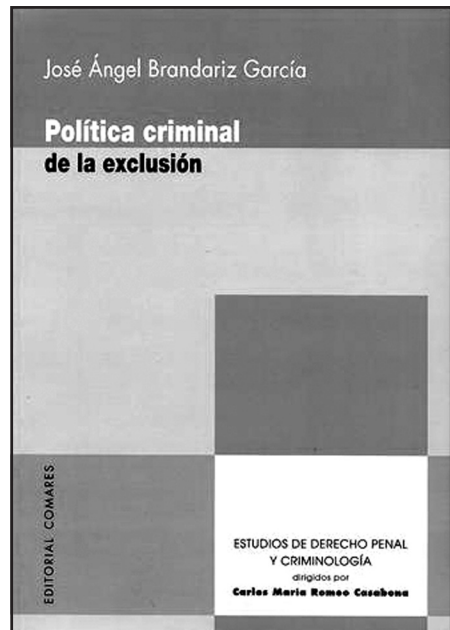


Política Criminal de la Exclusión. El sistema penal en tiempo de declive del Estado Social y de crisis del Estado-Nación

José Ángel Brandariz,
Comares Granada, 2007.

Por Alejandro Actis



Política criminal de la exclusión implica un recorrido por la bibliografía criminológica y penal contemporánea en diálogo con lecturas de corte sociológico que persigue un objetivo prioritario, cual es identificar y analizar algunos de los retos que asume el Derecho Penal y el diseño de políticas criminales en la actualidad, en un contexto de transición en que *lo que está pereciendo no acaba de desaparecer y lo que está naciendo no acaba de surgir*.

El análisis parte de postular al sistema de control formal inserto –atravesado, condicionado, aunque en ningún momento determinado– en la reconfiguración de lo referentes estructurantes de las sociedades del mundo desarrollado durante buena parte del siglo XX –Estado Social– y especialmente durante los años siguientes a la segunda postguerra mundial –Estado de Bienestar–. El abordaje se incardina sobre la todavía difusa emergencia de los modelos de Estado, de sociedad y

de derecho penal que estarían gestándose tras la parcial desconfiguración del Estado Social, al tiempo que el referente Estado-Nación entra en crisis.

Una pregunta recorre el texto. ¿Qué papel está cumpliendo el sistema penal en la ordenación postfordista-keynesiana-welfarista de lo social? La intención que lo anima es la de abrir la discusión acerca del rol del sistema penal en este reordenamiento de cariz estructural, situado en la intersección de lo que –sirviéndose de Ferrajoli– el autor denomina subsistema penal ordinario, por un lado, y subsistema penal de excepción por el otro. Pretende de esta manera superar, por elevación, el abordaje que se ha hecho de las nuevas realidades penales desde el marco de discusión fraguado por la dogmática penal clásica en su intento de adaptación a las nuevas realidades criminales. Coincidiendo con autores como Díez Ripollés o Anitua, pone de relieve que las transforma-

ciones de la nueva política criminal discurren por líneas de sentido diferentes de las que se han plasmado en el debate sobre el denominado Derecho Penal Moderno. Dicha discusión no aborda cuestiones de trascendencia, como la temática atinente al Derecho Penal del Enemigo, la creciente consolidación de un Derecho Penal Internacional o la aparición de una racionalidad actuarial que en parte viene a reemplazar la lógica penal welfarista de tratamiento individualizado.

Brandariz se aleja de lecturas como la de Jakobs, que ven en el Derecho Penal del Enemigo un segmento especial del sistema penal que frente a fenómenos excepcionales permitiría (en términos funcionales) evitar el peligro de contaminación del Derecho Penal común u ordinario. Su intención es, por el contrario, generar líneas posibles de indagación de lo que es una modulación del sistema penal que, paulatinamente –en virtud de cambios sistémicos y decisiones de naturaleza política–, presenta nuevas fisonomías. El desafío actual se centraría entonces en poder analizar –para comprender– las tendencias que se están generando en la intersección de esta doble emergencia. Por un lado, un subsistema penal ordinario postwelfarista, que abandona la lógica de la rehabilitación individual y se desplaza –tendencialmente– hacia la gestión actuarial de grupos de riesgo, situándonos en el límite con las lógicas de la incapacitación. Por otro lado, la emergencia de un Derecho Penal de excepción, el que, poniendo en cuestión gran parte de los postulados del Derecho Penal Liberal Moderno y del Estado de Derecho, se presenta –paradójica y potencialmente– como permanente. Transformaciones de la magnitud señalada constituyen un óbice para pensar que los nuevos fenómenos penales pueden ser abordados procurando su adaptación en clave meramente garantista como la que proponen los cultores del Derecho Penal Moderno.

En por ello que, sin desconocer el plano normativo y las mutaciones que el mismo viene experimentando, Brandariz señala la necesidad de explorar fenómenos de naturaleza metanormativa que, formando parte de la constitución material de la sociedad, más temprano que tarde, incidirán en la constitución formal de los estados que actualmente se reclaman democráticos de derecho.

El texto recorre así una serie de reconfiguraciones de orden sistémico que el autor considera centrales para pensar las mutaciones que está sufriendo el sistema penal. El paso del fordismo al postfordismo, el abandono de las políticas keynesianas y el declive del Estado Social, son estudiados en su relación con el subsistema penal ordinario, pensando, de esta manera, en términos de acoplamiento estructural, fenómenos como el abandono del welfarismo penal, el abordaje actuarial en la construcción de políticas criminales –con la construcción del migrante como grupo social de riesgo–, el hincapié en políticas de disminución de la sensación de inseguridad independientemente de su relación con la criminalidad objetiva, el retorno de retóricas retribucionistas y afines a la incapacitación, etc.

Como consecuencia en parte de esas mismas modificaciones, el subsistema de Derecho Penal ordinario está experimentando la difuminación de sus fronteras con el denominado derecho penal de excepción y la progresiva consolidación y expansión de un Derecho Penal y Procesal del Enemigo.

Estas mutaciones sistémicas confluyen con la crisis del Estado-Nación. Esta situación por sí misma estaría brindando una noción de la magnitud de los cambios a los que se enfrenta el derecho penal liberal heredado de la modernidad si pretende seguir siendo un derecho inscripto en un Estado Democrático de Derecho.

El postulado sobre el que trabaja Brandariz es que el sistema penal no puede menos que verse afectado en sus relaciones con otros dispositivos de control social, y en sus funciones propias, por la crisis de tales referentes sistémicos.

Señala el autor que no debería resultar polémico entender que el fordismo se encuentra en una fase de evidente agotamiento, dando paso a un nuevo modo de regulación, a un nuevo esquema de relaciones productivas que se define como de especialización flexible, y se conoce comúnmente como postfordismo. Por otra parte, tampoco parece polémico entender que el Estado de Bienestar constituye una realidad tendencialmente superada. Todo ello ha redundado en que el Estado Social comience a ser también una realidad en tren de superación —lo que no impide la coexistencia de lógicas disímiles—, dando paso a una etapa de transición en la que todavía no se vislumbra con claridad una forma-Estado consolidada y con visos de afirmación hegemónica. El sistema penal, no puede pensarse por fuera de la crisis de tales referentes sistémicos.

En otro plano de ideas, el Estado-Nación, en tanto institución jurídico-política básica de la Modernidad, encuentra cuestionadas algunas de sus clásicas funciones. Uno de estos cuestionamientos es el derivado de la conformación de una sociedad y una institucionalidad globales, que cada vez más dejan atrás la referencia al territorio estatal como espacio de construcción, y de ejercicio, de la soberanía. Previsiblemente, si se quiere, esto ha afectado al Derecho Penal de origen estatal, toda vez que el mismo se cuenta entre las funciones integrantes del núcleo duro de la estatalidad moderna. De este modo, de un Derecho Penal de formato nacional, se está virando hacia la consolidación de un Derecho Penal Internacional y de este a un incipiente Derecho Penal Global, que se caracteriza, cuando menos en esta etapa de conformación,

más por su alineación a la *razón de Estado* que al Estado de Derecho asentando sobre los derechos y garantías individuales.

Este panorama se erige sobre un interrogante capital relativo a cuáles son y —sobre todo— cuáles deben ser las funciones de un Derecho Penal que supera los referentes del Estado Social-Estado del Bienestar nacional fordista, en un contexto en que la sociedad dirige al sistema penal cada vez mayores demandas de garantía frente a una sensación de inseguridad creciente. Y todo ello dentro de dos coordenadas capitales. La primera, la necesidad de construir ese Derecho Penal desde los irrenunciables parámetros garantistas del Estado (nacional y/o global) democrático de Derecho. La segunda, como se ha insinuado, la necesidad de pensar todos estos interrogantes en un contexto de transición que adquiere, cada vez en mayor medida, una referencia global, lo cual hace surgir retos de especial complejidad, toda vez que la profundización del Estado democrático de derecho se ha producido siempre en el contexto nacional, siendo el ámbito internacional un terreno tradicionalmente menos permeable a la construcción de tales referentes de garantía del ciudadano frente a los poderes públicos y privados.

En esta línea de análisis, las políticas penales y penitenciarias postrehabilitadoras pueden ser pensadas en una afinidad funcional con lo que aparece como el tránsito de la sociedad disciplinaria a la sociedad de control. El autor bucea en el Foucault posterior a *Vigilar y Castigar*, ése que comienza a ver en *Defender la Sociedad, Seguridad Territorio y Población* y *El Nacimiento de la Biopolítica*, la aparición de sociedades postdisciplinarias, sociedades securitarias. En estas sociedades el control ya no pretende normalización. El nuevo control es ubicuo, ya no puede funcionar como la disciplina que se articulaba a partir de la familia, la escuela, el cuartel,

la prisión. Atraviesa ahora toda la sociedad como los grupos que tiene que controlar. Control como vigilancia ubicua y constante. La normalización ya no es necesaria. El control operando sobre grupos de riesgo. La construcción de los migrantes como grupo de riesgo por antonomasia en el actual contexto europeo, funcionando como emergente de la crisis de los referentes identitarios de las sociedades opulentas y respondiendo al mismo tiempo a requerimientos sistémicos de orden económico.

Para la administración de estos grupos de riesgo, el Derecho Penal clásico es demasiado pensado lento (y garantista). Las necesidades del control requieren de un derecho más ágil: el administrativo, que combina flexibilidad procedimental y de garantías. Estos grupos más allá de la retórica política, poseen, nos

señala el autor, una función latente, tanto poblacional (demográfica) como económica. El sistema penal de excepción que se ocupa de los migrantes es sólo una parte de algo más grande. La administración a través del sistema penal funciona como válvula de regulación de las inseguridades ciudadanas por un lado y del control neodisciplinario dirigido al aprovechamiento económico de su fuerza laboral por el otro. Nos encontramos así con una política migratoria que, más que poner un límite absoluto a los flujos migratorios –en el límite su erradicación–, lo que pretende es gestionarlos. Se configura un sistema legal para la gestión de la inmigración irregular con funcionalidades neodisciplinarias orientadas al sometimiento del inmigrante a un esquema laboral de creciente precariedad y explotación.