, descendiendo los antiguos controles sociales y aumentando los niveles de individualismo. Se produce, en ocasiones de forma acelerada, la progresiva sustitución de las antiguas “comunidades de destino” por las “*comunidades de elección*”.

Este último factor de cambio me resulta especialmente interesante por las consecuencias paradójicas e indeseadas que produjo. Efectivamente, **las críticas que en el campo de la criminología introdujeron las nuevas corrientes y teorías de los años 60 y 70 no estaban exentas de razón**: Las medidas de seguridad preventivas, el concepto anglosajón de *pena indeterminada*, el uso discriminatorio del *correccionalismo* por el estado para el castigo de las minorías, entre otras prácticas, eran ciertamente el objetivo a corregir y eliminar por parte de las “nuevas criminologías”, (la “sociología de la desviación”, por ejemplo), que, partiendo de una nueva filosofía del castigo, una apelación esencial a la dignidad del individuo y una incisión en el respeto a la diferencia, plasmaron tales reivindicaciones (ver el informe de 1971 de Von Hirsch, “*Doing Justice*”, entre otros) poniendo de manifiesto las inmensas injusticias cometidas y la necesidad de reaccionar ante tales problemas.

Sin embargo, estos **lúcidos discursos fueron reapropiados y tergiversados**, aprovechando otras muchas circunstancias coincidentes y coyunturales, consecuencia muchas de ellas de los factores mencionados, (no cabe olvidar, por ejemplo, que la clase a la que el Estado benefactor había consolidado como “media” dejó de necesitarle y prestarle de forma incondicional su apoyo), comenzando a generarse la denominada “*difusión del modelo del fracaso*” (David Rothman). **El discurso reaccionario, caracterizado por las premisas de la perversidad, la futilidad y el peligro, se dedicó sin tregua a resaltar de forma desproporcionada los grandes “fracasos” del Estado social**, extendiendo como una gran mancha de aceite la sensación del “*nada funciona*”, la generalización del pesimismo y del escepticismo en medio de un cada vez mayor vacío ideológico. El *derecho a la diferencia* se interpretó, como explica Paolo Virno, por la cultura postmoderna como un triunfo del individualismo más estrecho y la fugacidad del deseo.

La propia debilidad de los movimientos progresistas, el efecto de retroalimentación de las agencias penales con los servicios sociales, generando relaciones de dependencia y no de auténtica emancipación, los propios problemas burocráticos del “*gobierno grande*”, la tendencia al aumento constante de expectativas o la ocultación de los auténticos problemas por los que se constituyó, en definitiva, el Estado social



contribuyeron en parte a la incapacidad de hacer frente a tales ataques.

Este conjunto múltiple de causas vino a producir la gran *crisis del modelo penal del welfare*. Comenzó así un complejo proceso de transformación en la “*nueva agenda del control del delito*”, y el nacimiento del abandono de las premisas de rehabilitación y de reducción de las desigualdades económicas que veíamos habían constituido la base de aquel modelo. **Sustituidas de forma contundente por las teorías del merecimiento y del neoliberalismo económico aplicadas al ámbito penal**, bajo una premisa incuestionable: *El aumento de penas siempre resulta más rentable que la inversión con medios suficientes para la reforma en profundidad de la agencias y de los medios para la justicia.*

Comienza a surgir, en definitiva, una nueva criminología, que nos sitúa bien en el escenario del “**welfarismo penal modificado**”, según Garland, o en la propiamente denominada por De Giorgi, entre otros, “**criminología de la intolerancia**”. Para De Giorgi, el abandono explícito del “*welfare*” también implica el fin del monopolio estatal sobre la criminalidad, de forma que elementos tradicionales utilizados por las agencias estatales como *el control y la vigilancia* pasan a tener una **extensión difusa**. Se pasa de “*vigilar y castigar*” a “*vigilar y señalar*”. Las prácticas de control son subsumidas en ámbitos de convivencia diversos, pero siempre de “propiedad privada” (lugares de consumo, áreas recreativas...etc.). El control pasa a ser autorreferencial, mientras que la cárcel funciona *como espacio concebido para el “gran encierro*”. Resulta igualmente básico comprender **el cambio de paradigma sobre la persona que delinque**:

-Se trata de *un actor racional, autónomo, que valora los costes y beneficios*<sup>[10]</sup> que le supone la comisión de un delito (“elección racional”)

-Se abandonan las *políticas de tratamiento* y se introducen las campañas de amenaza e intimidación difusas

-Se abandona la “*especificidad*” del individuo y se sustituye por la intervención sobre el ambiente.<sup>[11]</sup>

**La obsesión por el control guarda una fuerte analogía con la lógica usada por las compañías aseguradoras:** La gestión estatal del delito se mueve de forma ambivalente entre la neoliberal y la represiva, partiendo de que existe una imposibilidad de evitar el riesgo, y en consecuencia, el mismo debe ser redistribuido de la forma más eficiente: El *método actuarial* precede al cívico e implica diferencias sustanciales a la hora de diseñar las políticas criminales, y *también las actuaciones judiciales*, a través de las *guidelines sentences*, en el

ámbito anglosajón.( Un buen ejemplo en tal sentido sería por ello la comparación entre el traficante de menudeo de raza negra y el empresario rico que sólo consume droga de gran calidad en su apartamento: aunque *el daño social* que la actividad delictiva de este último implica sea mucho mayor, la “*peligrosidad criminal*” del primero siempre será mayor). De tal forma, la clase de riesgo se superpone a la clase social, y *la prevención estatal en todo caso es “situacional”* (control de las periferias, de los “ambientes de riesgo” donde viven los sectores más excluidos del sistema productivo).

El hecho de que por tanto, categorías enteras de la población vengan definidas como “de riesgo” y que además, la aplicación más dura del derecho penal recaiga sobre los fragmentos sociales que resultan afectados de forma más drástica por el ciclo económico nos sitúa en **el corazón del “workfare”**. Y es que, entender el “nuevo paradigma” resulta, desde mi punto de vista, prácticamente imposible sin hacer referencia a las profundas transformaciones económicas, como antes apuntaba. El “workfare” alude, (siempre de forma sintética), al conjunto de poderes que prescriben la condición salarial sin el recurso ideológico que en el Estado del bienestar suponía el pacto social. Se trata de **un modelo de gestión del trabajo que se basa en el principio de coacción activa del salario y de la reducción drástica de las posibilidades de vida en el “no trabajo”**.

Para autores como Emmanuel Rodríguez, en los denominados “*años de la restauración*”, tras las demandas a todos los retos políticos planteados por el “68”, el nuevo régimen económico y financiero surgido, la acumulación de la inversión financiera, la autovalorización del capital, sin la mediación del trabajo vivo y la descomposición policial y política de la autonomía obrera y de la antigua forma de la fuerza de trabajo, **condujo a un tipo de ideología que reconoce al capital como el único agente social determinante en la creación de riqueza**.

Las nuevas formas de trabajo en el “*workfare*” derivan también, de forma paradójica, de la experimentación social incluida en la potencia de los movimientos políticos del 68: los nuevos modos de riqueza social, como la cooperación, el propio deseo de singularidad, la proliferación subjetiva, la atención de incluir “lo político” en lo personal y cotidiano...han sido atrapados por el capital como puntos de partida para el funcionamiento de los nuevos dispositivos de producción:

**1-. El capitalismo informacional invierte la relación tradicional de la gran industria.** La producción deja de tener fuerza masiva para crear demanda: se atiende a “*las necesidades y deseos*” de los clientes, de forma que primero se vende y luego se produce. Ello implica un cambio en la estructura de la empresa, que se dirige a la captura de las señales

externas aumentando la economía “de la atención”, el aumento del sector de publicidad, marketing, y de servicios, etc...

2.- La **producción coincide así con la actividad social**: un enorme taller al servicio del tejido empresarial, toda vez que, si bien es el conjunto de la vida social el que produce riqueza, de todas estas inmensas externalidades positivas (cooperación social, trabajo intelectual, relacional y afectivo no retribuido) solo se retribuye una pequeña parte.

3.- Existen **nuevas divisiones entre la producción y la reproducción** (incorporación de la mujer a la producción fuera de casa) así como fronteras cada vez más disipadas entre el **trabajo productivo e improductivo**, y una distancia también cada vez más acentuada entre el binomio capital-fijo/capital variable: la forma de remuneración se independiza de la prestación de trabajo.

4.- Perviven **formas de trabajo manual con trabajo inmaterial**: Es cierto que el trabajo clásico del fordismo (mecánico, repetitivo) existe, incluso de forma incrementada, pero de acuerdo con una lógica y una nueva funcionalidad inmaterial: Pensemos en los campos cultivados por inmigrantes en condiciones laborales extremadamente precarias. Contribuyen a la compresión general de costes, bajando el nivel medio de los salarios de los trabajadores con escasa cualificación (explotados y discriminados; eventualmente, criminalizados, como en El Ejido).

Es evidente que **el postfordismo se caracteriza**, para lo que aquí importa, tanto por tanto **por las nuevas formas de trabajo**, (caracterizadas por unos niveles de inseguridad y precariedad que se desplazan a la forma de vida); **por la aparición de una “underclass”**, en constante exclusión social y económica; **por una crisis de la antigua “clase media”**, tras el agotamiento del antiguo modelo familiar, social e incluso existencial; **por el predominio extensional y cualitativo del capital** y su constante mecánica de valorización<sup>[12]</sup>, y en definitiva, lo más determinante: **por una redefinición semántica del propio conflicto social: la cuestión “social” pasa a ser “criminal”**, y viceversa. El capital financiero global, se mueve con fluidez creando continuos *espacios anómicos*, con lo cual, refuerza la tendencia descrita, que opera sobre los segmentos sociales predeterminados como objeto de control.

La incidencia en la economía política de la pena es innegable, si atendemos al hecho, fácilmente contratado con datos, de que en la actualidad, **el castigo y las formas de control son cada vez más independientes de los índices reales de comisión de delitos**. Las funciones instrumentales y simbólicas de la pena se superponen en la actualidad y quedan integradas en *el discurso sobre el control social*:

-Tiene en cuenta *“la construcción social del consenso”*: un imaginario socialmente compartido que apoya las políticas punitivas.

-Asume una creciente demanda (inducida) de seguridad, severidad y protección.

-Refleja los espacios de mediación social entre el ciclo económico y el punitivo.

-Toma en cuenta *el perfil simbólico del castigo, el “enemigo imaginado”*. Las élites desplazan la atención y los sentimientos de los auténticos problemas hacia el castigo de los *“desviados”*.

Para finalizar esta síntesis, me gustaría únicamente hacer una pequeña referencia a la denominada **doctrina de la “tolerancia cero”**, porque entiendo que ilustra bien en la realidad lo que venimos explicando. Efectivamente, los **conceptos de *emergencia y de prevención*** vienen siendo usados, según autores como De Giorgi, E. Rodríguez, o L. Wacquant, entre otros, como **políticas de segregación permanente y de coacción disciplinaria que trata de controlar a las poblaciones y las formas de vida**: La identificación de los grupos de riesgo no se puede distinguir de la erosión sobre el sistema de subsidios sociales acentuada en las últimas décadas por los gobiernos de corte neoliberal. *El principio de prevención funciona como un mecanismo de exclusión y de restricción de libertades: la estrategia de la tolerancia cero es su paradigma.*

El origen teórico se encuentra en la doctrina de Kelling y Wilson, dos autores encuadrados en la criminología conservadora que venimos exponiendo, que parten de la siguiente hipótesis: formulada bajo la expresión **“broken windows”**: **la degradación urbana consolida “culturas criminales” y “comportamientos desviados”**. Debe acentuarse por ello la prevención de delitos, devolviendo a la policía una función de tutela del orden, que reprima comportamientos *predelictivos* y reinterprete los sentimientos difusos de la población, acentuando el discurso del clima de constante peligro. Como sabemos, Guliani, alcalde de Nueva York desde 1.994, introdujo tal estrategia policial en esta ciudad, de forma que comenzaron prácticas tales como el aumento discrecional de arrestos y registros, la persecución sistemática de infracciones administrativas como los *grafitties* o las formas agresivas de pedir limosnas; el alejamiento forzado de los homeless de espacios (como el metro).

Además del aumento desmesurado de comportamientos abusivos de la policía, del racismo institucional de tales prácticas y de los altos niveles

de impunidad ante los delitos de los agentes, como reflejó el Informe de Amnistía Internacional de 1996, cabe además el propio cuestionamiento de la estrategia referida como tal “política criminal”. Cabe decir que tras el minucioso análisis de autores como De Giorgi, en realidad parece que, en el tiempo, se produjo en primer lugar el descenso de la criminalidad y, posteriormente, se vino a implantar tal estrategia, existiendo múltiples causas superpuestas que vendrían a explicar tal descenso en la comisión delictiva. Pero más allá de los datos, resulta evidente que, en ningún caso, vendría justificada la flagrante vulneración de derechos y garantías fundamentales que provocó. La naturaleza estrictamente funcional y la debilidad política de estas estrategias tiene el indeseado efecto estratégico de debilitar la cohesión social y estimular la cultura de la desconfianza, que demanda seguridad de forma crónica y obsesiva; así, incide, de forma catastrófica, en la débil cultura de los derechos y libertades.

Todo ello sin embargo no obstaculizó el que a través de las “**think tanks**”,- institutos “pseudocientíficos” o fundaciones, de corte conservador y neoliberal-, tales estrategias se hayan importado a Europa de forma masiva y acelerada como explica con gran lucidez Wacquant, desde los años 90, con el aval de gobiernos cercanos y propios, (por cierto, tanto de corte liberal como socialdemócrata). La cultura europea, con rasgos históricamente muy diferenciados en la gestión del ámbito penal, (menos proclive a las situaciones de permanente excepcionalidad y el cheque en blanco que las mismas conllevan), ha acogido sin embargo tales estrategias sin importarle demasiado el parecer de los expertos disidentes, que han venido advirtiendo del peligro de la introducción de tales políticas criminales:

- 1- Criminalización de problemas sociales y de sectores excluidos.
- 2- Violación del conjunto de derechos y garantías constitucionales así como de los principios del derecho penal liberal (intervención mínima, taxatividad, etc)
- 3- Fomento de la cultura “postmoderna”, que opta por el individualismo exacerbado, la fragmentación social y la brecha cada vez más acentuada entre los sectores cada vez más opulentos y los cada vez más miserables.
- 4- Constatar que el descenso de delitos no es real con este tipo de políticas: sí beneficia a la alta delincuencia económica y desplaza la atención de los verdaderos problemas socioeconómicos. Causa asombro comprobar la “naturalidad” con la que es admitido y “explicado” el contraste entre interminable laberinto represivo en el que ingresa, de forma crónica, la baja delincuencia económica y las estrategias jurídicas fuertes que acompañan a la frecuente y casi sistemática exoneración de responsabilidades que benefician a los actores económicos poderosos.

Peligros que, en todo caso, se han convertido en constataciones en la práctica, como expondrá seguidamente Manuel. Por todo lo expuesto, y en conclusión, espero haber sido capaz de transmitir, al menos, la necesidad de seguir investigando e incidiendo en estos aspectos; leer, indagar, atrevernos a descubrir y compartirlo con los otros, constituye al menos el primer paso para ser conscientes de la oscuridad de estos tiempos y el papel que se viene exigiendo de los jueces. Un papel cada vez más alejado de su verdadera función de protección de los débiles, del remedio al desamparo, de la resolución materialmente más justa de los conflictos que abordamos. Como escribe Galeano: *tenemos que tener el coraje, en estos tiempos oscuros, de atrevernos a seguir creyendo que la condición humana vale la pena, así como ser desobedientes, cuando recibimos órdenes contradictorias a nuestra conciencia o contra el sentido común.*

## BIBLIOGRAFIA:

1. *La industria del control del delito.* Nils Christie. Ed. Del Puerto, 1993.
2. *Tolerancia cero. Estrategias y prácticas de la sociedad de control.* Alessandro de Giorgi. Ed Virus, 2005.
3. *Mitologías y discursos sobre el castigo.* Coordinado por Iñaki Riveras (ver en especial su artículo sobre las nuevas racionalidades punitivas) Ed. Anthropos, 2005.
4. *El populismo punitivo. Análisis de las reformas y contrarreformas del sistema penal en España (1995-2005).*- Observatorio del Sistema Penal y los Derechos Humanos de la Universidad de Barcelona. Ed. Ajuntament de Barcelona. Barcelona, 2005.
5. *La sociedad del control. Crimen y orden social en la sociedad contemporánea.* David Garland. Ed. Gedisa, 2005.
6. *Las cárceles de la miseria.* L. Wacquant. Ed. Alianza Ensayo. 2000.
7. *El gobierno imposible. Trabajo y fronteras en las metrópolis de la abundancia.* Emmanuel Rodríguez. Ed. Traficantes de Sueños. Madrid, 2004.
8. *Derechos y Garantías, La ley del más débil.* Luigi Ferrajoli Ed. Trotta, 1999.
9. *9.- La mediación reparadora en el proceso penal.* Reflexión a partir de una experiencia. Artículo borrador de Ramón Sáez. Noviembre, 2006. (en prensa)

---

[1] Adquirir destreza y consistencia en el oficio..

[2] Nuestra dimensión de existencia biológica, es, asimismo, histórica y social. En consecuencia, cultural. Podemos y debemos elegir. Debemos en consecuencia, ejercitar nuestra razón, como facultad universal, atendiendo a nuestra calidad profesional, para la ciudadanía, desde nuestra calidad de ciudadanía. Además, la política es una facultad humana, una potencia; cuando no la ejercitamos subjetivamente, la pobre y menguada política que vemos es aquella que, objetivamente, traduce la forma social. Ya se pueden colegir las repercusiones para el ámbito específicamente jurídico y normativo.

[3] Y ésta, en suma, es la pretensión y objeto de mi exposición

- [4] Los que trabajamos en el derecho,-los operadores jurídicos-, tienen, tenemos, una particular dificultad de base para pensar y practicar **la alteridad**. Tenemos que recordar que “la unidad esencial” del Estado moderno, así la unidad lógica y operativa del ordenamiento, se establece sobre la lógica de la identidad que rechaza las diferencias. ¿hay que recordar las experiencias negativas y las penalidades derivadas de esa lógica?.
- [5] Recordar y reiterar la “materia” del 9.2.CE así como del 103.1.CE.. Muchos años antes de 1789, había Estados de leyes, similares al primigenio Estado liberal. En el XVIII, el famoso caso del molinero Arnold que se atreve a recordarle al monarca, “*hay leyes en Postdam*”. Pero no había, sin embargo, un Estado derecho con su base de derechos y garantías tutelados, separación de poderes y control judicial.
- [6] En la *cultura del consumo* la noción de ciudadano se debilita mientras que se exalta y enaltece la del consumidor. La capacidad y “*libertad*” de elegir refleja criterios de solvencia y eficiencia que sustentan la mecánica simbólica del mercado; no la del Estado. Los pobres y marginados son malos consumidores o consumidores frustrados. Alimentan el imaginario de “*los que necesitan asistencia*”: han fracasado para llegar al nivel de la mayoría social satisfecha; son, potencialmente, segmentos sociales descontentos y conflictivos. “Materia” para el control difuso y creciente . Forman parte de “*colas*” que demandan asistencia. Aunque ,como señala agudamente J.L. Sampedro, el capital ha conseguido hacer “*colas invisibles*”.
- [7] Como es sabido, la Constitución de Weimar, introduce al término de la I Guerra Mundial, la primera gran sistemática positivada de derechos sociales; sin embargo, sólo el constitucionalismo rígido de la postguerra de los años cuarenta del pasado siglo XX, introduce, un *garantismo fuerte*, mediante la extensión de la jurisdicción constitucional y la generalización de las políticas keynesianas de intervención social y gasto público.
- [8] El “*Welfare State*” es descrito en el imaginario neoliberal como excesivamente regulador y restrictivo de la libertad de empresa; “confiscatorio” de sus riquezas y, lo más importante para determinar la regresión en la cultura penal ilustrada: defensor de grupos sociales improductivos que son estigmatizados al necesitar, de forma activa y pasiva, la costosa asistencia pública.
- [9] La ética del trabajo, el discurso del “esfuerzo y la honradez”, correspondientes al modelo del capitalismo industrial, conseguía un imaginario de igualdad en un horizonte real sin igualdad. El incremento del excedente económico determina el cambio de la comunidad de productores y su ética del “trabajo honrado”, en la comunidad de consumidores y su estética del dinero que fluye sin interrogarse por su origen.
- [10] Se trata de la traslación de la ficción del individuo racional, sin contexto, que se convierte en actor económico en la teoría económica neoclásica.; sabe perseguir un fin, calcular los costes y ponderar la competencia. En esta “fábula” se insertan las gramáticas abstractas de la acción social; por entonces, el individuo sin propiedad no contaba; al final ha resultado válido para vestirse con un traje que no estaba pensado para él.
- [11] Todos los modelos sistémicos prescinden del hombre o mujer singulares, así como de sus interacciones sociales. No se presta atención a sus interacciones sociales, a su “economía moral”, etc.. En su lugar, sólo se observan el sistema y, fragmentados recíprocamente, los correspondientes subsistemas. Así se delimita el “ambiente” espacial “peligroso”.
- [12] El afán de lucro desborda todas las previsiones y daña el imaginario cultural y “*bienpensante*” de los círculos dirigentes que consideran, que la dinámica que han contribuido a poner en marcha, arrasa todas las valiosas dimensiones existenciales que no sean susceptibles de traducción económica..Los serios profesionales de la “fe pública” se ven convertidos, a su pesar, en “inspectores” de las innumerables fisuras que las finanzas ilegales introducen en las pacíficas transacciones tradicionales.