

LA SEGURIDAD COMO OBJETIVO POLÍTICO-CRIMINAL DEL SISTEMA PENAL

José Manuel PAREDES CASTAÑÓN

Universidad del País Vasco

Resumen: La seguridad se ha convertido en un tópico ineludible de la discusión político-criminal contemporánea. Es necesario establecer el significado real y legítimo del concepto: distinguir entre seguridad real y seguridad percibida, y entre los sentimientos de seguridad y la seguridad efectiva de los bienes jurídico-penalmente protegidos; reconocer que los conceptos de seguridad y de riesgo no son unívocos, sino que son contruidos desde las distintas orientaciones sociales y políticas; y ponderar el papel que la seguridad debe cumplir en cada ámbito del sistema penal, en concurrencia con el resto de los objetivos legítimos del mismo.

Laburpena: Segurtasuna, beharrezko gaia bihurtu da eguneroko eztabaida politiko-kriminalean. Kontzeptuaren egiazko eta bidezko esanahia ezarri beharra dago; benetako segurtasuna eta hautemate segurtasunaren artean bereizketa egin, eta baita ere, segurtasun sentimendu eta juridikoki babestutako ondasunen benetako babesaren artean; aitortu beharra dago segurtasun eta arriskuaren kontzeptuak ez direla adierabakarrak, eta orientazio sozial eta politikoak direla medio sortuak izan direla; bidezko helburuak kontutan harturik, segurtasunak zigor arloan daukan garrantzia ere neurtu beharra dago.

Résumé: La sécurité est devenue un sujet inéluctable de la discussion politique criminelle contemporaine. Il est nécessaire d'établir la signification réelle et légitime du concept: distinguer entre sécurité réelle et sécurité perçue, et entre les sentiments de sécurité et la sécurité effective des biens juridiquement protégés; reconnaître que les concepts de sécurité et de risque ne sont pas univoques, mais qui sont construits depuis les différentes orientations sociales et politiques; et pondérer le rôle que la sécurité doit accomplir dans chaque domaine du système pénal, en accord avec le reste des objectifs légitimes de ce système.

Summary: Security has become an unavoidable topic in contemporary political and criminal debates. The real and legitimate meaning of the concept must be stated: it is necessary to distinguish real security from perceived security, and feelings of security from the effective protection of legally protected interests; to recognize that concepts of security and risk are not univocal, but constructed from the different political and social directions; and to consider the role that security must play in each area of the Criminal Justice System, in concurrence with other legitimate objectives of the System.

Palabras clave: Seguridad. Riesgo. Política Criminal. Libertad. Percepciones sociales. Ideología. Expansión del Derecho Penal. Principio constitucional de proporcionalidad. Delitos de peligró.

Hitzik garrantzizkoenak: Segurtasuna, arriskua, politika kriminala, askatasuna, hautemate sozialak, ideologia, zuzenbide penalaren hedapena, konstituzioaren proportzionaltasun printzipioa, arrisku delituak.

Mots clef: Sécurité. Risque. Politique Criminelle. Liberté. Perceptions sociales. Idéologie. Expansion du Droit Pénal. Principe constitutionnel de proportionnalité. Infractions de danger.

Key words: Security. Risk. Criminal Policy. Freedom. Social perceptions. Ideology. Expansion of Criminal Law. Constitutional principle of proportionality. Risk crimes.

I. SEGURIDAD Y RIESGO: DILEMAS TEÓRICOS Y POLÍTICOS

1. Resulta indudable que en los tiempos actuales, en las sociedades occidentales desarrolladas, la seguridad se ha convertido en un tópico político-criminal de primer orden. En efecto, es prácticamente imposible discutir hoy sobre política criminal, sobre la protección jurídico-penal de bienes jurídicos, sobre el control social de aquellas conductas que se consideran desviadas a través de la coacción y la represión propias del Derecho Penal, sin que los conceptos de riesgo y de seguridad surjan por doquier. A derecha y a izquierda, los discursos político-criminales social y políticamente dominantes proponen estrategias político-criminales de la seguridad y la consiguiente renovación del sistema penal –de amplios sectores del mismo, al menos– a la luz de dichas estrategias. Diferenciándose tan sólo las distintas estrategias en la identidad de los intereses a la que cada una de ellas pretende proporcionar seguridad; pero no en el objetivo de la seguridad misma, que es común a (casi) todas.

Son múltiples las explicaciones de índole sociológica y política que se sugieren para dar cuenta de este fenómeno, de este cambio de paradigma en el pensamiento político-criminal. Explicaciones psicológico-sociales, ancladas en las ansiedades propias de las sociedades complejas, abiertas y pluralistas. Explicaciones más sociologistas y economicistas, sobre la base de los conflictos sociales generados por el desarrollo tecnológico, por la desigualdad, por el desempleo y la precariedad, por la marginación social, por la inmigración y por la globalización, con graves amenazas para la subsistencia misma de la civilización occidental (y tal vez, incluso, de la vida humana en el planeta) y con amplios grupos de personas a las que se les niega la condición efectiva de ciudadanía y el disfrute de muchos de sus derechos humanos. Y, en fin, explicaciones más políticas, algunas más escoradas hacia la interpretación conspiratoria (el miedo como instrumento de cohesión social y de distracción de otros asuntos y problemas) y otras menos (la seguridad como una de las pocas áreas comunes en las que, en los regímenes políticamente pluralistas, resulta posible hallar un consenso más o menos generalizado de votantes, grupos de presión, opinión pública y líderes políticos y que, por ello, constituiría un punto de apoyo imprescindible para la gobernanza en el seno de los mismos).

Me parece probable que todas estas explicaciones tengan un punto de razón, si hablamos de las razones últimas del cambio. Y que, en realidad, la proporción en la que cada uno de los factores explicativos propuestos está de hecho presente en cada debate político-criminal (y en cada sociedad y en cada momento histórico) y en cada concreto discurso político-criminal de la seguridad varíe (y, por ello, merezca investigación empírica detallada, que aún hoy resulta escasa, especialmente en el caso de España). Como quiera que sea, pienso que es imprescindible asumir que el tópico de la seguridad se ha introducido entre nosotros para quedarse. Y que, en todo caso, su hipotética –e incierta– desaparición futura de los discursos político-criminales dependerá antes de que pueda volver a producirse en las sociedades occidentales desarrolladas otra transformación social profunda, como aquella de la que hemos sido testigos en las tres últimas décadas, que de la actitud que los expertos adoptemos ante él. O, dicho de otro modo, creo que debemos ser lo suficientemente modestos en las expectativas que mantenemos acerca de la capacidad de influencia de nuestras construcciones intelectuales y de nuestras propuestas en el plano de la política criminal como para no esperar que, si nos oponemos al tópico de seguridad, el mismo vaya a ser descartado por quienes opinan y toman de decisiones en los foros de

debate y decisión políticos. Rechazo, pues, siquiera sea por razones pragmáticas, el hipercriticismo y el catastrofismo de los expertos en materia político-criminal, que con demasiada frecuencia linda con el elitismo y con la tentación tecnocrática (que, además, en este caso resulta inane): si como ciudadano, como individuo pensante, puedo oponerme rotundamente, con todo mi derecho, a (alguna parte de) la deriva de las sociedades occidentales desarrolladas, como experto (que, al fin y al cabo, es reconocido y pagado por esas mismas sociedades), creo que mi deber es intentar pensar la realidad (no renegar, sin más, de ella), para intentar racionalizarla, al menos mientras ello resulte fácticamente posible y moralmente soportable.

Mi interés, pues, en lo que sigue, no es discutir si la evolución del pensamiento político-criminal que ha dado lugar a la introducción y consolidación del tópico de la seguridad en el seno del mismo ha de ser valorada o no como buena. Ni siquiera si es o no éste el tópico más importante, o si hay otros que lo son más (o que deberían serlo). Por el contrario, lo que intentaré más bien será realizar algunas propuestas de racionalización del debate político-criminal acerca de la seguridad. Vale decir: intentaré hacer propuestas para optimizar los resultados de la introducción del tópico de la seguridad en dicho debate, tanto desde el punto de vista de la moralidad de las decisiones político-criminales que se adopten como desde el de su eficiencia.

2. Planteada la cuestión en estos términos, conviene comenzar por introducir algunas distinciones conceptuales, acaso obvias para el experto, pero que no siempre son bien entendidas cuando se discute sobre seguridad y política criminal. La primera de ellas es la diferencia que hay entre la existencia de un estado de cosas (valioso) y la seguridad del mismo; o, de otro modo, entre su subsistencia (íntegra) y su seguridad. La cuestión de la existencia y subsistencia (íntegra) de un estado de cosas valioso atañe a los hechos efectivamente producidos: atañe, pues, a los cambios que tienen lugar en la estructura de la realidad. Así, un determinado estado de cosas subsiste o no —de un modo íntegro— según que, en el curso del tiempo, haya tenido o no lugar algún cambio en el mismo (más concretamente, en lo que aquí nos interesa: algún cambio que lo haga perder valor). Por lo tanto, podremos hallar estados de cosas valiosos que permanecen intactos a lo largo del tiempo y estados de cosas valiosos que, sin embargo, se han visto alterados; y, entre estos últimos, los habrá que hayan aumentado su valor, que lo hayan visto disminuido o, en fin, que, aun siendo diferentes, sigan mereciendo el mismo juicio de valor.

Por el contrario, cuando hablamos de la seguridad de los estados de cosas, hablamos más bien de expectativas, de predicciones, de probabilidades (futuras): del juicio de probabilidad que realizamos (ahora) acerca de la posibilidad de que, en un futuro (más o menos determinado), un estado de cosas valioso cambie para perder parte de su valor. Así, un estado de cosas está (más o menos) seguro si resulta (más o menos) improbable que en un futuro cognoscible se vea alterado y que, con ello, pierda parte de su valor (o todo él).

La distinción es importante para el aspecto moral de la discusión político-criminal: mientras que la preservación de estados de cosas valiosos (y, naturalmente, habrá que discutir cuáles deben ser considerados como tales) constituye un objetivo central de cualquier política criminal, su seguridad puede ser, a lo sumo, una finalidad intermedia, instrumental para aquel objetivo central; y eso, si es que llega a serlo. En

efecto, la subsistencia de estados de cosas valiosos –de algunos, al menos– constituye una condición necesaria para el funcionamiento de la vida social y para una vida para los individuos dotada de una cierta calidad y, por ello, puede llegar a constituirse en un valor autónomo, que, desde el punto de vista moral, justifique por sí mismo el merecimiento de protección jurídica. Por el contrario, la seguridad de esos mismos estados de cosas vale sólo en la medida en que valgan estos y por relación con ellos. No posee, pues, valor autónomo, sino siempre dependiente del valor de aquellos.

Por lo tanto, la seguridad de los estados de cosas, aun si estos son valiosos y, además, reúnen las condiciones suficiente para ser aceptados como bienes jurídicos (legítimos), no constituye nunca un bien jurídico autónomo; esto es, un objeto de protección (legítima) del Derecho Penal que esté dotado de un valor moral propio, independiente del estado de cosas valioso de referencia. Al contrario, no es más que una faceta de la protección de estos últimos. Y, en tanto que tal, se justifica (o no) exclusivamente en función de ellos.

Así, cuando en política criminal se discute acerca de la seguridad, la primera pregunta ha de ser siempre: ¿seguridad para qué (y para quién)? Esto es: ¿cuál es el bien jurídico cuya seguridad se pretende garantizar? ¿y quién es su titular? Se combatirá de este modo el riesgo de hipóstasis que existe siempre cuando son utilizados conceptos abstractos que, como es el caso, carecen de sustancia propia.

Si, por ejemplo, se suscita, como recientemente ha ocurrido, un debate sobre la seguridad de los menores (acoso escolar, abusos sexuales, pornografía infantil, etc.), lo primero que hay que hacer es descomponer la cuestión: ¿qué bienes jurídicos son los que se pretenden asegurar? ¿y en qué grado se hallan –cada uno de ellos– en peligro? Puesto que no es lo mismo la integridad física del menor o su libertad sexual, su bienestar psicológico o su libertad de actuación, la licitud de que ingrese en el tráfico mercantil con su propio cuerpo y su sexualidad o la conveniencia de que en los centros escolares reine un ambiente pacífico,... De otro modo, si no se introducen tales distinciones, la discusión transcurrirá por los caminos de confusión que, por desgracia, nos resultan tan familiares.

3. La segunda distinción conceptual que deseo introducir es la existente entre seguridad (real) y percepción existente –en un individuo o grupo de individuos– acerca de dicha seguridad; o, dicho en términos negativos, entre inseguridad real y percepción de inseguridad. Pues, por una parte, es cierto que, si, como he señalado, la inseguridad para un bien jurídico existe cuando es (más o menos) altamente probable que el estado de cosas valioso que constituye su sustrato se vea alterado y, con ello, devaluado, entonces la seguridad no es nunca un evento efectivamente producido y, en tanto que tal, cognoscible mediante pruebas empíricas incontrovertibles; al contrario, es siempre un juicio de probabilidad, una predicción (probabilística) del futuro. Por ello, la seguridad no existe nunca como evento empíricamente verificable (salvo, por supuesto, *a posteriori*), sino como juicio humano acerca de posibles eventos futuros. Y, como todo juicio humano, especialmente si se apoya en conocimientos meramente probabilísticos, está sujeto por necesidad no sólo a la posibilidad de que el futuro desmienta las predicciones, sino, además, al riesgo de que ya en el presente el juicio esté condicionado por eventuales sesgos cognitivos; de que no sea puramente racional, en suma. Riesgo que sólo puede ser combatido –y, así, minimizado– mediante la aplicación de estrictos controles de racionalidad de orden metodológico, pero que nunca puede ser descartado por completo.

Pese a todo, existe una diferencia significativa (que, ciertamente, tan sólo es de grado, pero que, no obstante, resulta muy apreciable) entre, de una parte, este peligro genérico de que, pese a todos los esfuerzos, se puedan llegar a cometer algunas irracionalidades en el enjuiciamiento de los riesgos “realmente existentes” para los bienes jurídicos (esto es, aquellos daños a los mismos que, conforme a todo el conocimiento disponible, resultan probables) y, de otra, las características que poseen aquellos juicios acerca de los riesgos que, por el contrario, son realizados sin ningún tipo de cautelas metodológicas. En particular, los juicios acerca de los riesgos y del nivel de seguridad existente para un bien jurídico que son realizados por los ciudadanos sin otra información que aquella que procede de su propia experiencia, de aquella otra que les han comunicado otros individuos con quienes interactúan y, por fin, de los medios de comunicación, es muy probable que estén extremadamente sesgados: en la investigación acerca de la percepción, personal y social, del riesgo se ha comprobado, en efecto, que los seres humanos no perciben el riesgo únicamente en términos de probabilidad “objetiva”, sino atendiendo además a una pluralidad de características heterogéneas, tales como la voluntariedad de la asunción del riesgo, el grado de control percibido, la familiaridad con el riesgo, la proximidad en el tiempo, la proximidad en el espacio, la reparabilidad, la apariencia más o menos catastrófica del posible resultado, etc. Además, estos sesgos cognitivos racionales se ven agravados por sesgos adicionales de origen emocional, que vuelven ciertos riesgos más prominentes que otros para cada individuo o grupos de individuos.

Pero es que, además, al lado de los juicios metodológicamente poco fundamentados –y, por ello, probablemente sesgados– acerca del riesgo (un riesgo que, en todo caso, se pretende realmente existente), hay igualmente expresiones, individuales o colectivas, puramente emocionales: expresiones puras y simples de miedo o de ansiedad, sin ningún correlato objetivo. Ya que, como los estudios psicológicos han puesto de manifiesto con reiteración, el miedo y la ansiedad obedecen a estímulos que no siempre están ligados de una manera objetiva a auténticos riesgos, puesto que dependen también tanto de las características emocionales de la personalidad de quien experimenta la emoción como (si, como suele suceder en el caso del debate político-criminal, la expresión emocional no es puramente individual) de la carga emocional que conlleve la concreta interacción social en que la emoción es expresada.

De este modo, cuando se discute, en política criminal, acerca de la seguridad (de los bienes jurídicos), es imprescindible especificar adecuadamente el verdadero objeto del debate: si se está hablando de los riesgos reales que los bienes jurídicos corren o si, por el contrario, se está pensando más bien en las percepciones que algunos individuos o grupos sociales poseen acerca de cuáles y cuántos son esos riesgos; o si, en fin, se está pensando en el miedo o en la ansiedad que algunos ciudadanos sienten, aunque no exista base objetiva suficiente para ello. Pues lo uno no tiene por qué –y, de hecho, no suele– coincidir con lo otro. Y, además, cada uno de estos hechos exige, en mi opinión, una respuesta diferente.

Volviendo a nuestro ejemplo, no es lo mismo lidiar con algunos actos violentos que tienen lugar realmente en los centros escolares que con la percepción sesgada, sensacionalista, que los medios de comunicación transmiten acerca de lo que en ellos ocurre. Como no lo es tampoco enfrentarse al desasosiego (que en esencia tiene su origen en la política educativa, y no en el comportamiento de los alumnos) que muchos educadores sienten y que achacan, muchas veces de un modo infundado, al “ambiente” de los centros.

Así, a mi entender, la respuesta penal sólo puede llegar a estar indicada (sólo puede, pues, llegar a ser razonable) cuando se trata de la primera de las cuestiones: en determinadas condiciones, que expondré más adelante, la seguridad real de los bienes jurídicos legítimos puede constituir un motivo legítimo de preocupación político-criminal, que conduzca a una intervención jurídico-penal más intensa (mediante la extensión del ámbito de lo punible y/o mediante el incremento de la intensidad de la punición), sobre la base de juicios metodológicamente adecuados acerca de los riesgos previsibles –“reales”– que los bienes jurídicos corren.

Por el contrario, cuando nos hallamos ante juicios acerca del riesgo que están notoriamente sesgados, o ante simples expresiones de miedo o de ansiedad, sin fundamento objetivo suficiente, expresadas por algunos individuos, grupos sociales, sectores de la opinión pública, grupos de presión, partidos políticos, etc., entonces la intervención jurídico-penal es una respuesta político-criminalmente errónea. Primero, desde el punto de vista valorativo, porque dicha intervención constituiría un incremento del nivel de restricción de la libertad personal carente de cualquier justificación (¿por qué hay que crear nuevos delitos o aumentar las penas si no existen nuevos riesgos reales que afrontar?), por lo que chocaría directamente con el principio jurídico-constitucional de proporcionalidad en la restricción de los derechos fundamentales. Y, además, desde el punto de vista pragmático, porque esta solución significa enfrentarse a los síntomas (las percepciones sesgadas acerca de la seguridad, el miedo, la ansiedad) intentando que los mismos remitan; pero no afronta los problemas reales, que suelen ser –en proporciones variables, según los casos– la manipulación de la información pública, la incultura, la demagogia política y aquellos conflictos sociales subyacentes que dan lugar a la inseguridad y al miedo.

4. La tercera y última de las matizaciones –a caballo ya entre lo conceptual y lo político– es que, en realidad, el propio concepto de riesgo (y, por ende, el de seguridad) está siempre, incluso en el mejor de los casos (esto es, cuando se maneja con las cautelas metodológicas adecuadas), preñado de dificultades teóricas y políticas. Dificultades que afectan necesariamente al uso que del concepto se realiza en los debates político-criminales, por más que con frecuencia ello pretenda –a veces inocentemente, pero otras no tanto– ser ignorado por parte de los intervinientes en los mismos.

En efecto, lo más habitual es que los discursos político-criminales que emplean profusamente los conceptos de riesgo y de seguridad estén comprometidos –expresa o tácitamente– con el presupuesto metodológico de que es posible llevar a cabo la identificación de los procesos de interacción social problemáticos desde el punto de vista de la protección de los bienes jurídicos y de que, una vez identificados, se pueden prever los cursos causales posibles en el marco de los mismos y sus posibles consecuencias perversas. Y, sin embargo, en principio nada parece más dudoso que dicho presupuesto. Pues, para llevar a cabo dicha identificación de procesos de interacción problemáticos y de los cursos causales (riesgos) previsibles en los mismos, es preciso poseer previamente una construcción conceptual del riesgo a evaluar, unos criterios fundados de evaluación de mismo y, finalmente, criterios de gestión del riesgo (esto es, de decisión acerca de los criterios de ordenación los riesgos, acerca de los riesgos aceptables e inaceptables, acerca de quiénes son los sujetos que deben participar en la decisión acerca del riesgo, acerca de la imputación de responsabili-

dad por los mismos, acerca de su distribución,...). Y ocurre que existen importantes dificultades en relación con cada una de estas tres condiciones.

En primer lugar, la propia idea de riesgo (en general y también la idea de un determinado riesgo en particular) es fruto de una construcción social. Es decir, aun cuando se apoya desde luego en previos conocimientos teóricos (acerca de la probabilidad, la causalidad, etc.), la selección de algunas de dichas probabilidades o cursos causales como relevantes y su definición como “riesgo” tiene que ver siempre con las elaboraciones culturales sobre lo bueno y lo malo, lo benéfico y lo luctuoso, etc. Del mismo modo, la vinculación que se establece entre el riesgo así definido y las posibilidades humanas de acción (para evitar, reducir, gestionar el riesgo) no es algo natural, sino que depende de las categorías sociales y culturales relativas a la imputación de responsabilidad a los sujetos por hechos. Y, si esto es así, si la identificación de los riesgos y su vinculación a proyectos de acción humana (imputando a estos la responsabilidad) no es algo susceptible de prueba científica, sino que depende de categorías culturales de conceptualización, de valoración y de imputación, entonces esto significa que estas cuestiones se verán necesariamente sujetas a las constricciones propias de los procesos de constitución de los contenidos de la cultura.

En segundo lugar, tampoco los criterios de evaluación de los riesgos están libres problemas. Desde el punto de vista teórico, el riesgo puede ser definido atendiendo a dos elementos, daño y probabilidad. Sin embargo, esta definición depende de manera fundamental de la posibilidad de determinar adecuadamente ambos valores. Y ocurre que en ambos casos se han presentado dificultades verdaderamente difíciles de salvar para lograr dicha determinación. Así, en primer lugar, por lo que hace a la valoración del daño, la misma no es posible desde una posición puramente abstracta ni aséptica en ningún caso. Antes al contrario, la determinación de la magnitud del daño esperado depende fundamentalmente de factores de carácter axiológico y político. De una parte, dependerá de las escalas de valores que se asuman como determinantes. Y, de otra, de a quién se otorgue la facultad de llevar a cabo tal definición.

Por otra parte, en lo relativo a la determinación de la probabilidad, se han comprobado dos fenómenos dignos de consideración. Primero, se ha constatado la dificultad para establecer de manera suficientemente fundada una medida de la probabilidad, debido al elevado grado de infradeterminación que los datos empíricos ocasionan: incluso en condiciones cognoscitivas ideales, para todo conjunto de datos empíricos dados es posible siempre hallar una explicación alternativa que los satisfaga (en nuestro caso, una probabilidad distinta, atribuida a una combinación diferente de factores –supuestamente– causantes), de manera que no es posible establecer *a priori* su auténtica validez; ello, además, se agrava desde el momento en que muchas evaluaciones de probabilidad no tienen lugar en condiciones ideales, sino más bien en situación de incertidumbre, ignorancia o pura indeterminación. El segundo fenómeno, que agrava el acabado de mencionar, es el de los sesgos cognitivos: como ya se señaló, los seres humanos no perciben efectivamente el riesgo únicamente en términos de probabilidad, sino atendiendo a una pluralidad de características heterogéneas. De este modo, las conclusiones finales acerca del monto de riesgo son siempre mucho más subjetivas de lo que pudiera esperarse en principio.

Por fin, en lo relativo a los criterios de gestión de riesgos, por no resultar reiterativo, sólo merece la pena destacar el hecho de que las decisiones sobre gestión de

riesgos se ven sujetas a las mismas dificultades que se soportan en cualquier decisión adoptada, primero, en condiciones de incertidumbre, cuando no de total ignorancia (casi nunca es posible determinar exactamente las consecuencias de adoptar uno u otro curso de acción en relación con un riesgo); segundo, mediante decisión colectiva (con todos los problemas que ello conlleva, a la hora de establecer escalas de valoración coherentes y generalmente aceptables acerca de las opciones de acción); y, tercero, en condiciones de interacción estratégica. Y todas estas restricciones limitan, desde luego, las posibilidades de llevar a cabo una determinación no problemática de las opciones de gestión de riesgos.

En estas condiciones, es usual que tanto las características generales de los debates político-criminales acerca de riesgo y seguridad como el contenido concreto de las decisiones que en ellos se adopten aparezcan siempre –incluso cuando se intenta discutir con rigor– profundamente condicionados por la naturaleza cultural del discurso sobre el riesgo del que se parta, así como por la identidad de los agentes sociales, individuales y colectivos, que estén representados en el debate y por el poder relativo de los mismos.

Así, si se trata de debatir acerca de seguridad y de violencia escolar resulta decisivo, por una parte, el discurso del riesgo del que se parta:

- la caracterización del mal: ¿riesgo para la seguridad física de los menores, para su bienestar psicológico, para la “convivencia escolar”, para el control social que el sistema educativo ejerce sobre los menores, para su formación en determinados valores,...?;

- la caracterización de los riesgos como naturales, sociales o individuales: ¿por qué lo que pareció siempre normal, que los menores más fuertes “abusaran” de los más débiles, deja de verse así?;

- la valoración de la gravedad del resultado previsible: ¿genera el acoso escolar traumas irreparables, o es algo fácilmente superable por la inmensa mayoría de los menores?;

- la valoración del grado de probabilidad del mal: ¿cuántos casos hay? ¿y cómo son de graves?;

- la prominencia del riesgo, frente a otros: ¿de verdad es tan relevante la violencia escolar en la vida de los menores y en la de los centros educativos? ¿no hay otros problemas más graves?

Por otra parte, además, el contenido del debate y las decisiones no serán seguramente las mismas según que participen o no los educadores, los sindicatos, los menores mismos, los padres, la administración educativa, las organizaciones patronales de la enseñanza privada, las asociaciones de inmigrantes, las asociaciones de vecinos, los trabajadores sociales,... Y, claro está, no sólo será importante si participan o no, sino qué grado de protagonismo quieren –en función de sus estrategias propias– y pueden –en función de sus recursos y de su poder social– ostentar.

Así pues, no es posible asumir que, en cada momento, lugar y ámbito de preocupación político-criminal, existe *un* riesgo: claramente definido desde el punto de vista conceptual, fácilmente evaluable desde el punto de vista moral, cuantificable de acuerdo con parámetros objetivos (aun probabilísticos), expresamente asignado, como responsabilidad, a algún agente, individual o colectivo, y, sobre todo, evidentemente único, por ser el único relevante. Por el contrario, lo que verdaderamente

hay son (insisto: incluso en el mejor de los casos, cuando se opera con las suficientes cautelas metodológicas) diversos discursos, sostenidos por agentes sociales diferentes, acerca lo que importa en cada caso (cuál es el riesgo), cuánto importa, a quién le importa y le afecta, quién es el responsable y cómo de probable es. Y lo que ocurre es que algunos de tales discursos resultan más visibles, porque resultan culturalmente dominantes y/o porque son sostenidos por agentes sociales dotados de mayor poder y, por ello, de más protagonismo en el debate político-criminal.

Por consiguiente, cuando, en muchos discursos político-criminales, se aparenta que, en cada cuestión político-criminal que se debate, sólo existe *un* riesgo que merece ser considerado y que éste resulta evidente en sus características y dimensiones, se está hablando de una manera que, consciente o inconscientemente, resulta engañosa: se está llevando a cabo, pues, una construcción ideologizada del debate político-criminal (pues, precisamente, la ideologización existe cuando se atribuye a los conceptos un significado de tal índole que con ello se está contribuyendo a la construcción de un universo del discurso coherente, pero que es notoriamente imaginario y que objetivamente cumple funciones de ocultación).

Así, en mi opinión, existe ideologización cuando, por ejemplo, se destaca el problema de la “violencia escolar” –sin ulteriores cualificaciones– sobre cualquier otro de los que existen en el sistema educativo, como si fuese el más importante. Existe también ideologización cuando se da la impresión de que entrar en un centro educativo es peligroso para un profesor. Y existe ideologización cuando se achaca a “alumnos violentos” la responsabilidad principal de dicho problema.

En este sentido, hay que denunciar la permanente tentación de asumir un concepto tecnocrático de riesgo, conforme al cual serían los expertos quienes determinarían qué es peligroso y para quién lo es. Sin embargo, lo cierto es que los expertos jamás operamos en el vacío, nunca definimos los riesgos, su entidad y su categoría desde la nada o –lo que, a estos efectos, es lo mismo– desde puras pre-concepciones teóricas. Al contrario, los expertos somos individuos que poseemos una extracción social, un determinado proceso de socialización, unas categorías culturales interiorizadas y asumidas y unos esquemas de valores morales; y también una posición en la estructura social y, debido a ello, unas determinadas servidumbres. Y, por eso, en cuanto –como es el caso– abandonamos el ámbito de lo científico para entrar en el terreno de la racionalidad práctica, las únicas capacidades que tenemos y que nos dan alguna ventaja comparativa respecto al resto de las personas son la de adquirir más fácilmente información relevante y la de generar articulaciones de ideas más perfectas desde el punto de vista metodológico. Pero que, sin embargo, no por ello son más correctas.

Las conclusiones prácticas que, para la orientación de los debates político-criminales, podemos extraer de las advertencias que se acaban de realizar son dos. La primera es que, como ya apunté, conviene desconfiar de los discursos monológicos (y, muchas veces, descaradamente tecnocráticos) dominantes acerca de la seguridad y el riesgo. Conviene hacerlo porque, en el mejor de los casos, resultan siempre unilaterales (y, en el peor, completamente mendaces), puesto que no se conoce debate político-criminal alguno en el que exista realmente un único punto de vista acerca de los riesgos a considerar y de su magnitud y características; lo que sí se conocen son casos en los que las concepciones diferentes son silenciadas. En palabras sencillas: ni

todo lo que en los discursos públicos se presenta como riesgo relevante lo es verdaderamente, ni todo aquello que se suele considerar como un fenómeno social inocuo lo es tampoco, ni siempre resulta evidente *para quién* (es decir: para qué intereses, para qué agentes sociales) se busca la seguridad que se proclama como objetivo (aparentemente –falsamente, ideológicamente– neutro).

La segunda conclusión es que, por consiguiente, el debate sobre la seguridad y el riesgo será tanto más pluralista (y, por ello, más democrático... si asumimos una cierta concepción de la democracia), aunque también más complejo, cuantas más voces se escuchen; esto es, cuanto más se abra a la diversidad de culturas, de ideas y de discursos (y de intereses) que, en cada tema de debate, existen de hecho en nuestras sociedades. Ello, en la práctica, pasa por redefinir el marco en el que los debates político-criminales acerca del riesgo y de la seguridad tienen lugar. Pues, en efecto, la discusión está siempre mediatizada de manera esencial por el procedimiento adoptado para llevarla a cabo: esto es, por la selección de los sujetos participantes, los puntos de la agenda, los métodos de discusión, etc. Así pues, la cuestión procedimental, política, se vuelve esencial: asuntos tales como la revisión y el control del papel jugado por los grupos de presión, la accesibilidad de las estadísticas y, en general, de la información, el desarrollo de los estudios sociológicos y criminológicos, el establecimiento de foros de debate y de mecanismos de consulta (de mecanismos de democracia participativa, en suma) para la deliberación sobre problemas político-criminales, el protagonismo y límites de la acción de los medios de comunicación, la forma en que se preparan y redactan las leyes penales, las políticas de comunicación de los agentes sociales y de las instituciones públicas en materia de política criminal, la generalización y vivificación del derecho de todos los agentes sociales a participar y a ser oídos por parte de quienes han de adoptar las decisiones, el respeto efectivo a la diversidad social y cultural, así como al pluralismo ideológico, la evaluación de la ejecución que se da de las leyes y de otras medidas político-criminales,..., son todos ellos factores decisivos a la hora de predeterminar los contenidos y, en buena medida, los resultados del debate. En definitiva, pues, una parte sustancial de la racionalización del debate político-criminal (en todos los ámbitos, pero muy especialmente, a causa de su labilidad, en el caso del debate sobre riesgo y seguridad) depende del diseño institucional que se imponga.

5. Llegados a este punto, se habrá podido comprobar ya que el debate político-criminal acerca de la seguridad dista mucho de ser simple, tanto en términos teóricos como en términos políticos, contra lo que puede parecer cuando uno observa las discusiones reales que tiene lugar en torno a este tópico en nuestras sociedades. Debido a ello, complicar el debate, restituyéndole su hondura, constituye una obligación de los expertos, pero también de cualquier agente social que participe en el debate y que desee actuar de un modo responsable. Y, mientras, por desgracia (a causa del nivel de información y de formación predominante entre los participantes y de la clase de voces que se hacen oír con mayor fuerza), el debate real permanezca en el tono –entre histérico y tecnocrático– que suele frecuentar, esa obligación se transforma en otra: la de criticar dicho tono y, en dicha crítica, poner de manifiesto además cuántas ideas, cuántas concepciones morales y cuántos intereses diferentes (cuántos discursos alternativos, en suma) son reprimidos e ignorados de esta manera. Ello es, me parece, a lo que obliga una concepción adecuadamente crítica del pensamiento político-criminal en la vertiente del análisis de la situación.

Por consiguiente, en los apartados siguientes, en los que paso de los problemas relativos a los métodos de análisis de los riesgos y de la seguridad a los referentes a las acciones para enfrentarlos, daré por supuesto que hablamos ya únicamente del objetivo de obtener una seguridad real para bienes jurídicos, sobre la base de una concepción, evaluación y decisión sobre los riesgos aceptables e inaceptables que sea suficientemente participativa y pluralista. Puesto que, como he sostenido, cualquier objetivo político-criminal diferente en materia de seguridad ha de ser rechazado: en unos casos (convertir la seguridad en un bien jurídico autónomo, o bien responder al miedo o a las percepciones incorrectas de riesgo con Derecho Penal), por irracional; y en otros (establecer lo que es peligroso sin atender a todas las visiones y sensibilidades presentes), por escasamente respetuoso con la diversidad social y cultural y con el pluralismo político e ideológico.

II. SEGURIDAD VS. LIBERTAD: ESTRATEGIAS MODERNAS Y ESTRATEGIAS CONTEMPORÁNEAS

6. Si, entonces, pasamos ya a intentar perfilar una estrategia político-criminal aceptable en materia de protección de la seguridad, hemos de empezar por detenernos, como punto de partida general, en la contraposición entre seguridad y libertad. Pues, aun siendo dicha contraposición ya tópica en el pensamiento político de rai-gambre liberal, lo cierto es que, a la luz de las distinciones conceptuales que se han ido apuntando, la misma debe ser matizada considerablemente para que pueda resultar útil en el debate político-criminal. Así, por una parte, como ya hemos visto, en realidad la contraposición básica en este ámbito no es la que existe entre seguridad y libertad, sino, más bien, entre la libertad de acción y la subsistencia de los bienes jurídicos. Sólo de una manera mediata entra, pues, en juego la seguridad en este dilema: dado que la protección de la seguridad es una forma –específica y problemática– de proteger dicha subsistencia, entonces, por definición, ha de entrar también en conflicto con la libertad de acción. Pero, desde luego, no con sustantividad propia, sino siempre dependiendo de cómo se pondere cuál es la mejor solución al conflicto (principal) entre la subsistencia de los bienes jurídicos y la libertad.

En segundo lugar, si, como es el caso, hablamos de política criminal concreta, esto es, practicable en el marco de un determinado régimen constitucional, la sede adecuada para empezar a discutir acerca de esta contraposición (entre subsistencia –y seguridad– de los bienes jurídicos y libertad de acción) es la de la determinación del alcance que debe darse al principio constitucional –ya mencionado– de proporcionalidad, en tanto que límite a la restricción de los derechos fundamentales constitucionalmente reconocidos. Pues, en efecto, éste ha de ser el primer criterio de orientación: la selección y exclusión, por inconstitucionales, de aquellas prohibiciones y actuaciones represivas por parte del Estado que, aun resultando idóneas, desde el punto de vista causal, para proteger los bienes jurídicos, no se justifiquen, en atención a la necesaria vigencia efectiva de los derechos fundamentales (en particular, de la libertad), por su desproporción.

7. Asumida, entonces, la necesidad de esa primera delimitación, por razones de índole constitucional, del ámbito de intervención del sistema penal en la protección de la seguridad, es preciso, no obstante, detenerse a considerar, como última refle-

xión al respecto, la ambivalente relación existente entre el objetivo de la seguridad y las estrategias político-criminales característicamente liberales. Pues, si intentamos poner en relación los conceptos de seguridad y de liberalismo respetando la verdad histórica, hay que señalar que, en esencia, el proyecto político-criminal (originario, teórico: antes de que, en la realidad histórica, se haya visto de hecho combinado con planteamientos muy diferentes, a veces en híbridos insostenibles) del liberalismo ha pretendido siempre tratar el área temática de la seguridad mediante la distinción entre el plano de la comunicación (de prohibiciones) y el plano de la acción física (represiva). Preservación de la subsistencia de los bienes jurídicos, a través de la enunciación de prohibiciones, en el primer caso; y minimización de la probabilidad de la comisión de infracciones de dichas prohibiciones, mediante la limitación de la libertad individual de acción por causa de la actuación coactiva de los órganos del Estado (y de otros agentes dotados de poder social), en el segundo (“seguridad ciudadana”, *law and order*).

Así, por una parte, en el plano comunicativo, de la política legislativa penal (creación de mandatos y prohibiciones), una política criminal paradigmáticamente liberal consiste en lograr la seguridad para los bienes jurídicos a través de una praxis “razonable” (esto es, controlada: autocontrolada –a través de la frónesis– por el propio individuo y controlada además, desde fuera, por los diversos poderes sociales) de la libertad. Es decir, no se rechaza a la seguridad como valor autónomo, dotada de un valor moral propio; pero sí se la descarta como objetivo político(-criminal) independiente y, más aún, como competidor admisible de la (maximización de la) libertad como objetivo de la política. A resultas de ello, el coste en libertad de acción que el objetivo de la maximización de la seguridad conlleva se considera inadmisibile. Por el contrario, sólo se estima aceptable el coste en libertad que se deriva de aquellas actuaciones estatales dirigidas a preservar la existencia misma de los estados de cosas valiosos, pero no su seguridad (en virtud del *Harm Principle*, y con independencia de la definición precisa que se adopte del mismo).

Por otra parte, sin embargo, la política criminal liberal se compromete con el objetivo político de la seguridad en otro sentido, cuando apuesta por emplear intensamente (en el mejor de los casos, pero no siempre, con límites extrínsecos: en los derechos) el poder represivo –no sólo el del Estado– para reducir al mínimo que sea posible el número y entidad de las infracciones que afectan a los bienes jurídicos. Así, al lado de una política legislativa penal restrictiva (sobre la base de la exigencia de lesividad) pueden coexistir una política policial, una política penológica y una política penitenciaria extremadamente represivas, extremadamente intervencionistas en la esfera de la libertad individual: pero, eso sí, sólo de determinados grupos y clases de individuos, los *peligrosos* (aquellos que, precisamente, son considerados incapaces de controlarse suficientemente a sí mismos y de aceptar suficientemente el control externo por parte de los poderes sociales).

Esta dicotomía en el tratamiento de la seguridad se reflejaba claramente en el proceso penal: de una parte, se proclamaban enfáticamente una serie de garantías procesales conectadas con el principio de respeto a la libertad individual; de otra, sin embargo, no era infrecuente que las mismas fuesen ignoradas en la práctica, especialmente cuando el reo pertenecía al sector de los individuos considerados peligrosos (peligrosos políticos o peligrosos sociales).

8. Éste era el panorama clásico del Derecho Penal liberal. Sin embargo, es obvio que este planteamiento clásico se ha visto subvertido de modo notable en el debate político-criminal contemporáneo. En efecto, mientras se estaba discutiendo críticamente (en los años cincuenta, sesenta y setenta del siglo pasado) acerca de las condiciones de legitimidad de dicha acción –policial, penológica y penitenciaria– extremadamente invasiva y de la falta efectiva de garantías procesales, se fraguaba al tiempo el cuestionamiento de los límites de lesividad tradicionalmente propuestos para la tarea de crear prohibiciones. Como consecuencia, se ha producido una limitación de los extremos más abusivos de la acción represiva y un aumento considerable de la efectividad de las garantías procesales; pero, al mismo tiempo, también una expansión muy notable del número de delitos y una proliferación de la tipología de los mismos, más allá de lo tradicionalmente aceptado sobre la base del *Harm Principle*. Así, a día de hoy, la política criminal predominante en nuestros días pasa por una combinación excepcionalmente intensa de intervencionismo estatal en el ámbito de la desviación social: intervencionismo –novedoso– a la hora de crear delitos, unido al mantenimiento del viejo intervencionismo –aun corregido– policial, penológico y penitenciario. La seguridad, pues, elevada a objetivo político-criminal máximo en todos los ámbitos.

Mi tesis acerca de las causas específicamente político-criminales (que, sin duda, son generadas a su vez, como más arriba indiqué, por fenómenos sociales y políticos de más amplio alcance) de esta transformación es que las mismas son esencialmente tres:

– En primer lugar, es innegable que las transformaciones sociales y políticas han dado lugar a algunas nuevas realidades, conflictivas (como lo son siempre todas las sociales), en las que, por ello, parece obligado que el sistema penal –entre otros– intervenga también, so pena de convertirlos en una suerte de indeseables “espacios libres de Derecho”. Dos son, creo, las principales: primero, los campos de acción de las nuevas tecnologías (la informática, por ejemplo); y segundo, los campos de acción de los nuevos derechos (por ejemplo, el derecho al medio ambiente). En ambos, la falta generalizada de orientación acerca de qué proteger y de cómo hacerlo (tanto en el plano de las prohibiciones como en el de la acción policial y en el de la determinación y ejecución de las penas) conducen a una exacerbación –un tanto histórica– del objetivo de la seguridad.

Pese a todo, pienso que, por muy prominentes que, por su novedad, parezcan estos fenómenos en un primer vistazo a nuestra sociedad, lo cierto es que los mismos no resultan nucleares, ni desde el punto de vista cuantitativo (la mayor parte de la vida social no transcurre en espacios condicionados esencialmente por nuevas tecnologías ni por el ejercicio generalizado de esos nuevos derechos) ni desde el cualitativo (hoy por hoy, ni las nuevas tecnologías ni los nuevos derechos se encuentran entre los factores más importantes para la estabilidad social o para la vida cotidiana de los ciudadanos y ciudadanas). Y, por ello, no debería caerse en la tentación de achacarles la responsabilidad de los cambios en el debate político-criminal. Es éste –entre otros– un punto central en el que he venido manifestando mi discrepancia con el discurso del *Derecho Penal del riesgo* (tanto del apologético como del crítico), por considerarlo excesivamente superficial y fiado de las apariencias y de las novedades más llamativas.

– En mi opinión, hay razones más profundas y decisivas para el exacerbamiento de los discursos político-criminales de la seguridad. La primera de esas causas decisivas –y segunda de la enumeración completa– es la transformación de las posibilidades y necesidades de comunicación social a través del Derecho Penal, producida en las sociedades contemporáneas. Transformación que se origina en la famosa “rebelión de las masas” del siglo XX: dicho con mayor propiedad, en el acceso efectivo de todos los nacionales adultos (varones primero y, luego, también mujeres) a la participación política a través del ejercicio del sufragio, de la integración en partidos políticos, movimientos sociales y asociaciones voluntarias, de la intervención política en calidad de opinión pública (en medios de comunicación, en sondeos, en manifestaciones, etc.)... En efecto, a partir de la generalizada democratización de los regímenes políticos europeos en la primera mitad del siglo XX (y el efecto de imitación –aparente, al menos– en el resto del mundo tras el proceso de descolonización), todos los nacionales adultos (que, hasta las oleadas migratorias de la segunda mitad, eran prácticamente todos los adultos) reclaman o pueden reclamar algún protagonismo en la vida política: desigual, desde luego, injusto casi siempre, irracional muchas veces; pero cierto.

Esta democratización –al menos, en términos comparativos– de la vida política de las sociedades occidentales desarrolladas tenía que acabar produciendo un impacto en la naturaleza del debate político-criminal. Y, de hecho, lo ha producido, especialmente ya en las últimas décadas del siglo pasado. Pues, si el diseño efectivo de las políticas criminales ha sido siempre tarea de minorías (de intelectuales, de expertos, de movimientos sociales, de grupos de presión, de políticos), hasta entonces esas minorías sabían bien a quién representaban (a “*la Nación*”... que no eran todos los ciudadanos, sino solamente sus clases dirigentes) y para quién decidían (para aplicar las medidas represivas a las clases e individuos “peligrosos”). Sin embargo, a partir del cambio político reseñado, la cuestión se vuelve más compleja: los discursos político-criminales tienen que hacerse, pretendidamente al menos, “para todos (y todas)”, puesto que todos –los ciudadanos, los electores– son considerados y se consideran a sí mismos protagonistas de las decisiones político-criminales (y, paradójicamente, nadie su destinatario).

En estas condiciones, la faceta comunicativa del Derecho Penal cobra una relevancia significativamente mayor: si antes era suficiente con los delitos “verdaderamente necesarios” (para la subsistencia de los bienes jurídicos), ya que casi todos los protagonistas de la política criminal, unificados por su pertenencia y cultura clasistas, eran capaces de percibir para qué servían esos delitos (y la acción policial y penitenciaria que justificaban), hoy, crear nuevos delitos es una forma de intentar comunicar a los nuevos protagonistas (ciudadanos diversos y, además, generalmente con un bajo nivel de información experta) que el Derecho Penal está a su servicio; es, pues, una suerte de comunicación dramatizada, sobreactuada. Comunicación difícil, porque la baja calidad de la información de muchos ciudadanos sobre el tema la dificulta y porque –contra lo que afirma el tópico pseudo-democrático estándar– en la realidad social no existen los ciudadanos iguales, sino los individuos diversos. Y comunicación, además, muchas veces mendaz.

– La segunda razón decisiva de la transformación –tercera de esta enumeración– tiene que ver, me parece, con el reducido grado de confianza que los nuevos protagonistas de la política criminal poseen en una acción represiva del Estado com-

pletamente informal (a través de la acción policial y de la ejecución de las penas). Mientras que las clases dirigentes han tenido siempre plena confianza en que, salvo en infrecuentes situaciones revolucionarias, el Estado está a su servicio (y, obviamente, los restantes poderes sociales también, con más motivo) y, por ello, su acción represiva informal alcanzará a los individuos peligrosos, pero no a ellos, esto no reza necesariamente para todos los ciudadanos. Así, hoy se considera inaceptable (o, cuando menos, francamente irregular) que la policía detenga sin acusación alguna, que el Estado prive de libertad a alguien sin condena, que las familias mantengan recluidos a sus miembros contra su voluntad,... Actuaciones todas que, en plena vigencia del Derecho Penal liberal, eran asumidas sin dificultad por “la Nación”, por las clases dirigentes: piénsese, si no, en cómo actuaban la policía y las organizaciones patronales frente al movimiento obrero; en la falta de garantías en el régimen de cumplimiento de las penas; o, en fin, en el empleo sin límites de las medidas de seguridad predelictivas, del internamiento psiquiátrico y del control de los menores “peligrosos” por parte de las instituciones educativas, religiosas y asistenciales.

Si hoy, entonces, es preciso buscar legitimidad para la actuación represiva del Estado (que antes se llevaba a cabo muchas veces sin necesidad de cobertura formal alguna), entonces una posible solución –aquella por la que se ha optado– es crear nuevos delitos y, en general, nuevas regulaciones penales. Delitos y regulaciones que, por una parte, se intenten justificar por su beneficio al “bien común” (de todos los ciudadanos con plenitud de derechos políticos) y que, por otra, soporten, desde el punto de vista jurídico, la acción policial y la represión.

9. Dicho en otras palabras: la expansión contemporánea del Derecho Penal, a la búsqueda de la maximización de la seguridad, es en realidad una expansión fundamentalmente formal y simbólica (un aumento del número de delitos existentes en las leyes penales), que solamente en algunas áreas muy determinadas (riesgos tecnológicos, nuevos derechos) da lugar efectivamente a un grado de intervención del sistema penal en la vida social más intenso (o, para ser más exactos, más extenso). En lo demás, constituye antes que nada un proceso de formalización jurídica de la acción represiva, una acción que ya existía con anterioridad (en materia de delincuencia violenta, de control social de las clases bajas y del *lumpen*, de delincuencia política), y con semejante grado de intensidad, aun si era diferente en sus rasgos específicos (debido a los nuevos fenómenos –al menos, como tales son percibidos– de la inmigración, el terrorismo, el tráfico de drogas, etc.).

Naturalmente, decir esto no quiere decir que nada haya cambiado en realidad. Antes al contrario, todos los factores señalados introducen cambios muy relevantes en el modo en que funciona del sistema penal. Ello es obvio, desde luego, en el caso de aquellos delitos referidos a nuevas tecnologías o a nuevos derechos: la creación de –por seguir con los ejemplos más arriba apuntados– delitos contra la intimidad o de delitos contra el medio ambiente crea nuevas áreas de intervención, y nuevos problemas, para el Derecho Penal. Pero ocurre también en los otros aspectos indicados. Así, no son indiferentes las características concretas de las leyes y de los delitos que hoy se aplican a la delincuencia más clásica (violenta, patrimonial, política): no es igual –por poner algún ejemplo– regular las agresiones sexuales desde una perspectiva de libertad que desde otra de control de la sexualidad, no da lo mismo que exista o no el robo con fuerza en las cosas, no es indiferente tipificar el terrorismo o

castigar por sedición. Además, los delitos creados con fines esencialmente comunicativos, simbólicos, pueden, no obstante, llegar a ser aplicados efectivamente, si son mejorados en su configuración técnico-jurídica y son ubicados en el marco de una estrategia político-criminal adecuada. Y, en fin, la formalización jurídica de la acción represiva constituye un avance sustantivo en el respeto a los derechos humanos.

Ahora bien, lo que no cambia, me parece, es la preocupación por la búsqueda de la seguridad. Cambian, sí, las formas: antes, autolimitación a la hora de incriminar y, al tiempo, intervencionismos policial, punitivo y penitenciario intensos; hoy, frenesí criminalizador, pero reducción de aquel intervencionismo (hablando comparativamente, pues es aún muy importante en términos absolutos). Y, tanto antes como ahora (aun con formas distintas), se trata de una búsqueda obsesiva de la seguridad que resulta inmoral en varias de sus facetas (criminalización de la pobreza, excesos autoritarios en la intervención frente a la delincuencia política, impunidad generalizada de la delincuencia de los poderosos,...), por una parte; y además, por otra, muchas veces también insensata desde el punto de vista pragmático, en vista del derroche de vidas, de libertades y de recursos materiales y de los magros resultados obtenidos (aunque no siempre, claro: en ocasiones resulta inmoral, pero eficaz).

III. UNA PROPUESTA DE RACIONALIZACIÓN

10. Si lo expuesto hasta aquí es cierto, entonces cualquier propuesta de racionalización de la política criminal en materia de protección de la seguridad (de los bienes jurídicos) a través del sistema penal habrá de referirse necesariamente a todos los aspectos de la cuestión: al jurídico formal, relativo a qué conductas están prohibidas bajo amenaza de pena, pero también al de la represión física de sujetos criminalmente peligrosos a través de la acción policial, al del control social de los infractores a través de la imposición y ejecución de las penas y, por último, al funcionamiento del proceso penal. Pues solamente una combinación adecuada de medidas para la protección de la seguridad en los cuatro ámbitos puede resultar racional desde el punto de vista político-criminal. Por el contrario, una atención exclusiva o preferente a uno solo de dichos aspectos, o a dos, o a tres, daría lugar a una propuesta político-criminal incompleta (y que, por ello, no puede ser racional, si por tal se entiende una propuesta optimizada de política pública). Y, además, ocasionaría, muy probablemente, que aquellos recortes en la intervención del sistema penal que fueran introducidos en uno de los ámbitos se viesan contrarrestados por correlativos incrementos en la intervención en los restantes. Así pues, se impone una consideración global del problema.

Una consideración global, sin embargo, no tiene que ser necesariamente una consideración confusa, que mezcle cuestiones diferentes y proponga para ellas soluciones indiferenciadas. Antes al contrario, una característica –criticable en extremo– de la mayoría de los discursos político-criminales contemporáneos acerca de la seguridad es, precisamente, la falta de distinción entre estos diversos aspectos del asunto, que acabo de destacar: se discute sobre problemas policiales y se propone crear nuevos delitos; se discute sobre la eficacia de un delito y se propone elevar las penas o alterar su régimen de cumplimiento; se discute, en fin, sobre el tratamiento penitenciario y se vuelve a la cuestión policial. Una gran ceremonia de la confusión, que lleva, casi por necesidad, a una estrategia político-criminal escasamente racional.

Por último, debería resultar innecesario advertir que el objetivo de lograr la subsistencia y la seguridad de los bienes jurídicos ni debe ni puede ser alcanzado únicamente a través de control social y, menos aún, a través de la acción del sistema penal. Aquí nos limitamos a este ámbito, pero es claro que se trata de un sector limitado de una política pública que ha de adoptar una perspectiva mucho más amplia.

A continuación, por ello, esbozo, para finalizar, aquellas líneas que, a mi entender, deberían marcar la estrategia político-criminal de protección de la seguridad de los bienes jurídicos en cada uno de los cuatro aspectos (policial, propiamente penal, penológico-penitenciario y procesal) y que la volverían más (o, quizá, máximamente) racional.

11. En primera lugar, por lo que se refiere a la acción policial de protección de la seguridad, creo que el término clave es *prevención (de delitos)*. En efecto, aquella tarea que, dentro de la estrategia político-criminal de salvaguarda de (la seguridad de) los bienes jurídicos, le incumbe a la policía es la de evitar, mediante su intervención, delitos: es decir, reducir cuanto sea posible el número de las conductas típicas efectivamente realizadas.

En este sentido, el moderno enfoque actuarial de los riesgos para la seguridad (entendida, aquí, como “seguridad ciudadana”: como minimización de la probabilidad de la comisión de infracciones de las prohibiciones penales) constituye un avance significativo como punto de partida, en términos de conocimientos, para la acción policial: el establecimiento de perfiles, personales y grupales, de peligrosidad criminal, así como de factores sociales, situacionales y ambientales que favorecen la comisión de (determinados) delitos, son todas ellas informaciones relevantes para la adopción de decisiones orientadas hacia la prevención policial de delitos (como lo es, por lo demás, para la adopción de otras medidas preventivas, que aquí no son consideradas).

Lo anterior, sin embargo, sólo resulta plausible si se asume además que la prevención policial de delitos ha de tener límites muy estrictos. En concreto, no debería resultar aceptable ninguna actuación policial de prevención de delitos (esto es, previa a que existan indicios de la comisión de alguna conducta penalmente típica) que conllevara restricción de derechos fundamentales. Lo que, en la práctica, significa que la acción policial preventiva debería limitarse, de una parte, a la acumulación de aquella información (acerca de personas, historias y lugares) que es permitido almacenar en atención a la legislación protectora de la intimidad y, de otra, a la presencia policial en determinados lugares con la intención de desanimar a la comisión de delitos. Limitada a estas áreas de actuación, podría aceptarse una práctica policial autónoma de prevención de delitos, completamente desvinculada del mandato judicial (que no de su control), que en otras condiciones –las efectivamente existentes hoy en día– parece inadmisibles. Y, de este modo, una actuación policial más proactiva en materia de prevención del delito –en los términos indicados– resultaría posible y recomendable (reduciéndose la tentación, tantas veces presente, de sustituir la eficacia policial por la creación de nuevos delitos o el agravamiento de las penas).

De acuerdo con lo dicho, en mi opinión, disposiciones genéricas como las contenidas, por ejemplo, en los arts. 14 ó 19 de la Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, de Protección de la Seguridad Ciudadana (y tantos otros semejantes de

nuestra legislación policial: véase, si no, las recientes ordenanzas municipales sobre “convivencia”, “seguridad ciudadana”, “civismo”, etc.) contradicen palmariamente, en lo relativo a la prevención de delitos (dejo, pues, a un lado la situación, completamente distinta, de amenaza de catástrofe o accidente), esta exigencia de racionalidad político-criminal. Urge, pues, una reforma intensa de la legislación en materia de seguridad ciudadana, que acoja planteamientos político-criminales más racionales (y, al tiempo, garantistas), en la línea señalada.

12. En segundo lugar, si hablamos de la estrategia político-criminal de creación de delitos orientados a proteger la seguridad de los bienes jurídicos, la pregunta central es en qué casos la seguridad (de un determinado bien jurídico) puede ser convertida, a su vez, en objeto de protección legítimo (y relativamente autónomo) del Derecho Penal: es decir, en qué casos puede reconocerse un verdadero bien jurídico intermedio (como la seguridad del tráfico, la salud pública,...).

Según he defendido en otra parte, en mi opinión, existe una relación verdaderamente instrumental entre bienes jurídicos allí donde uno de ellos, el intermedio, carece de entidad propia (vale decir: de justificación autónoma); y, al contrario, se define *única y exclusivamente* por referencia a aquella pauta o pautas de conducta (intermedias, instrumentales) que preservan y pueden garantizar las expectativas –cognitivas– de los ciudadanos en relación con que un estado de cosas objeto de un bien jurídico (final) va a verse igualmente preservado. O, en otras palabras, cuando el bien jurídico intermedio consiste en el aseguramiento –heterónimo– de las condiciones de preservación del bien jurídico final. Así, el bien jurídico instrumental resultará justificable si cumple tres condiciones: primero, y obviamente, que esté justificado a su vez el bien jurídico final al que sirve; segundo, que se justifique la conexión instrumental entre bien jurídico final y bien jurídico intermedio; tercero, que a partir de lo anterior se pueda argumentar político-criminal a favor de la anticipación de la intervención penal que, en definitiva, la aparición de un bien jurídico intermedio supone.

En este sentido, parece que los factores decisivos que pueden legitimar dicha anticipación (aunque, de todas formas, ello deba ser argumentado caso por caso) son tres. Primero, la especial relevancia –comunicativa– del ámbito de la vida social de que se trate, que hace que las expectativas de seguridad sean, en términos comparativos, especialmente importantes en dicho ámbito. En segundo lugar, es preciso que dicha seguridad se vea amenazada por la existencia, en el ámbito de la vida social de que se trate, de un amplio espacio de riesgo permitido unido a una dinámica de interacción lo suficientemente compleja como para que muchas de las actividades de la misma hayan sido estandarizadas, de tal modo que los sujetos actuantes no tienen por qué controlar necesariamente los posibles cursos lesivos derivados de sus acciones. Finalmente, es también necesario que la protección penal anticipada se justifique desde el punto de vista preventivo, por la frecuencia de la puesta en cuestión de tales expectativas de seguridad (y, nuevamente, en aplicación del principio de subsidiariedad, por la ausencia de soluciones extrapenales eficaces y preferibles).

Si se concluye que ha de reconocerse un bien jurídico intermedio, y que desde el mismo deben configurarse e interpretarse cierto número de delitos, deben extraerse las consecuencias correspondientes. Desde el punto de vista político-criminal, la fundamental es que la constitución de un bien jurídico intermedio justifica directa-

mente (esto es, sin necesidad de establecer al grado de lesividad de la acción abstractamente peligrosa para el bien jurídico final) que se abra la posibilidad (siempre, claro está, que se den el resto de las condiciones) de crear delitos de peligro abstracto. En cualquier caso, conductas que aún no ponen en peligro (y mucho menos lesionan) el bien jurídico final, podrán, sin embargo, ser incriminadas por referencia al bien jurídico intermedio (a saber, la seguridad del bien final). Así, en mi opinión, la opción político-criminal por la incriminación de delitos de peligro abstracto sólo puede justificarse en dos supuestos: primero, cuando pueda admitirse, conforme al método expuesto, la presencia de un bien jurídico intermedio (esto es, cuando la seguridad del bien jurídico final posea relevancia suficiente como para convertirse por sí misma en un nuevo bien jurídico); y segundo, en aquellos casos –que serán infrecuentes– en los que la conducta abstractamente peligrosa genere ya por sí misma una perturbación de rango sistémico. Esto último puede ocurrir, por ejemplo, en supuestos en los que la conducta (que no llega a ocasionar una lesión, y ni siquiera una concreta puesta en peligro del bien jurídico –final– protegido) se refiera a un bien jurídico de importancia capital, y además la estadística de peligrosidad sea muy significativa; pero, en cualquier caso, siempre que además se constate que la acción abstractamente peligrosa genere por sí misma una evidente perturbación del normal funcionamiento del subsistema social de que se trate.

Finalmente, debe observarse que el hecho de que nos hallemos ante bienes jurídicos meramente instrumentales debe tenerse muy en cuenta tanto desde el punto de vista de la aplicación de los principios de fragmentariedad (la protección del bien jurídico intermedio deberá ser notoriamente más restrictiva que la de bienes jurídicos finales) y proporcionalidad (las penas deberán ser más reducidas).

13. Por último, mi tesis fuerte es que una política criminal máximamente racional en materia de seguridad debe renunciar a emplear el proceso penal, la cuantía de las penas y su proceso de ejecución como instrumentos para la persecución de la seguridad de los bienes jurídicos. Es decir, que estos tres instrumentos del sistema penal deben estar regidos todos ellos por consideraciones completamente ajenas, en cuanto a su perfil fundamental, al objetivo de la seguridad: el proceso, por los objetivos de obtener la verdad y de preservar los derechos de los ciudadanos (derechos de los imputados y derechos de las víctimas); la fijación de las cuantías de las penas, por los objetivos de lograr una intimidación suficiente (con fines tanto preventivo-generales, en la etapa de proclamación de las penas abstractas, como preventivo-especiales, en el momento de su imposición en concreto), respetando al tiempo la proporcionalidad; y, en fin, la ejecución de las penas, por fines exclusivamente preventivo-especiales.

La tesis que acabo de proponer se apoya en dos argumentos principales. El primero es de naturaleza constitucional (vinculado, en último extremo, a la preocupación por la vigencia efectiva de los derechos humanos): en los tres aspectos de la política criminal que acabo de mencionar se hallan imbricados derechos fundamentales del reo de rango constitucional (derecho a un juicio justo y a la seguridad jurídica, derecho a una pena justa, derecho a la reinserción social) de una modo tan profundo que cualquier instrumentalización de los mismos al servicio de objetivos –como el de la seguridad– distintos y que entren en colisión con aquellos daría lugar

con mucha facilidad a una afectación a su contenido esencial, inconstitucional. Ello, naturalmente, no significa afirmar que cualquier instrumentalización es directamente inconstitucional (así, por ejemplo, una pena que, en términos de racionalidad resulte excesiva puede, pese a todo, no llegar al punto de violar flagrantemente el principio de proporcionalidad y, por ello, no ser aún directamente inconstitucional). Pero sí que es muy fácil que tal inconstitucionalidad surja. Y que, en todo caso, aun si no llega a surgir efectivamente, la estrategia de reducir los derechos fundamentales a su mínimo constitucionalmente indisponible no parece la más respetuosa con los valores que se hallan detrás de los mismos y, por ello, resulta, en mi opinión, política y moralmente indeseable.

El segundo fundamento de la tesis tiene que ver más propiamente con la racionalidad político-criminal. En efecto, desde este punto de vista, la instrumentalización del proceso penal, de la determinación de la cuantía de las penas y del proceso de ejecución de las mismas acaban por ocasionar resultados contraproducentes pragmáticamente: además del sacrificio de derechos humanos fundamentales, no es fácil asegurar con ello un incremento de la seguridad realmente apreciable. En este sentido, las experiencias de los juicios sin garantías suficientes, de las penas excesivas y de los regímenes penitenciarios severos, cuando son aplicados en el contexto de regímenes constitucionales que, mal que bien, preservan la vigencia de los derechos fundamentales (la situación en regímenes autoritarios o en estados de excepción es completamente distinta), no resulta, tampoco pragmáticamente, demasiado prometedora: piénsese, si no, en el escaso éxito en la protección de la seguridad a través, por ejemplo, de los juicios por terrorismo –con un nivel harto cuestionable de garantías procesales– contra personas y grupos del llamado “entorno de E.T.A.”, o de la detención administrativa de personas inmigrantes en situación administrativamente irregular; en la inutilidad de las penas desmesuradas para acabar con el menudeo en el tráfico de drogas, o de la expulsión para resolver los problemas derivados de la delincuencia asociada a la extranjería; o, en fin, en el escaso impacto en mayor seguridad (antes al contrario, si hay que pensar en los problemas generados dentro de las prisiones) de los “períodos de seguridad” introducidos en nuestra legislación, en materia de permisos de salida, progresión en grado y libertad condicional, por las últimas reformas legislativas. Al contrario, según creo, la persecución de objetivos razonables y legítimos en estas áreas de la política criminal es lo que acaba por incrementar el nivel de seguridad para los bienes jurídicos, aunque sea mediatamente y a medio plazo.

Naturalmente, afirmar lo anterior no significa que la seguridad carezca de cualquier relevancia para el proceso penal, para la fijación de las penas o para su ejecución. Sí que significa, no obstante, afirmar que será siempre, en todo caso, una importancia secundaria, subordinada al fin o fines principales de cada acción. Y ello, a mi entender, debería tener consecuencias.

Por poner tan sólo algunos ejemplos:

– En materia de prisión provisional y, en general, de medidas cautelares, si la seguridad de los bienes jurídicos ha de considerarse siempre un fin secundario, supeditado a los fines principales del proceso penal (y a la vigencia de los derechos fundamentales), deberían eliminarse aquellos aspectos de su regulación –y de la praxis jurisprudencial que la modula– que la convierten en una suerte de medida de seguridad predelictiva, orientada antes a la evitación de nuevos delitos que a asegurar los fines del proceso.

– La cuantía de las penas debería ser establecida en atención a las necesidades de intimidación (genérica y específica, como antes indiqué), y no con la finalidad de expresar la reprobación social hacia un determinado comportamiento, o –peor– de tranquilizar a la opinión pública, o –peor aún– escenificar una preocupación de los gobernantes. Ello, en definitiva, debería significar una revisión completa de las escalas de penas de nuestro Código, completamente descompensadas (hacia arriba, pero también hacia abajo).

– En el régimen penitenciario, las consideraciones de seguridad deberían aparecer en todo caso subordinadas a la preservación de los fines del mismo (en esencia, preventivo-especiales) y estar apoyadas siempre en una base empírica suficiente, y no en juicios estereotípicos o en meros prejuicios.

