



Observatori del Sistema Penal i els Drets Humans

Grup de Recerca Consolidat, reconegut per la Generalitat de Catalunya

Resolució del DURSI de 19 d'octubre de 2005

JORNADES INTERNACIONALS: Excepcionalisme i Drets Humans

14-15 de desembre de 2006

EXCEPCIONALISMO Y GLOBALIZACIÓN¹

Roberto Bergalli

OSPDH, Universitat de Barcelona

Yo me permitiría trastornar los términos del título de esta primera sección de las presentes *Jornades Internacionals*, al menos en lo que atañe a los de la intervención que me ha sido asignada. Así desearía invertir tales términos y proponer: GLOBALIZACIÓN Y EXCEPCIONALISMO. Me permito proceder así pues, si bien la excepcionalidad (o el excepcionalismo, según se entienda), expresión propia del lenguaje filosófico-político de cuño *schmittiano* es anterior al de globalización (el cual proviene de otro ámbito de conocimiento: el económico-político), ha sido el segundo (globalización) el que en los tiempos más recientes ha determinado la reaparición del primero y su necesaria utilización para entender y explicar un sinfín de medidas que adoptan los poderes públicos de los Estados contemporáneos.

Todos sabemos que el respeto a la *Rule of Law* supone que las decisiones y actuaciones de los Estados modernos deben ser asumidas y cumplidas dentro de los

¹ Este trabajo ha sido realizado para el *Workpackage 9 "Exceptionalism and its impact on the Euro-Mediterranean relations"* en el marco del proyecto *CHALLENGE, The changing Landscape of European Liberty and Security*. Contract no: CIT1-CT-2004-506255, SIXTH FRAMEWORK PROGRAMME - PRIORITY 7, FP6-2002-CITIZENS-1 New approaches to security and the role of Europe (Theme: 6.1.1)

límites establecidos para las mismas por la *Grundnorm* y por la parte respectiva del ordenamiento jurídico que por materia debe ser observada. Esto supone proceder dentro del marco de la ley, o sea dentro de la legalidad vigente. El principio de legalidad, en tal sentido, va a tener entonces una vertiente abstracta (aquello que la ley establece) y otra concreta (lo que se decide y ejecuta dentro de la ley).

Cuando los actos de gobierno no se adoptan o no se ejecutan dentro del marco de la legalidad, ello sucede así pues el acontecer que debe regularse es el resultado de una emergencia, o de un acontecer no previsto en y por la ley. Frente a tal imprevisto legal la reacción de quien está investido de la legítima capacidad para intervenir no puede adecuarse a la previsión legislativa para los actos del acontecer previsible.

En tales casos, nos encontramos en que la razón jurídica que debe presidir las decisiones y actuaciones de toda intervención estatal carece de un elemento esencial del cual está imbuida toda regla de derecho, cual es el de la previsibilidad. Efectivamente, el derecho moderno ha hecho previsible la actuación de los órganos o de las instancias encargadas de intervenir, en particular en el campo punitivo, cuando lo que se trata es impedir o mitigar la producción de un comportamiento dañino o lesivo para los intereses de otros individuos o de la colectividad.

Dada la complejidad del mundo contemporáneo y las consecuencias sociales que genera la economía globalizada, es posible que ciertas reglas jurídicas vigentes en las sociedades democráticas carezcan de la idoneidad necesaria para adecuar determinadas situaciones/comportamientos. En tales circunstancias la racionalidad que preside tales decisiones y actuaciones deja de ser jurídica (pues no está prevista la reacción a aplicar en el ordenamiento jurídico) y pasa a ser de naturaleza política. Es de tal modo que los estados de urgencia, de necesidad o de sitio fueron recogidos por el constitucionalismo moderno (Schmitt) para otorgar un sustento legítimo a las intervenciones de excepción, es decir no previstas por la legalidad vigente.

Entiendo que de este asunto va a hablar Héctor Silveira cuando se refiera a “la filosofía política de la excepción”. En cambio, yo quisiera aludir a cómo los fenómenos generados por la globalización económica, con la consecuente transfronterización de sus efectos, provocan o favorecen actuaciones excepcionales de las instancias estatales en aquellos territorios donde tales efectos se producen imprevista o inesperadamente.

Habría múltiples ejemplos de tal tipo de situaciones. Uno, el cual está en la base de la globalización económica contemporánea es el de la inmigración y si bien de este fenómeno se va a tratar en la segunda sección de la presente mañana no me parece inoportuno referirme a él como productor de auténticas situaciones emergentes, frente a

las cuales ha sido y sigue siendo posible verificar reacciones de carácter excepcional.

No es tampoco intempestivo, pese a que de tales actos se hablará en la sección primera de esta tarde, hacer mención aquí de las disposiciones y actuaciones de las instancias encargadas de poner en práctica las políticas antiterroristas. El terrorismo, como modalidad de hechos delictivos, provoca y lo ha hecho con mayor acento desde el 11 septiembre 2001, unas formas de reaccionar de naturaleza excepcional, muchas de las cuales sino rozan la inconstitucionalidad, seguramente pervierten o tergiversan los fines de cualquier teoría de la pena. A tal punto esto ha ocurrido así que al día de hoy no hay legislación penal en Occidente que no haya acusado el impacto de esta emergencia. Las reformas han introducido nuevas figuras y nuevos tipos penales, agravando los catálogos de las consecuencias punitivas, sacrificando las libertades en función de una cierta política del miedo como asimismo también han alterado los fines previstos para la ejecución de las penas de privación de libertad al quitar o transformar lo que la filosofía punitiva había denominado como “beneficios penitenciarios”. Procediendo de tales maneras hemos aprendido que la mayor amenaza a nuestra forma de vida y a la democracia no proviene del terrorismo sino de las reacciones que los gobiernos están adoptando contra él.

Lo dicho, sin embargo, debe ser contrastado con la pertinencia que determinadas teorías penales y criminológicas han revelado con respecto a las orientaciones que llevan las reformas penales. En efecto, retomando el binomio “amigo-enemigo” introducido por la filosofía política (C. Schmitt) que distingue a quienes participan de un proyecto social común de quienes no lo hacen, una cierta teoría jurídico-penal ha introducido la diferencia entre un *derecho penal del ciudadano* –aplicable a quienes aún cuando violen ciertos preceptos manifiestan su consenso para la convivencia- de un *derecho penal del enemigo* destinado a castigar a quienes son considerados fuera de los márgenes de aquel proyecto social. Más allá de cualquier análisis dogmático que se pueda hacer de semejante propuesta, debe resaltarse su profundo desacuerdo con los principios fundamentales que deben presidir todo derecho a castigar, comenzando con señalar que el de la igualdad (todos somos iguales frente a la ley) es quizá el más agredido si en el marco del Estado de derecho se instauran dos derechos penales diferentes: uno que respeta los derechos fundamentales de todos los habitantes y otro que los respeta menos en relación a unos ciertos individuos.

Junto a semejante teoría jurídico-penal han de considerarse, asimismo, las propuestas que emergen de una forma de conocimiento criminológico que recibe diferentes denominaciones, tales como *actuarialismo*, *criminología de la vida cotidiana* y como ciertas expresiones de una tal *criminología cultural*. Cada una de ellas responde a

los puntos de vista que presumen tener en cuenta bien una necesaria eficacia del sistema penal, bien una realidad del delito que se revela en el acontecer diario exigido por la exclusión social o sino la atención de las expresiones de criminalidad como forma degradada de la integración cultural.

Tales manifestaciones del conocimiento criminológico resultan compatibles con la creencia que las sociedades contemporáneas están pobladas por individuos que deben ser vigilados y no precisamente por su peligrosidad social, como lo pensaban aquellas creencias que buscaban las causas del delito en las anormalidades psicológicas o biológicas de sus autores, sino por que al carecer de trabajo, vivienda, vínculos que lo arraiguen o afiancen en el medio social, son sujetos pasibles de sospecha por sus futuros comportamientos. Así queda claro que los nuevos excluidos sociales, tales como el inmigrante sin papeles, los jóvenes sin oficio ni trabajo, las prostitutas, los mendigos y los sin techo, se convierten en los estereotipos más cercanos que deben ser controlados. Las propuestas de tolerancia cero, tres golpes y quedas fuera (*three strikes and you are out*) o ventanas rotas (*broken Windows*) concentran y resumen muy bien la exigencia de mantener un control sobre individuos que traducen la necesidad de que la sociedad se prevenga contra ellos.

Todos estos últimos desarrollos de la doctrina jurídico-penal y los acaecidos en el conocimiento criminológico, han llegado a los campos del control penal para justificar la ampliación de este tipo de control. En ello han asimismo encontrado sustento las propuestas políticas que impulsaron las reformas penales y basta recordar que en España un Presidente del gobierno que propició tales reformas alegó a la necesidad de “eliminar la escoria de las calles de nuestras ciudades” en clara alusión a las personas (o *no personas*, según la categoría sociológica creada por Dal Lago) que los procesos de globalización han lanzado a la exclusión de nuestras sociedades.

Barcelona, catorce de diciembre de dos mil seis.