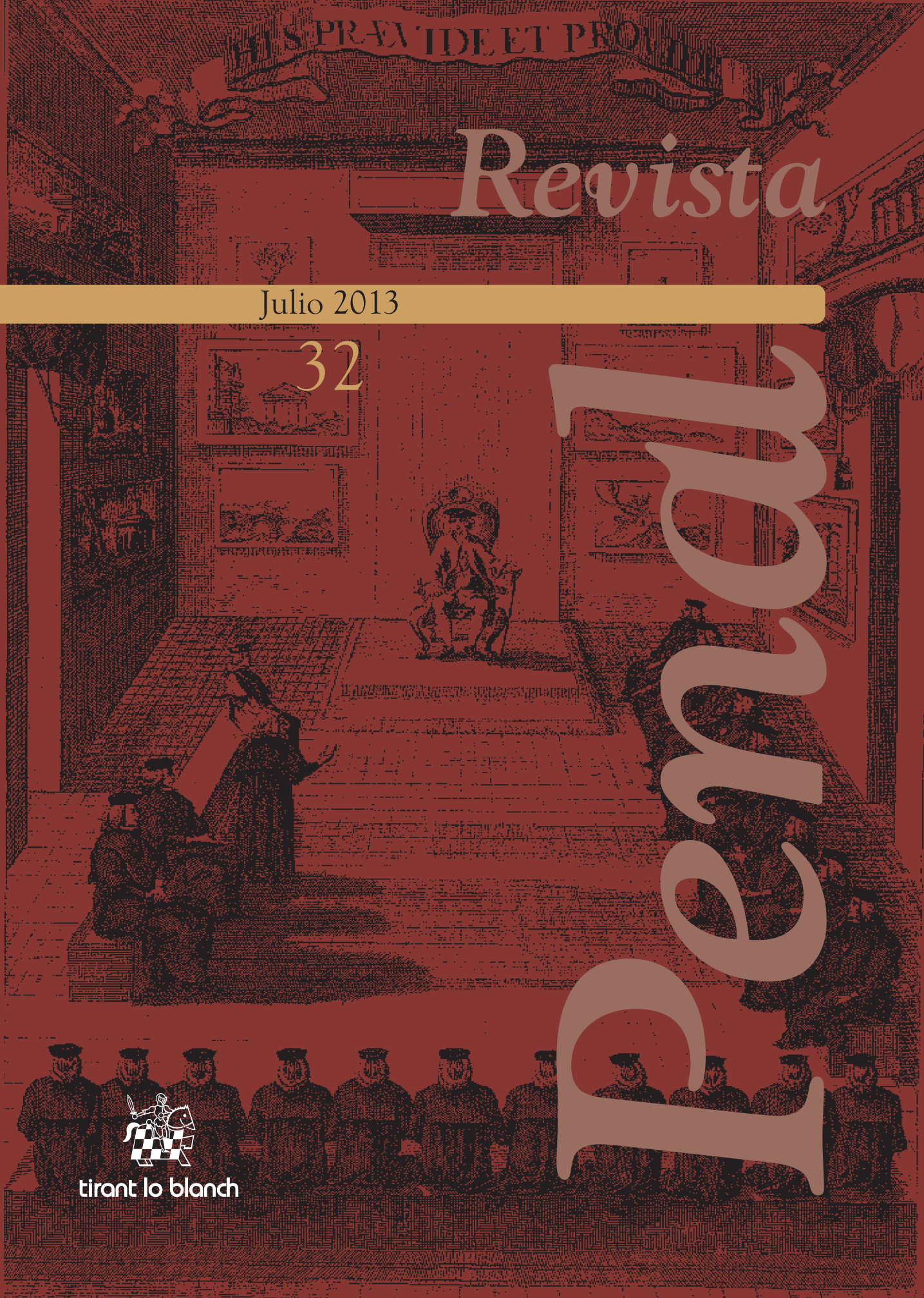
32

Revista Penal

Julio 2013

32



Revista Penal

Julio 2013

tirant lo blanch

Revista Penal

Número 32

Sumario

Doctrina:

– Aspectos problemáticos del delito de tráfico de órganos, por *Carmen Alastuey Dobón* 3
– Derecho Penal mínimo de los bienes jurídicos colectivos (Derecho Penal mínimo máximo) por *Mercedes Alonso Álamo* 23
– Investigando crímenes internacionales ante la Corte Penal Internacional: ¿existe una estrategia de enjuiciamiento coherente y comprehensiva?, por *Kai Ambos e Ignaz Stegmiller*..... 41
– La protección de sistemas de información crítica y la Ley 53/07 de la República Dominicana sobre crímenes y delitos de alta tecnología, por *Désirée Barinas Ubiñas* 60
– Securitización, por *María Laura Böhm*..... 72
– Peligrosa irretroactividad y retroactividad para los peligrosos o socialmente indeseables por *Emiliano Borja Jiménez* 91
– La conducción tras el consumo de alcohol y drogas tóxicas: el inciso segundo del artículo 379.2 CP como infracción formal por *Luis Cáceres Ruiz*..... 113
– Reflexiones sobre los actos neutrales y la cooperación delictiva desde los criterios de la imputación objetiva, por *María José Cuenca García* 141
– La protección penal del medio ambiente a través de los delitos de incendio, por *Pastora García Álvarez y Carmen López Peregrín* 153
– El terrorismo al amparo de la reforma efectuada por la Ley Orgánica 5/2010: concepto y elementos por *Elena Núñez Castaño*..... 179
– La imprescriptibilidad de las violaciones contra los derechos humanos cometidas en Uruguay (1973-1985) por *Jan-Michael Simon y Pablo Galain Palermo* 222
– CATORCE (14) AÑOS. Una propuesta de criterio "vinculante", intocable desde los actuales postulados del Derecho penal de la seguridad, para la fijación del límite mínimo de la Ley reguladora de la responsabilidad penal del menor, por *María A. Trapero Barreales* 250

Sistemas penales comparados: Corrupción en el sector público y privado (Corruption in public and private sector) 283

Crónicas:

– "Cruce de caminos". Laudatio en honor de Hernán Hormazábal y José Ramón Serrano-Piedecasas Fernández, por *Eduardo Demetrio Crespo* 331
– La pena de muerte en el International Forum on Crime and Criminal Law in the Global Era (IFCCLGE) por *Miguel Ángel Núñez Paz* 335
– Notas sobre genoma humano y Derecho penal y comentarios a las XX Jornadas de Derecho y Genoma Humano, organizadas por la Cátedra Interuniversitaria de Derecho y Genoma Humano, Director Carlos M. Romeo Casabona, Bilbao 21 y 22 mayo 2013 por *Francisco Muñoz Conde*..... 337

Universidad de Huelva · Universidad de Salamanca · UCLM Universidad de Castilla-La Mancha · Universidad Pablo de Olavide Sevilla Año 1997 · Cátedra de Derechos Humanos Manuel de Lardizábal · Santander

tirant lo blanch

Publicación semestral editada en colaboración con las Universidades de Huelva, Salamanca, Castilla-La Mancha, Pablo Olavide de Sevilla y la Cátedra de Derechos Humanos Manuel de Lardizábal.

Dirección
Juan Carlos Ferré Olivé. Universidad de Huelva
jcferreolive@gmail.com

Comité Científico Internacional

Kai Ambos. Univ. Göttingen
Luis Arroyo Zapatero. Univ. Castilla-La Mancha
David Baigún. Univ. Buenos Aires
Ignacio Berdugo Gómez de la Torre. Univ. Salamanca
Gerhard Dannecker. Univ. Heidelberg
Jorge Figueiredo Dias. Univ. Coimbra
George P.Fletcher. Univ.Columbia
Luigi Foffani. Univ. Módena
Nicolás García Rivas. Univ. Castilla-La Mancha
Vicente Gimeno Sendra. UNED
José Manuel Gómez Benítez. Univ. Complutense
José Luis González Cussac-Univ. Valencia
Winfried Hassemer. Univ. Frankfurt
Borja Mapelli Caffarena. Univ. Sevilla
Victor Moreno Catena. Univ. Carlos III
Francisco Muñoz Conde. Univ. Pablo Olavide
Enzo Musco. Univ. Roma
Francesco Palazzo. Univ. Firenze
Teresa Pizarro Beleza. Univ. Lisboa
Claus Roxin. Univ. München
José Ramón Serrano Piedecasas. Univ. Castilla-La Mancha
Ulrich Sieber. Max Planck Institut- Freiburg
Juan M. Terradillos Basoco. Univ. Cádiz
Klaus Tiedemann. Univ. Freiburg
John Vervaele. Univ. Utrecht
Joachim Vogel. Univ. München
Eugenio Raúl Zaffaroni. Univ. Buenos Aires

Consejo de Redacción

Miguel Ángel Núñez Paz, Susana Barón Quintero y Víctor Macías Caro (Universidad de Huelva). Adán Nieto Martín, Eduardo Demetrio Crespo y Ana Cristina Rodríguez (Universidad de Castilla-La Mancha). Emilio Cortés Bechiarelli (Universidad de Extremadura) Lorenzo Bujosa Badell, Eduardo Fabián Caparros, Nuria Matellanes Rodríguez, Ana Pérez Cepeda y Nieves Sanz Mulas (Universidad de Salamanca), Paula Andrea Ramírez Barbosa (Universidad Externado, Colombia), Paula Bianchi (Universidad de Los Andes, Venezuela), Carmen Gómez Rivero y Elena Núñez Castaño (Universidad de Sevilla), Pablo Galain Palermo (Max Planck Institut - Universidad Católica de Uruguay).

Sistemas penales comparados

Martin Paul Wassmer (Alemania)
Luis Fernando Niño(Argentina)
Alexis Couto de Brito (Brasil)
Roberto Madrigal Zamora (Costa Rica)
Elena Núñez Castaño (España)
Angie A. Arce Acuña (Honduras)
Manuel Vidaurri Aréchiga (México)
Sergio J. Cuarezma Terán (Nicaragua)
Carlos Muñoz Pope (Panamá)
Víctor Roberto Prado Saldarriaga (Perú)
Bárbara Kunicka-Michalska (Polonia)
R. Baris Erman (Turquía)
Pablo Galain Palermo (Uruguay)
Jesús Enrique Rincón Rincón (Venezuela)

www.revistapenal.com

© TIRANT LO BLANCH
EDITA: TIRANT LO BLANCH
C/ Artes Gráficas, 14 - 46010 - Valencia
TELFS.: 96/361 00 48 - 50
FAX: 96/369 41 51
Email:tlb@tirant.com
http://www.tirant.com
Librería virtual: http://www.tirant.es
DEPÓSITO LEGAL: B-28940-1997
ISSN.: 1138-9168
IMPRIME: Guada Impresores, S.L.
MAQUETA: PMc Media

Si tiene alguna queja o sugerencia envíenos un mail a: *atencioncliente@tirant.com*. En caso de no ser atendida su sugerencia por favor lea en *www.tirant.net/index.php/empresa/politicas-de-empresa* nuestro Procedimiento de quejas.

Securitización

María Laura Böhm

Revista Penal, n.º 32. - Julio 2013

Ficha técnica

Autor: María Laura Böhm
Adscripción institucional: Abogada (UBA), Diplomada en Criminología (UNLZ y Hamburg Universität), Doctora en Ciencias Sociales (Dr. Phil., Hamburg Universität). Investigadora post-doctoral (Georg-August-Universität Göttingen, beca Fundación Alexander von Humboldt).

Sumario: Introducción. 1. Advertencia preliminar 2. *Securitization* 3. Securitización y sistema penal: Construcción del enemigo como amenaza existencial 4. Críticas al concepto de la Seguridad en el contexto de la Securitización 5. Securitización en Alemania. Tres ejemplos 6. Procesos de securitización en América. 7. Conclusiones.

Abstract The subject of this text is the current criminal policy developed in security key, rethought and redesigned with the purpose of, principally, the fight against insecurity rather than the prevention and punishment of criminal actions. After a preliminary warning directed primarily to dogmatic scholars (1.) the concept of *securitization* is explained (2.). Then their implications in the criminal law and criminal system (3.) as well as some criticisms that can be submitted to that concept will be offered (4.). In subsequent sections are described examples of securitization in Germany (5.), and cases that could be considered examples of securitization in the American context are mentioned (6.). To conclude some thoughts for future discussion are exposed (7.).
Key Words: Securitization; security; criminal policy; Germany; America

Resumen: El objeto de estudio del presente texto es la política criminal establecida hoy en clave de Seguridad, replanteada y rediseñada teniendo por objetivo primordial el combate de la inseguridad antes que la prevención y sanción de acciones delictivas. Luego de una *advertencia preliminar* dirigida fundamentalmente a los penalistas dogmáticos (1.) se va a exponer el concepto de la *Securitization* (2.), para luego evaluar sus implicaciones en el sistema y el derecho penal (3.) y las críticas que desde este discurso pueden presentarse al concepto de la Seguridad (4.). Se expondrán en los apartados subsiguientes ejemplos de securitización en el ámbito alemán, en los cuales el desarrollo legislativo y el control de constitucionalidad evidencian las consecuencias que acarrea la lógica securitizante en el sistema penal (5.), y se mencionarán luego casos que podrían considerarse ejemplos de políticas securitizantes en el ámbito americano (6.). Por último se ofrecerán algunas reflexiones para futura discusión (7.).
Palabras clave:. Securitización; seguridad; política criminal; Alemania; América

Observaciones: Todo comentario o consulta sobre el texto será bienvenido y puede enviarse a la siguiente dirección: maria-laura.boehm@jura.uni-goettingen.de.

Recepción del artículo: 15-03-2013
Evaluación favorable: 10-04-2013

INTRODUCCIÓN

Desde hace ya algunos años la cuestión de la Seguridad ha pasado a ser parte de la agenda político-criminal, de la agenda de las comisiones penales en los Congresos y de la agenda de los tribunales ordinarios y constitucionales. Reformas legislativas y controles de constitucionalidad ya no quedan satisfechos si estudian la necesidad político-criminal (propiamente dicha) de la medida o reforma que se esté evaluando. Los operadores políticos y judiciales se ven una y otra vez obligados (¿o tentados?) a incluir en las argumentaciones la necesidad de la reforma o la adecuación de una nueva norma al texto constitucional, arguyendo que "razones de seguridad" (seguridad pública, seguridad del Estado, seguridad de la población, seguridad de los mercados… etc.) lo requieren. Pareciera existir una autojustificación que facilita la comunicación de la sociedad hacia los agentes políticos, y de los agentes políticos hacia la sociedad: "Si la *Seguridad* lo requiere, entonces sí…". Se muestran todos de acuerdo y se acabó la discusión.

El problema es que esta inclusión del discurso[1] de la Seguridad dentro del ámbito penal genera muchos desajustes, en principio meramente teóricos y/o conceptuales, pero que indefectiblemente repercuten, o se corporizan, diría más bien, en todos aquellos sujetos directamente afectados por las transformaciones en el sistema penal, así como en todo otro ciudadano, habitante o visitante que en forma indirecta también queda inmerso en las prácticas y discursos de Seguridad. Las garantías constitucionales del proceso penal, el concepto de privacidad, el valor dado a la libertad individual, la idea de sociedad abierta, las relaciones inter-género, las necesidades y dificultades de los grupos etarios más jóvenes de la sociedad… por sólo dar algunos ejemplos, se ven re-articulados, re-definidos y re-interpretados desde la perspectiva del discurso de la Seguridad. Como penalistas, criminólogos y estudiosos de las ciencias criminales y la "cuestión" criminal en general tenemos entonces un problema muy actual, que nos obliga a estudiar más a fondo, y muy críticamente, esta cuestión.

Con el término Seguridad en el presente texto no se designa la idea que se ha extendido en los últimos tiempos en América Latina cuando se reclama la disminución de los delitos comunes, violentos, cometidos mayormente en la vía pública por varones jóvenes de barrios marginales. Con este término se hace referencia aquí a un concepto más amplio utilizado también en Europa y Estados Unidos como "aquello" (la Seguridad) que se ve amenazado por el terrorismo, por la inmigración, por el crimen organizado, por los extremismos, por la violencia juvenil etc. Es decir, se trata de ese concepto difuso que es definido habitualmente sólo mediante la remisión a su negativa (la *no* seguridad o *in*seguridad).

1. Advertencia preliminar

A aquellos lectores penalistas fuertemente dogmáticos que ya en estos primeros párrafos del texto consideren que el avance del discurso de la seguridad es de sencilla limitación mediante una buena dogmática penal, y que por lo tanto entiendan que no existe mayor dificultad al respecto —de estos penalistas he encontrado muchos en los distintos ámbitos de discusión de estas cuestiones, y debo decir que pueden resultar ciertamente irritantes—, me permito dedicar unas breves líneas a modo de advertencia o alerta respecto de esta confianza. Para ello tomaré el caso de Alemania por ser uno de los países con mayor influencia dogmática en el ámbito hispanoparlante, por ser el ámbito que he podido estudiar en los últimos tiempos y que, ciertamente, brinda un ejemplo acabado de la tensión entre los discursos de seguridad y la dogmática penal.

Así como Alemania ha desarrollado y exportado una magnífica (y casi manierista) dogmática penal, lo cual sigue haciendo hasta el presente, también se han desarrollado en el ámbito alemán y exportado luego a nivel internacional —fundamentalmente en medios hispanoparlantes— conceptos centrales que han contribuido

1 El término discurso es utilizado aquí con una doble connotación. Por una parte se sigue la vertiente derridiana de su estudio, según la cual el discurso es algo así como un "ensamble diferenciado de secuencias de sentido en las cuales el significado es permanentemente renegociado" (*Torfing* 1999: 85), es decir, como campo de sentido abierto, contingente, y en constante transformación. Por otro lado, es utilizado el término discurso en el sentido foucaultiano del mismo, que reenvía no ya a la importancia semántica, sino a la relación de lo dicho y la verdad, y así, a las distintas formas de circulación de ideas sea en forma escrita, hablada, ilustrada, etc. De acuerdo a la forma en que algo es presentado, dicho, escrito etc., es tenido o no por verdadero, de acuerdo a la posición (de poder) del sujeto hablante, escribiente etc. De esta manera el *discurso* de la Seguridad se refiere tanto a la utilización de términos referenciados unos a otros (inseguridad-seguridad-defensa-sistema penal-derecho penal etc.), como a la circulación de estos términos y a las construcciones que a partir de tal circulación tienen lugar. Para una profundización de estas dos variantes de la idea del discurso, y su utilización conjunta como herramienta metodológica véase *Böhm* 2011: 65 ss., con más referencias.

directa o indirectamente a la reformulación del sistema penal en clave Seguridad. En líneas generales, puede pensarse por ejemplo el término Seguridad en alemán, *Sicherheit*, el cual es conocido más allá de las fronteras alemanas sin necesidad de traducción, por la amplitud y fuerza conceptual que reúne, más impactante que la idea en inglés de *security* (que es sólo uno de los distintos aspectos de la *Sicherheit*, ya que esta última también contempla a la *certainty* y la *safety* del idioma inglés[2]). El concepto del Derecho Penal del Enemigo, el *Feindstrafrecht* de Günther Jakobs, por su parte, ha trascendido rápidamente las fronteras de Alemania, aún cuando su propio creador tiene reservas en cuanto a las posibilidades de su traslado y su utilidad fuera del ámbito alemán en que fue pensado[3]. También la noción de la Seguridad como un derecho fundamental, planteada por Josef Isensee en su obra *El derecho fundamental a la Seguridad. Sobre los deberes de protección del Estado constitucional liberal (Das Grundrecht auf Sicherheit. Zu den Schutzpflichten des freiheitlichen Verfassungsstaates)* en que la Seguridad se presenta como derecho constitucional implícito, fue presentado hace casi tres décadas y ha vuelto a adquirir importancia en los últimos años[4]. Lo mismo sucede con la idea de la sociedad del riesgo, la *Risikogesellschaft* del alemán Ulrich Beck[5], la cual se planteó como concepto sociológico para pensar los desafíos del desarrollo tecnológico a fines del siglo XX y devino luego en esquema y fundamento para el diseño de políticas criminales preventivas, que tienen por fin último la seguridad más allá de todo riesgo; el concepto de la sociedad del riesgo se planteó de esta manera hace dos décadas y media, y es repensado y aplicado hoy con igual o más entusiasmo que en sus orígenes, también dentro y fuera de Alemania[6].

En definitiva, mientras que por una parte la dogmática alemana procura sentar límites calculados milimétricamente frente al avance del sistema punitivo, por otro lado se desenvuelven en terreno alemán conceptos y teorías que son tenidas luego por base para el avance del sistema punitivo y de las políticas que lo concretan. Como veremos en próximos ejemplos, esto sucede hoy desde las universidades que evalúan criterios de ampliación de la intervención penal en miras a la obtención de seguridad, desde el Parlamento Federal alemán (*Bundestag*) que sanciona figuras penales difusas y plantea reformas procesales destinadas a la provisión de seguridad por parte del sistema penal o incluso desde el Tribunal Constitucional alemán (*Bundesverfassungsgericht*) mediante la reformulación de contenidos de los derechos fundamentales sentados en la Constitución ampliándose de esta manera los ámbitos de intervención del poder punitivo. Políticas criminales *de Seguridad*[7] se desarrollan en Alemania con igual o más fuerza que aquella dogmática cuidadosa que pretende limitarlas, y se expanden sin lugar a dudas también al ámbito académico hispanoparlante. Una fe acrítica en el poder limitador de la dogmática, incluso de la dogmática alemana, sólo habilita y hasta fomenta la continua expansión del discurso de la seguridad en el ámbito penal, porque esa misma dogmática queda generalmente inmersa en las aguas de ese discurso. Y considero que esto debe evitarse.

2. Securitization

2.1. Origen y desarrollo del concepto en el ámbito de las relaciones internacionales

El concepto *securitization* fue desarrollado por Barry Buzan, Ole Waever y Jaap de Wilde en su obra *Securi-*

2 Cfr. sobre estos conceptos *Baumann* 1999: 63.

3 Así lo ha manifestado Jakobs en una entrevista que ha brindado a miembros del *GLIPGö* (Grupo Latinoamericano de Investigación Penal Göttingen) el 5 de septiembre de 2011 en ocasión de su visita a la Universidad de Göttingen como docente en la Escuela de Verano en Ciencias Criminales y Dogmática penal alemana llevada a cabo en dicha Universidad del 5 al 16 de septiembre de 2011. La entrevista se encuentra publicada en el tercer número del *Boletín Semestral GLIPGö* (mayo 2012) <http://www.department-ambos.uni-goettingen.de/index.php/component/option,com_docman/Itemid,71/gid,240/task,cat_view/>.

4 *Isensee* 1983. Véase asimismo para la actualización de estas ideas originales *Isensee* 1992, 2001 y 2003. Cfr. también *Möstl* 2002 para una renovada visión de este derecho y su análisis también a nivel europeo.

5 *Beck* 1986.

6 Véase para la actualización de las ideas originales *Beck* 1988 y 2000. Para una mayor profundización entre nuevos conceptos de sociedad de riesgo, política criminal y seguridad véase *Böhm* 2011: 44 ss. con más referencias. Sobre las corrientes criminológicas que han hecho uso y/o analizado la lógica del riesgo en el ámbito de la política criminal véanse los trabajos centrales de *Feeley/Simon* 1992, 1994; *Haggerty* 2003. Para un análisis de los usos del riesgo desde la perspectiva de la gubernamentalidad foucaultiana véase *San Martín Segura* 2011.

7 Sobre el concepto políticas criminales de seguridad (*Sicherheitskriminalpolitik*) como par complementario de las políticas criminales de libertad (*Freiheitskriminalpolitik*) véase *Böhm* 2006, 2007.

8 *Buzan/Waever/de Wilde* 1998 (*Seguridad: Un nuevo marco para el análisis*).

ty: A New Framework for Analysis[8]. Estos autores son teóricos de las relaciones internacionales y tomaron por base de estudio y aplicación de su idea precisamente el ámbito de las relaciones exteriores entre Estados nacionales. La idea central de la securitización (término que sugiero para su uso en español) consiste en identificar una causa plausible, real o construida, de amenaza, de manera que ésta pueda ser presentada públicamente como objeto a combatir, quedando habilitados los medios legales, e incluso los medios hasta el momento no legales, para la neutralización de la amenaza en cuestión. La esencia de los procesos de securitización reside precisamente en que no sólo los medios legales, sino que incluso aquellos que estaban considerados ilegales, pasan a ser habilitados como válidos y legítimos por la (presunta, supuesta) absoluta necesidad generada por la amenaza existencial que puede representar otro Estado. De esta manera, mediante medidas de excepción lo ilegal deviene legal.

Con posterioridad a la publicación del libro mencionado, se conformó en Europa el *C.A.S.E. Collective*[9], un colectivo de investigadores activos en aulas, revistas y foros, y que siguen básicamente tres corrientes. Las dos primeras: La corriente danesa, con centro originario en el *Copenhagen Peace Research Institut* (COPRI, en funciones entre 1985 y 2004), y la corriente inglesa, con centro en la Universidad de Aberystwyth. Ambas pertenecen al ámbito de las relaciones internacionales, dedicadas al estudio del tema seguridad entendida como seguridad internacional, enfocada así a estudios estratégicos e investigación sobre la paz. La tercera corriente, la francesa, con centro en París, no tenía su base originaria en las relaciones internacionales —aunque también se basó en el estudio de ellas—, sino más bien en la sociología política, la sociología de la migración, la criminología y el derecho. El *C.A.S.E. Collective* se fue conformando como escenario de intercambio y discusión, desde donde estas distintas pero todas críticas perspectivas se entrecruzaban para tratar los bloques conceptuales y normativos de "seguridad" que desde los años setenta y ochenta del siglo XX se fueron instalando en Europa. En especial la idea o el concepto de *securitization* estuvo en el centro de su atención. El colectivo intercambió textos, revistas, y se reunió en distintos workshops y conferencias desde el año 2006, publicando incluso ese año un Manifiesto[10] en que se trabajaron detalladamente desde distintas perspectivas las posibilidades discursivas y analíticas del concepto de la securitización, ya no sólo en el campo de las relaciones internacionales, sino también en muchos otros como la política en general, las ciencias del medio ambiente, los riesgos cibernéticos, el cambio climático, y claro, también, el sistema penal. En este Manifiesto se sopesan detenidamente los riesgos de sobrevalorar la utilidad analítico-crítica del concepto securitización, y del concepto mismo de la Seguridad.

La idea del colectivo y su manifesto puede resumirse en dos objetivos principales: *primero*, reunir y revisar los estudios existentes sobre seguridad y *securitization* en Europa, fundamentalmente a partir del cruce de los estudios de estas tres corrientes; y, *segundo*, presentar una plataforma interdisciplinaria de identificación y denuncia de la despolitización que se evidencia en los ámbitos tanto social como académico al tratarse en ellos cuestiones relativas a la Seguridad. El objetivo en este sentido es *politizar* el debate científico, es decir, presentarlo como contrapuesto a los estudios sobre Seguridad que se mantienen en la idea de una ciencia valorativamente neutra y que pretenden por tanto poder desarrollar estudios en el ámbito político pero carentes de valoración política. La idea de que en todos los ámbitos científicos, pero en particular en estudios de política, la ciencia debe tomar parte como medio de lograr la emancipación respecto de prácticas securitizantes, es el norte de este colectivo y de su manifiesto, que analiza las más actuales teorías en el ámbito de la seguridad. Ese norte es también guía de las ideas aquí desarrolladas[11].

2.2. Concepto

La securitización de Buzan, Waever y de Wilde, como fue bien sintetizado por Williams, describe *"procesos en los cuales el 'acto de habla' de etiquetar un tema en forma social y políticamente exitosa como un 'tema de seguridad', desplaza a este tema de seguridad del ámbito normal de la política del día a día, colocán-*

9 C.A.S.E. es la sigla de *Critical Approaches to Security in Europe* (*Colectivo de Enfoques Críticos sobre la Seguridad en Europa*).

10 *C.A.S.E. Collective* 2006 (*A Networked Manifesto)*.

11 El presente trabajo es consecuencia mediata de la participación que he tenido en representación de la academia alemana en los workshops del *C.A.S.E. Collective* que tuvieron lugar en noviembre y diciembre de 2007 en Odense/Dinamarca y en Keele/Inglaterra, en los cuales las inquietudes y preocupaciones de investigadores europeos hicieron palmaria la necesidad de un enfoque mucho más abarcativo e interdisciplinario en los estudios (de resistencia) de la cuestión "seguridad".

dolo como 'amenaza existencial', que evoca y justifica medidas extremas."[12].

La teoría de la securitización se basa en el concepto de *acto de habla*, y entiende que los temas de seguridad son el resultado político del poder o fuerza *ilocutoria* de los agentes de seguridad[13]. Según Austin, lingüista que formuló la idea de los actos ilocutivos en su obra *How To Do Things With Words?*[14], éstos son aquellos que "hacen cosas" mediante palabras. Por ejemplo, mediante las palabras "¿quién quiere una taza de café?" se "hace" un ofrecimiento, queda constituido como tal. Lo mismo sucede en las acciones de prometer, jurar, suplicar, preguntar u ordenar, mediante las cuales se "hacen" promesas, juramentos, súplicas, preguntas u órdenes por la mera pronunciación de palabras. Se trata de *actos de habla* porque en sí mismos constituyen un acto y generan una transformación en la interrelación de los hablantes, y del entorno. Por este motivo una de las formas más efectivas de analizar los temas de seguridad y concretamente los procesos de securitización, teniendo en cuenta esta base teórica, es mediante el estudio de las prácticas discursivas en los diferentes sectores de seguridad (proyectos de ley, sentencias, decretos, discusiones parlamentarias, etc.). Se trata de observar los mecanismos y efectos políticos del discurso, de estudiar cómo se hacen cosas mediante la enunciación de ciertas palabras.

Los procesos de securitización, de acuerdo a la descripción señalada líneas arriba, pueden tener distintos "objetos de referencia" (*"referent objects"),* dependiendo de si pertenecen a la esfera económica, ambiental, política, militar o social, las que son llamadas "sectores"[15]. Esta división en sectores permite una cierta sistematización al momento de estudiar el objeto de referencia en cuestión. Pero debe tenerse en cuenta, como los propios autores reconocen, que *cualquier tema puede verse securitizado*[16]. Sólo deben darse algunas condiciones para que esto suceda. Únicamente si la demanda de tratar algo con medidas excepcionales es aceptada por una "audiencia relevante" —social y políticamente atendible—, la "movida securitizante" ("*the securitizing move"*), o sea, el mero reclamo, va a convertirse en una securitización exitosa en el sentido de que las medidas excepcionales serán efectivamente habilitadas[17]. En el sector social, según los autores, el objeto de referencia es usualmente la identidad: Se plantea que la *identidad* ("objeto de referencia") está en peligro, y por lo tanto se la securitiza, lo que lleva a la adopción de medidas excepcionales respecto de aquello que es etiquetado de "amenaza existencial" respecto de ella. Esto explica la frecuencia con que los migrantes (en su rol de "amenaza existencial") son blanco de medidas excepcionales adoptadas en defensa de la identidad nacional ("objeto de referencia" securitizado); sumándose habitualmente a este objeto de referencia un segundo, propio del sector económico, como lo es el *trabajo*, que también suele ser presentado como amenazado por los migrantes[18].

En el ámbito originario del concepto, el de las relaciones internacionales, el caso paradigmático para ejemplificar este proceso y resaltar tres de sus rasgos fundamentales, es la invasión a Irak por parte de los EE.UU. y sus países aliados[19]. Se presentó como plausible ante una audiencia relevante el que existieran en poder del gobierno irakí armas de destrucción masiva que estarían poniendo en peligro al mundo en general, y a EE.UU. en particular. La seguridad del mundo occidental se vio convertida en "objeto de referencia", se instaló el miedo en la comunidad política occidental mediante la construcción y difusión de esta idea como plausible, por lo que la existencia de tales armas de destrucción masiva en poder de Sadam Hussein devino en la representación colectiva en amenaza existencial, que debía ser neutralizada. El paso casi lógico a fin de evitar la concreción de la amenaza, fue la invasión de Irak. En este ejemplo se advierte un elemento central de los procesos de securitización: En la espiral ascendente de construcción de gravedad mediante el proceso discursivo, *sólo pueden securitizar un tema exitosamente aquellos que ya cuentan con acceso privilegiado al*

12 *Williams* 1998: 435 (Original en inglés: "processes in which the socially and politically successful 'speech act' of labelling an issue a 'security issue' removes it from the realm of normal day-to-day politics, casting it as an 'existential threat' calling for and justifying extreme measures").

13 Cfr. *Buzan/Waever/de Wilde* 1998: *passim*; *C.A.S.E. Collective* 2006: 448.

14 *Austin* 1962 (Obra disponible en castellano: *¿Cómo hacer cosas con palabras?*).

15 *C.A.S.E. Collective* 2006: 453.

16 *Buzan/Waever/de Wilde* 1998: 23 s.

17 *C.A.S.E. Collective* 2006: 453.

18 *Ibid*.

19 Cfr. en detalle sobre este caso como ejemplo de securitización *Werner* 2008: 73 ss. (quien también analiza el concepto y su aplicación a la invasión a Irak 1990/1991, en pp. 45 ss.).

ejercicio del discurso, es decir, de reconocida autoridad. A modo de contraejemplo sobre este punto, puede especularse que si hubiese sido Irak quien hubiese denunciado ante una audiencia política internacional relevante la posesión por parte de EE.UU. de armas de destrucción masiva dispuestas a ser utilizadas en contra del mundo y de Irak en particular, esto difícilmente hubiera llevado al apoyo de otros Estados y organismos internacionales frente a una invasión a EE.UU. por parte de Irak. Los procesos de securitización, por lo tanto, suelen tener una dirección única, que tiende a fortalecer la posición de poder de aquellos que ya lo ejercen con ciertos privilegios. Esto nos lleva a revelar un segundo rasgo distintivo: La securitización de un tema se dirige habitualmente a la *conservación y reforzamiento de relaciones de poder*, es decir, se dirige a sostener o mejorar la posición de poder político de quien pone en movimiento el proceso securitizante. Esto puede ser entendido en ciertos casos incluso como maniobra distractiva a fin de desviar la atención de la sociedad de temas políticamente *no solucionables*, a temas pretendidamente graves y *solucionables* a corto plazo. El tercer rasgo de los procesos securitizantes sale entonces a la luz: Sólo es securitizable con perspectivas de éxito un tema sobre el cual pueden ofrecerse pretendidas *soluciones de corto plazo*, para lo cual se alegará la necesidad de habilitar medidas excepcionales (aumento de presupuesto, habilitación de invasiones mediante resoluciones urgentes, reformas legislativas, ampliación de facultades en las fuerzas de seguridad, reducción de derechos constitucionales, etc.). Procesos securitizantes que requieran largos términos para la neutralización de la temida amenaza existencial, no resultan políticamente sostenibles, ni rentables.

En este contexto es interesante destacar tres ideas de la escuela de París respecto de los procesos de securitización, que considero que deben ser tenidos en cuenta al momento del análisis de las prácticas securitizantes. Se trata, en primer lugar, de entender a la seguridad no como un concepto con propia esencia, sino —siguiendo a Foucault— como una técnica de gobierno, es decir, como una forma instrumental de procurar la conducción de las conductas de los individuos; en segundo lugar, se propone que la atención del estudio no se centre en tratar de identificar las intenciones que podría ocultar quien ejerce el poder, sino en detectar los efectos que tiene el ejercicio de ese poder; y en tercer lugar, finalmente, propone esta escuela que no se focalice tanto la atención en los actos de habla propiamente dichos, sino en las prácticas, el público y el contexto que hacen posible y fuerzan la producción de formas específicas de gubernamentalidad[20]. Si se atiende a que los procesos securitizantes son fundamentalmente políticos y si se reconocen los aspectos distintivos señalados en el párrafo anterior, resulta central, al momento de adentrarse en el estudio e investigación de estos procesos, el analizar tanto el discurso explícito, como los usos, prácticas y efectos de las movidas securitizantes respecto de quienes las proponen y de quienes se verían inmediatamente afectados por ellas —como sujeto protegido, o como objeto perseguido—.

2.3. Un proceso discursivo político, que instrumentaliza al sistema (¡y al derecho!) penal

Aplicando la teoría de la securitización en el campo político-criminal propongo llamar securitización al proceso discursivo por el cual un cierto objeto de referencia es declarado en peligro y necesitado de protección *mediante el sistema penal o para-penal* (es decir, no formalmente penal pero puesto en funcionamiento como anexo al sistema penal), y se persuade a la sociedad de ello. Un tema o ámbito es etiquetado como *cuestión de seguridad*: el terrorismo, el crimen organizado, el inmigrante indocumentado, el adolescente, el excluido social, el mapuche, el narcotráfico. Ese *tema de seguridad* presentado como amenaza existencial se refiere según el caso a un *objeto de referencia* que es considerado en peligro: la integridad física de los ciudadanos, la seguridad nacional, la fuente de trabajo de los ciudadanos *legales*, el libre mercado, la identidad, la salud pública, etc. Para la protección del objeto de referencia se habilitan medidas excepcionales para el combate de la amenaza, y estas medidas son adoptadas dentro del ámbito punitivo, es decir, mediante medidas de política criminal. El rol de las agencias de comunicación es central en los procesos de securitización, ya que son precisamente ellas las que posibilitan la transmisión y reproducción en una y otra dirección de miedos, intereses, reclamos, etc.[21].

El proceso de securitización es así, también en el ámbito interno, un proceso discursivo político, en este caso concretado en el discurso político-criminal. Esto

20 Cfr. *C.A.S.E. Collective* 2006: 457, con más referencias sobre los distintos autores que han promovido la propuesta de estos tres desplazamientos.

significa entonces que no toda cuestión es securitizable. Si se presenta como amenaza algo o alguien que no puede ser aplacado, el apoyo de la sociedad se desvanecería abruptamente, y los actores políticos involucrados saldrían perjudicados. Por ello la cuestión a securitizar debe ser políticamente manejable, y redituable. Declarar abiertamente en la arena política, por ejemplo, que la pobreza es una amenaza existencial para el crecimiento sano de una sociedad y de sus miembros, y prometer que será erradicada en provecho de todos, a pesar de ser materialmente cierto lo primero y políticamente loable lo segundo, parecería ser un intento condenado al fracaso. ¿Cómo combatir la pobreza rápidamente? ¿Cómo proteger a la sociedad marginal de la amenaza que representan para ella un orden injusto y su violencia estructural, si no es cambiando precisamente ese (des)orden estructural? ¿Cómo redirigir los intereses del mercado a fin de reducir la exclusión de gran parte de la población, siendo que el Estado neoliberal no se permite dirigir políticas económicas ni poner límites a la ambición de los agentes activos en el mercado?[22] La seguridad y la securitización, por lo tanto, a fin de evitar suicidios políticos indeseados, vuelven a ser reducidas una y otra vez a cuestiones fácilmente simbolizables y relativamente manejables. En un ejemplo viable de securitización —de hecho ya existen casos de ello, como se verá—, puede plantearse a *las drogas* como amenaza existencial que afecta a la salud pública (objeto de referencia). De esta manera podría generarse en la sociedad una clara sensación de que algo se hace, y de que la amenaza se logra disminuir, con sólo poner en marcha medidas legales excepcionales y de intervención policial, operativos espectaculares y detenciones masivas de consumidores y pequeños proveedores. La fuerza discursiva del proceso securitizante es de tal envergadura, que quienes hayan intervenido en el proceso securitizante (de etiquetar a *las drogas* como *cuestión de seguridad*, por ejemplo) podrán salir al menos en el corto plazo políticamente beneficiados, aunque *las drogas* nunca hayan sido un problema existencial ni de seguridad, aunque la sociedad esté tan (in)segura ahora como antes, aunque las medidas adoptadas no hayan sido efectivas respecto de la salud pública, sino meramente simbólicas.

El sistema penal, siempre disponible e indudable portador de esa importante carga simbólica, es por lo tanto uno de los medios favoritos de los procesos de securitización. Criminalizar es simple y rápido. El gran problema reside en que luego de cada nuevo *securitization move* el sistema penal se deforma un poco más y el derecho penal debilita sus principios, redibuja los límites que impone al poder estatal. Se desfigura. Las movidas securitizantes acarrean visibles consecuencias negativas[23].

3. Securitización y sistema penal: Construcción del enemigo como amenaza existencial

Los procesos de securitización que se desarrollan en el ámbito penal dan lugar a la construcción de "otros" y "enemigos" a nivel interno. Desde siempre se han perseguido enemigos a nivel interno[24]. Pero hoy, además son transformados en cuestión de seguridad y amenaza existencial mediante los medios propios del Estado de Derecho. El sociólogo inglés del control social, David Garland, describe las construcciones que se advierten en Inglaterra y Estados Unidos en las políticas de control social, dirigidas a la provisión de seguridad, y las denomina "criminología del otro extraño" ("*criminology of the alien other*"). El jurista alemán Günther Jakobs, como se mencionó al inicio, desarrolló la idea del Derecho Penal del Enemigo a partir de la descripción de la legislación alemana en ciertos campos, pero no se quedó en la descripción, sino que exige al Derecho Penal del Enemigo como medida de salvataje del derecho penal propio del Estado de Derecho, en pos de la Seguridad jurídico-institucional, del Estado y de sus ciudadanos[25].

21 En este punto es obligatoria la referencia al concepto de la criminología mediática explicado por *Zaffaroni* (2011: 365 ss.), que también estudia la relevancia del rol de los medios en la "información, subinformación y desinformación" (p. 365) que los mismos generan en derredor de las cuestiones penales.

22 Sobre la interrelación entre políticas de seguridad y neoliberalismo véase *Böhm* 2013.

23 La *Comisión Interamericana de Derechos Humanos* en diversos informes relativos a la Seguridad, los sistemas penales juveniles, el punitivismo y los Derechos Humanos en América Latina ha manifestado reiteradamente que el enfrentamiento de grupos poblaciones con el pretendido objetivo de obtener seguridad tiene como consecuencia el aumento en los índices de violencia y de vulnerabilidad en los sectores poblaciones más desfavorecidos. Cfr. entre ellos "Informe sobre Seguridad Ciudadana y Derechos Humanos" (OEA/Ser.L/V/II. Doc.57, del 31.12.2009); "Justicia Juvenil y Derechos Humanos en las Américas" (OEA Ser.L/V/II. Doc.78, del 13.07.2011).

24 Véase por todos el estudio al respecto de *Zaffaroni* (2006).

25 Véase sobre los análisis de estos autores desde una perspectiva foucaultiana y con mayor detalle descriptivo, ya *Böhm* 2007; en particular sobre su utilidad para el análisis de la política criminal alemana, véase *Böhm* 2012.

Me permito detenerme brevemente en algunas expresiones de David Garland, que ilustran la idea de la securitización, aunque no se la mencione explícitamente. Garland describe el par de contradictorios "criminología del otro" (*criminology of the other*)/"criminología del sí mismo" (*criminology of the self*). La criminología del otro designa el conjunto de prácticas, discursos y mecanismos de política criminal que no se dirigen al ciudadano común, sino a aquellos que son identificados como portadores de peligro, como distintos a nosotros, como una amenaza al grupo social y, por tanto, como por fuera de ese grupo social; las medidas son en este caso de tipo expresivas y excluyentes, a través de las cuales el Estado pone de manifiesto que actúa para combatir peligros y para aislar a quienes no son aptos para la vida en sociedad[26].

Tres pasajes ponen en evidencia la directa conexión entre el sistema penal, el requerimiento de seguridad, el control social excluyente[27], y la idea de destrucción de la amenaza, que precisamente caracteriza a los procesos de securitización. David Garland no se refiere a ellos en forma explícita, pero están implícitos en su trabajo:

> "Michel Foucault (1977), en su descripción de la ejecución de Robert Damiens, mostró detallada y gráficamente qué duros solían ser los castigos como exhibición pública de un poder soberano, destinado a *reafirmar la fuerza de la ley y reactivar el mito de la soberanía*. Y no obstante John Major es más duro que Luis XV, cuando él o sus ministros adoptan la postura de ser 'duros con el delito' (*tough on criminals*), de 'condenar más y comprender menos' (*condemning more and understanding less*) (…), y cuando fomentan nuevos poderes para enviar ofensores a *boot camps* o a prisiones de máxima seguridad, o las penas perpetuas, están utilizando deliberadamente la misma *estrategia arcaica*. Una *muestra de fuerza punitiva* contra los individuos es usada para reprimir cualquier reconocimiento de la incapacidad estatal para controlar el delito y mantenerlo dentro de niveles aceptables. Una voluntad de deliberada crueldad punitiva al momento de condenar compensa mágicamente el *fracaso en la provisión de seguridad* a la población entera"[28].

Obsérvese que Garland entiende que la violencia del sistema punitivo es resultado de la inaptitud estatal para *proveer de seguridad* a la población. Me permito interpretar sus palabras a partir de la idea de seguridad integral: Si el Estado procurase la provisión positiva de seguridad en sentido amplio (salud, educación, trabajo, etc.), no se vería inclinado a atacar la amenaza que representan para él (y su soberanía) los excluidos de la sociedad. La actuación expresiva contra ellos mediante el sistema penal resulta sin lugar a dudas más expedita y simbólica que la actuación integral del Estado en procura de la Seguridad[29].

Sigue el próximo pasaje relevante:

> "Actualmente los intereses de los delincuentes condenados, cuando son contemplados, son visualizados como radicalmente *opuestos a* los del *público*. Si la opción reside entre hacer que los delincuentes estén sometidos a mayores restricciones o exponer al público a un mayor riesgo, *el sentido común actual recomienda optar por la mayor seguridad*. Como consecuencia de esto, y sin demasiada discusión, los intereses del delincuente y hasta sus derechos habitualmente no son tenidos en cuenta"[30].

En este caso el "optar por la mayor seguridad" está utilizado en el sentido de la seguridad reducida a su máxima expresión, la seguridad de la integridad física en relación con los crímenes de la calle. Optar por la mayor seguridad parece implicar automáticamente el desmantelamiento de los frenos y principios impuestos al sistema penal. La amenaza existencial que los "criminales" representan, termina justificando estas medidas extremas. Los intereses individuales de los "criminales" son opuestos a los de la sociedad en general, es decir, son tratados como ajenos a esa sociedad. Esto mismo es lo que decía Günther Jakobs cuando reconocía que "El Derecho Penal del Ciudadano es el derecho de todos, el Derecho Penal del Enemigo es el derecho de aquellos que se enfrentan al enemigo; respecto del enemigo es sólo coerción física, y llega a ser guerra (…) El derecho penal del Ciudadano mantiene la validez de la norma, el Derecho Penal del Enemigo… combate peligros"[31]. Es sin lugar a dudas un ejemplo jurídico de la *criminology of the other*, propia de las prácticas obsesionadas por la Seguridad y habilitantes de medidas extremas.

26 *Garland* 1996: *passim*.

27 Fundamental para el estudio del sistema penal como mecanismo del control social excluyente, *Cremer-Schäfer* 1995, *Cremer-Schäfer/Steinert* 2000.

28 *Garland* 1996: 460 (resaltado M.L.B.). Con la referencia a Foucault (1977) David Garland se refiere a la obra *Vigilar y Castigar*.

29 Para un análisis detallado de la idea de Seguridad en el ámbito del Estado de Derecho, y en particular con primeros desarrollos de una idea integral del concepto de Seguridad, véase *Baratta* 1998: *passim*.

30 *Garland* 2005: 294 (resaltado M.L.B.).

31 *Jakobs* 2004: 90.

Por último, unas reflexiones sobre estas medidas extremas:

> "Al igual que las sanciones premodernas de deportación o destierro, las prisiones funcionan ahora como una forma de exilio y el uso que se hace de ellas no está tan definido por el ideal de la rehabilitación como por un ideal al que Rutherford llama '*de eliminación*'"[32].

La "eliminación" de la amenaza, paso último de los procesos de securitización, está dado generalmente en las políticas de seguridad/criminales mediante el encierro-depósito, aunque otras medidas como la ejecución policial sin juicio (caso de los llamados "gatillo fácil" en diversos países latinoamericanos), o la detención y reenvío a países lejanos a fin de llevar a cabo interrogatorios ilegales también pueden colocarse en la lista. Por tomar sólo un par de casos alemanes, piénsese en el secuestro, traslado y torturas sufridos en Guantánamo por sospechosos de terrorismo finalmente encontrados inocentes[33]. La eliminación, o neutralización se da en todos estos casos, aunque no sobrevenga a muerte.

Desarrollo del proceso securitizante en el ámbito de la política criminal

De acuerdo a lo dicho en este apartado y los anteriores, los pasos de los procesos de securitización en el ámbito de la política criminal y el sistema penal pueden resumirse del siguiente modo[34]:

Primero: Definición de un objeto de referencia. Un ámbito de conflictividad social es replanteado y un determinado grupo poblacional es presentado como vulnerable y desprotegido frente a dicha conflictividad. Ejemplo: Los jóvenes frente a las drogas.

Segundo: Transformación de la conflictividad en problema político. Se construye dicha conflictividad como cuestión de relevancia política que exige la acción estatal en protección del grupo de referencia. Ejemplo: Las drogas y los delitos de venta y tráfico de drogas abandonan el ámbito de los planes locales de salud pública o de los procesos penales para transformarse en tema de debate político de relevancia partidaria.

Tercero: Alcance de una audiencia relevante. El objeto de referencia y la amenaza a la cual está expuesto son presentados ante una audiencia relevante —¡central en este paso el rol de los medios masivos de comunicación!— que resulta convencida de la vulnerabilidad del primero y de la inminencia de la segunda. Ejemplo: Se recoge, difunde y multiplica en los medios masivos de comunicación, y se instala en la discusión y en el reclamo público la necesidad de actuar frente el narcotráfico en protección de los jóvenes (y, habitualmente se expande, de la población en general).

Cuarto: Transformación del problema político en cuestión de seguridad. Luego de que la cuestión ahora de relevancia política y de interés público ha quedado suficientemente planteada, la misma se transforma (bajo la fuerza de los procesos discursivos en juego) en una cuestión de seguridad. Ya no se trata de un problema político coyuntural, sino de una situación de inseguridad que requiere acción inmediata. Ejemplo: Las actividades del narcotráfico se ven multiplicadas en los medios masivos de comunicación, en las discusiones particulares y en las presentaciones de agentes estatales, de modo que la inseguridad provocada por el narcotráfico escala en el imaginario público. Se instala la sensación de inseguridad respecto del narcotráfico.

Quinto: Transformación de la cuestión de seguridad en amenaza existencial. La escalación discursiva hace de la cuestión de seguridad un tema de vida o muerte, ya que el área a securitizarse es presentado ya no como amenaza a la seguridad de un grupo determinado, sino como verdadera amenaza existencial respecto de ámbitos más amplios de la población e incluso del Estado. Ejemplo: El narcotráfico es presentado no sólo como generador de inseguridad respecto de los jóvenes o la población general, sino que la violencia que desencadena y las estructuras criminales sobre las que se basa significarían (esto circula en los discursos políticos securitizantes) en una confrontación con el propio Estado, amenazando la existencia misma del orden institucional protector de la vida de la población.

Sexto: Habilitación de medidas excepcionales en el ámbito penal. El proceso securitizante resulta finalmente concluido cuando se reclama por parte de los agentes sociales e institucionales, en una suerte de retroalimentación discursiva, el combate de la amenaza existencial mediante la implementación de medidas excepcionales dentro del ámbito penal. Estas medidas excepciona-

32 *Garland* 2005: 292 (resaltado M.L.B.).

33 El alemán-libanés Khaled el-Masri fue secuestrado por la CIA por sospecharse su actividad como terrorista y fue trasladado a Afganistán, donde fue interrogado y torturado. Desde el 2007 se encuentra nuevamente en libertad (sobre este caso véase *Steiger* 2007). También el ciudadano de Bremen, Murat Kurnaz, estuvo detenido sin denuncia formal por más de cuatro años y fue interrogado en Guantánamo, entre otros, por funcionarios alemanes (véase al respecto el informe "Zurück aus Guantanamo" (24.08.2006), en: http://www.zeit.de/2006/35/Kurnaz (estado: 22.04.2013) (Ha habido incluso una página oficial en el sitio del *Bundestag*, la cual lamentablemente ya ha sido removida).

les pueden consistir en una nueva legislación penal o procesal penal, en nuevas prácticas institucionales, en la ampliación de facultades policiales, en una reforma constitucional, etc. Se tratará en todos los casos de medidas que habilitan una actuación más agresiva del sistema punitivo, generalmente mediante la violación de derechos y garantías reconocidos en procesos penales regulares, con miras a la neutralización de la amenaza existencial, y que cuentan con generalizado apoyo de la sociedad general. Ejemplo: A fin de combatir la amenaza existencial que el narcotráfico representa para un Estado se decide la sanción de tipos penales especiales acompañados de procesos penales especiales, habilitándose incluso la intervención de fuerzas (también especiales) para la persecución y combate directo de los sospechosos.

Estas "fases" pueden pensarse en principio como cronológicamente consecutivas, si bien es claro que en los complejos procesos discursivos político-sociales las mismas se verán frecuentemente superpuestas y entrelazadas (al menos parcialmente). La diferenciación aquí propuesta tiene fines analíticos, ya que facilita un primer esquema para evaluar si un determinado proceso político-criminal puede ser o no considerado un proceso securitización.

4. Críticas al concepto de la Seguridad en el contexto de la Securitización

Se mencionan en los estudios del *C.A.S.E. Collective* fundamentalmente tres "trampas", que son base para las críticas que se realizan a la idea de seguridad, tal como es planteada en los procesos de securitización:

a. *Despolitización*: Si bien la securitización es un proceso político, legitima prácticas que despolitizan el enfoque sobre los objetos de referencia, o sea los objetos securitizados. La despolitización se produce porque se da preferencia a enfoques coercitivos, agresivos, que no dejan lugar a la discusión política. En este contexto, la idea de política debe ser entendida en los términos expuestos por Hannah Arendt, es decir, como espacio de ejercicio de libertad[35] y no como lo hacía el jurista Carl Schmitt, quien entendía que la esencia de la política consistía en la demarcación entre el amigo y el enemigo, siendo este último aquel del que podía esperarse cualquier acto que representara una amenaza existencial[36]. Precisamente esta demarcación es la que se realiza mediante procesos de securitización y es la que en la crítica aquí reseñada se considera engañosa, puesto que traslada la discusión política a un campo discursivamente bélico, produciendo la despolitización de la temática.

b. *Insecuritización*: La despolitización conduce a la adopción de medidas de protección agresivas que provocan en la sociedad —la sociedad que deber ser protegida—, una mayor sensación de inseguridad: "tenemos que protegernos, es necesario defenderse, se necesitan medidas excepcionales…" se escucha decir a menudo en entrevistas a transeúntes sobre las medidas adoptadas. Es decir, el proceso de securitización lleva en sí mismo un proceso de insecuritización.

c. *Reproducción de la securitización*: Una tercera dificultad, tal vez más compleja que las anteriores porque se relaciona directamente con las posibilidades de identificación, estudio de los procesos de securitización y eventualmente con la resistencia desde la academia, es el hecho de que al estudiar un objeto securitizado, al destejer los hilos con los que fue securitizado, el mismo investigador queda en las manos de ese discurso, corriendo el riesgo de reproducir en forma no suficientemente deconstructiva el mismo fenómeno que pretende criticar. Ahora mismo, al analizar estas cuestiones, estamos reproduciendo y generando discusiones en torno al tema seguridad. La manera de no caer en esta "trampa", es entender el estudio del tema como base crítica para habilitar otras alternativas.

Estas tres trampas o dificultades son observadas fundamentalmente por aquellos que trabajan el concepto desde una visión foucaultiana, discursiva, de política social, y por aquellos (como la corriente de Copenhage y de Inglaterra) fusionadas e interrelacionadas en sus investigaciones con este enfoque. Sin embargo, los investigadores que siguen patrones más conservadores —si se me permite la expresión— de investigación, los *mainstream researcher*, que trabajan el tema de la securitización desde la perspectiva de las relaciones

34 Para la formulación de las distintas instancias de los procesos de securitización en el ámbito de la política criminal he tenido particularmente en cuenta ideas y comentarios que han surgido en el marco de las clases impartidas en el Programa Doctoral en Derecho Penal de la Universidad San Carlos de Guatemala en marzo de 2012. Vaya en estas líneas mi agradecimiento a los doctorandos que tan interesadamente han participado de estas discusiones.

35 *Arendt* 2002: 15 ss.

36 *Schmitt* 1963.

internacionales, las investigaciones sobre la paz (y los agentes políticos) siguen sosteniendo la necesidad y bonanza de la securitización de ciertas áreas que conllevan las intervenciones de paz en pos de la seguridad. Desde este ángulo de estudio e intervención la investigación es habitualmente muy empírica y poco discursiva. Se fomentan así intervenciones que despolitizan los conflictos aumentando el grado de violencia (impiden negociaciones, por ejemplo), que incrementan el grado de inseguridad percibido por la población a la cual se pretende proteger (la cual se ve a menudo sofocada y hasta agredida por los programas de paz[37]), y que vuelven a reproducir una y otra vez argumentos legitimantes de estas intervenciones.

5. Securitización en Alemania. Tres ejemplos

Se referirán en este apartado tres ejemplos que han tenido lugar en Alemania en los últimos años y que ponen de manifiesto la complejidad y el simbolismo existentes entre los discursos político-criminales, los discursos de seguridad y la generación normativa.

5.1. Internamiento preventivo aplicado con posterioridad a la imposición de la sentencia en el ámbito de los delitos sexuales y violentos

La medida de internamiento preventivo aplicado con posterioridad a la imposición de la sentencia (*nachträgliche Sicherungsverwahrung*) estuvo prevista en el § 66b StGB (*Strafgesetzbuch*, CP alemán) hasta el año 2011, en que fue parcialmente derogada. Esta derogación fue resultado de una sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que condenó a Alemania en diciembre del 2009 porque había aplicado una medida de seguridad que implicaba una violación del derecho a la libertad y de la prohibición de irretroactividad de la ley penal (se había aplicado la medida agravada a quienes habían sido condenados con anterioridad a la incorporación de tal agravante) establecidos en la Convención Europea de Derechos Humanos[38]. El internamiento dispuesto con ulterioridad a la sentencia era una medida que podía imponerse al condenado poco tiempo antes de darse por cumplida su pena de prisión, es decir, justo antes de que el mismo estuviese por recuperar su libertad. Se establecía la posibilidad del internamiento preventivo —inmediatamente acoplado a la pena de prisión cumplida— de quienes habían sido condenados a prisión por delitos sexuales o altamente violentos (por ej. lesiones graves, homicidios con exceso de violencia etc.), y que podía imponerse en casos en los cuales distintos factores de riesgo se hubieran puesto de manifiesto durante el tiempo de cumplimiento de la pena e indicasen la inconveniencia para la seguridad general de que el sujeto fuera dejado en libertad. Distintos factores podían ser detectados y llevar a la imposición de la medida: el comportamiento en prisión, la relación que tuviera con los agentes del servicio penitenciario, el haber rechazado un tratamiento terapéutico, etc. Es decir, no existía vínculo directo entre el hecho delictivo originario y la decisión del internamiento. La medida había nacido como medida de emergencia destinada a la defensa (*Gefahrenabwehr*) en dos Estados federales[39] y aplicada a ocho detenidos concretos, y fue luego incorporada al Código Penal (§ 66b StGB[40]). Antes de que tal incorporación en el ordenamiento común se produjera, el Tribunal Constitucional se expidió sobre la medida y señaló que la misma, en miras a la seguridad de la población, era compatible con los principios y derechos establecidos en la Constitución, según la cual, la libertad individual *y* la seguridad general debían ser igualmente considerados; Según el Tribunal, los condenados que fueran considerados altamente riesgosos de acuerdo a las circunstancias legalmente previstas, representaban una

37 Piénsese, como ejemplo extremo, el caso del soldado norteamericano que el 10 de marzo de 2012 mató a dieciséis civiles afganos de la población en que estaba asentado su grupo, sin haber existido provocación para ello. Si bien no es un patrón que puede tenerse por base de un análisis, ya que ha sido un hecho aislado como muchos otros que, de similares características, pueden tener lugar en una escuela en Alemania o en un camping en Noruega, sí es una muestra de los efectos contraproducentes que puede tener sobre la población la excesiva presencia de actores que velen por su seguridad.

38 TEDH, *M. vs. Germany*, Fallo del 17.12.2009 (Apelación individual Nro. 19359/04, M./Deutschland).

39 Mediante las siguientes leyes: *Bayerische Gesetz zur Unterbringung von besonders rückfallgefährdeten hochgefährlichen Straftätern (BayStrUBG) vom 24. Dezember 2001* (Ley de Bavaria sobre el internamiento de infractores de alta peligrosidad en especial situación de riesgo de reincidencia); y la *Gesetz des Landes Sachsen-Anhalt über die Unterbringung besonders rückfallgefährdeter Personen zur Abwehr erheblicher Gefahren für die öffentliche Sicherheit und Ordnung (UnterbringungsG-UBG) vom 6. März 2002* (Ley del Estado de Sajonia Anhalt sobre el internamiento de personas en especial situación de riesgo de reincidencia con el fin de la defensa de peligros severos para la Seguridad y el Orden públicos).

40 Mediante la ley: *Gesetz zur Einführung der nachträglichen Sicherungsverwahrung* del 23.07.2004 (BGBl. I, p. 1838) (*Ley para la incorporación del internamiento preventivo impuesto con ulterioridad*).

amenaza concreta para la población[41]. Distintos casos de violencia sexual que habían tenido lugar poco antes de la discusión de esta medida en el Parlamento dieron estado público y una alta presencia mediática al tema, lo cual movilizó la producción de las leyes de emergencia primero, la sentencia del Tribunal Contitucional después, y finalmente la sanción de la nueva medida de seguridad, como respuesta insoslayable a la necesidad de aumento de la seguridad general. De no haber sido por la intervención del Tribunal Europeo de Derechos Humanos[42], el ámbito de los delitos sexuales y altamente violentos continuaría securitizado mediante esta medida de internamiento preventivo pretendidamente excepcional, en una forma palmariamente violatoria de los principios *ne bis in idem*, de irretroactividad de la ley penal y de culpabilidad, entre varios otros[43].

5.2. Vigilancia acústica domiciliaria en el ámbito del crimen organizado.

La vigilancia acústica domiciliaria (*akustische Wohnraumüberwachung*) había sido originariamente habilitada como medida preventiva en casos de peligro inminente para la seguridad de la población, es decir en estado de necesidad; y fue luego extendida y habilitada como instrumento de investigación en el proceso penal en 1998. La reforma de la ley procesal requirió una previa reforma de la Constitución (realizada conjuntamente, en realidad, con mayoría calificada al momento de la votación), a fin de que se estableciesen ya en el texto constitucional excepciones a la garantía de la inviolabilidad del domicilio, prevista en su artículo 13[44]. Se consideró que el peligro inminente representado por el crimen organizado exigía la adopción de esta medida excepcional. Sin embargo, dado que en Alemania no existe el tipo penal "crimen organizado", la medida procesal quedó legislada para la persecución penal en el caso de casi cien figuras penales diferentes. Dada la vaguedad y amplitud misma del concepto "crimen organizado" debieron ser considerados numerosos tipos penales que podrían verse involucrados en la forma "organizada" del crimen. Tanto la reforma procesal como la ley que reformó la Constitución fueron llevadas ante el Tribunal Constitucional, quien declaró inconstitucionales varias de las disposiciones de la reforma de la ley común (procesal), por entender que la forma y casos para los cuales se regulaba dicha vigilancia no aseguraban la protección del ámbito personal de mayor intimidad del individuo[45]. Se impuso un plazo al legislador para una reformulación de la ley, lo cual el legislador cumplió en debido tiempo y forma[46]. El Tribunal consideró en su sentencia, sin embargo, que la ley por la cual se reformaba el art. 13 de la Constitución era acorde con los principios generales de la Constitución, ya que una debida interpretación de la garantía de inviolabilidad del domicilio no impide que el mismo (como espacio físico) sea vigilado acústicamente, sino que sólo impide la intervención estatal respecto de las conductas que se desarrollan en su interior que corresponden al ámbito de mayor intimidad del sujeto —distinción que generó una fuerte discusión entre teóricos y prácticos respecto de cómo implementarla en la práctica—. La inviolabilidad del domicilio por tanto se relativizó y el domicilio devino violable. La diversidad y número de supuestos en que las escuchas domiciliarias son posibles implican una ampliación significativa de las facultades investigativas del Estado —no ya sólo para prevenir peligros inminentes, sino incluso para investigar a sus habitantes— durante el proceso penal, y esto con el fundamento de que no son los ciudadanos los que están siendo investigados, sino "el crimen organizado", que amenaza a la seguridad general, al Estado de Derecho, a la población obediente de la ley, etc. Que

41 BVerfGE 109, 190, Fallo del 10.02.2004.

42 La mencionada sentencia motivó una nueva sentencia del Tribunal Constitucional alemán, que llevó finalmente a la decisión de derogación de la medida. La nueva sentencia del Tribunal Constitucional: Decisión del Tribunal Constitucional alemán del 4.05.2011 (BVerfG, 2 BvR 2365/09 vom 4.5.2011, Absatz-Nr. (1 - 178), http://www.bverfg.de/entscheidungen/rs20110504_2bvr236509.html). A aquella sentencia del TEDH, siguieron a su vez dos más, en igual sentido: Fallos TEDH del 13.01.2011 y del 19.04.2012.

43 Para una profundización de la genealogía de esta medida así como de los argumentos esgrimidos en su favor por el Tribunal Constitucional y por los parlamentarios, así como para el análisis de los mismos véase *Böhm* 2011, *Böhm* 2012. Una revisión del estado actual de la legislación —confusa y aún no definida— respecto de las medidas de seguridad luego de las diversas sentencias y modificaciones legislativas es ofrecido por la revista *Strafverteidiger* (4/2013, pp. 227-258), en su *Dokumentation* sobre el *StV-Symposion "Sicherungsverwahrung"* realizado el 12 de octubre de 2012.

44 La reforma constitucional se realizó mediante la *Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes (Artikel 13)* (BGBl. I 610 v. 26.03.1998) del 26.03.98 (BGBl I 98, 610) (Ley para la reforma del art. 13 de la Constitución); y la reforma procesal común mediante la *Gesetz zur Verbesserung der Bekämpfung der Organisierten Kriminalität* del 4.05.1998 (BGBl. I 845) (Ley para el mejoramiento de la lucha contra el crimen organizado). Mediante esta reforma fueron modificados los §§100c, 100d, 100f y 101 del StPO (*Strafprozessordnung,* Código Procesal Penal alemán).

el crimen organizado devino en amenaza existencial quedó suficientemente dicho en las discusiones parlamentarias, en las cuales se explicó que esta medida es necesaria ahora y no lo fue antes, durante el tiempo de la Alemania dividida o de la actividad de la Fracción del Ejército Rojo (RAF), por ejemplo, porque antes "no se lavaba tanto dinero como ahora", o no se encontraba la población enfrentada con las "bandas rumanas"[47]. Dado que el crimen organizado es una amenaza existencial, le corresponden a criterio de los legisladores y del Tribunal Constitucional —vía penal— reglas especiales en miras a la protección de la población. Este es así otro ámbito que se vio securitizado[48].

5.3. Tipificación penal de actos de preparación en el ámbito del terrorismo.

En el ámbito de la "lucha" contra el terrorismo (observemos la terminología bélica instalada en el ámbito penal) puede mencionarse un ejemplo relativamente reciente del ámbito alemán en que la ambición securitizante se filtra en el sistema penal. La *Ley para la persecución de la preparación de actos violentos graves que pongan en peligro al Estado*[49] tipifica dos nuevas figuras penales: El § 89a StGB: Preparación de un acto violento grave que ponga en peligro al Estado (*Vorbereitung einer schweren staatsgefährdenden Gewalttat)* y el § 91 StGB: Instrucción para la comisión de un acto violento grave que ponga en peligro al Estado (*Anleitung zur Begehung einer schweren staatsgefährdenden Gewalttat)*. Se trata en ambos casos del adelantamiento de la punibilidad, es decir, ya no de la sanción de injusto y culpabilidad, sino de la prevención de una amenaza.

Peter Rackow[50] criticó pronta y duramente esta reforma por entender que puede definirse en forma totalmente arbitraria cuándo efectivamente existió la preparación típica. En un pasaje cita los propios fundamentales de la ley y analiza la gravedad de tal ambigüedad. Los fundamentos rezan con respecto al § 89a Apartado 1:

> "Generalmente la seguridad interior va a verse afectada cuando el hecho preparado, tal como se lo imagina el autor, en esas circunstancias sería apto para afectar las mallas internas del Estado. En tal sentido es suficiente cuando mediante el hecho tal vez no se vean perjudicadas la capacidad de funcionamiento del Estado y sus instituciones, sino que el hecho adquiera un carácter particular por llevar en su seno la violación de los principios constitucionales. Este puede ser por ejemplo el caso, cuando la confianza de la población se ve sacudida en cuanto a poder ser protegida por el Estado frente a conmociones de gravedad"[51].

Sobre estos fundamentos, reflexiona Rackow: "Así que se debe extraer del potencial de impacto del acto preparado —¡y esto de acuerdo a la imaginación del autor de la preparación!—, si ya su preparación 'afecta' la seguridad interior". En este sentido, para quienes en todo esto extrañan un poco el comentario dogmático, se ha hecho la diferenciación entre los *tipos penales de peligro* y estos *tipos penales de preparación*, diciendo que en el primer caso depende de la "casualidad" si la acción se concreta en algún daño o no, mientras que en la segunda variante, el bien jurídico en realidad nunca estuvo en peligro en forma directa, ya que sólo el potencial autor decide, cuándo y si va a dar el paso hacia la comisión del hecho. Lo que sin lugar a dudas queda claro con este ejemplo, es el indudable avance del discurso securitizante en el derecho penal alemán, desde que el terrorismo es entendido como amenaza existencial que —con el apoyo de una audiencia que reclama su protección— exige la habilitación y adopción de medidas (supuestamente) excepcionales. El tipo penal que pretende prevenir afectaciones de la seguridad interior que ni siquiera han sido puestas en marcha es un llamado de atención que no puede desoírse.

6. Procesos de securitización en América

En este apartado se realiza una breve enunciación —no análisis— de casos que tienen lugar en distintos contextos del ámbito americano y que podrían entenderse como ejemplos de procesos securitizantes, ya exitosos o aún en curso. Sin duda se trata de procesos comple-

45 Decisión del Tribunal Constitucional alemán del 3.03.2004, BVerfG 109, 279 (BVerfG 2378/98).

46 Se sancionó así la *Gesetz zur Umsetzung des Urteils des Bundesverfassungsgerichts vom 3. März 2004* del 24.06.2005 (BGBl. I 1841) (Ley para la implementación de la Decisión del Tribunal Constitucional del 3 de marzo de 2004).

47 Cfr. sesión plenaria del Bundestag BT-Sitzung 13/214 v. 16.01.1998, p. 19531.

48 Para una profundización de la genealogía de esta medida así como de los argumentos esgrimidos en su favor por el Tribunal Constitucional y por los parlamentarios, así como para el análisis de los mismos véase *Böhm* 2011, *Böhm* 2012.

49 *Gesetz zur Verfolgung der Vorbereitung von schweren staatsgefährdenden Gewalttaten* vom 30. Juli 2009 (BGBl. I, 49, p. 2437).

50 *Rackow* 2010: 615 s.

51 Cfr. Proyecto de ley: BT-Drucksache 16/11735, p. 12, disponible como documento parlamentario en: http://dip21.bundestag.de/dip21/btd/16/117/1611735.pdf (estado al 22.04.2013).

jos cuyo análisis particular excede el marco del presente texto, pero que requieren nuestra atención de inmediato y que ameritan un estudio exhaustivo en miras a diseñar eventuales mecanismos de resistencia, fundamentalmente por parte de los agentes del sistema penal y los estudiosos del derecho penal. No debe olvidarse que, incluso desde la academia penal, estas cuestiones deben ser politizadas más allá del mero análisis dogmático. De lo contrario, como advertía el *C.A.S.E. Collective*, corremos el riesgo de dejar en manos del discurso de la lucha la decisión de las futuras políticas criminales.

6.1. La cuestión mapuche en Chile

En Chile las comunidades originarias están siendo perseguidas con legislación especial por entender que al reclamar por sus derechos sobre sus tierras (en algunos casos en forma violenta mediante incendios o destrucción de propiedad) representan una amenaza al Estado chileno y su Seguridad. Actualmente se aplica la Ley Antiterrorista 18.314 de 1984 (que ha sufrido posteriores modificaciones) como instrumento de persecución y criminalización de la protesta que los mapuches levantan contra la expropiación de sus tierras. Así, el pueblo mapuche es presentado como amenaza que exige la aplicación de medidas excepcionales tendientes a neutralizar esa amenaza, y esto mediante un sistema penal que resulta violatorio de las más básicas garantías procesales (se viola el *ne bis in idem*, se viola la prohibición de tribunales especiales, se viola el principio de igualdad, etc.). El 19 de agosto de 2011 la Comisión Interamericana de Derechos Humanos presentó ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos el caso —aún en trámite— de la aplicación de la Ley Antiterrorista contra activistas mapuches, por entenderla discriminatoria contra este pueblo debido a la aplicación selectiva de la legislación penal especial[52].

6.2. La inmigración "ilegal" en los EE.UU.

En Estados Unidos estos procesos de securitización han justificado la criminalización de los inmigrantes indocumentados (y de todo aquel que quiera prestarle apoyo en su integración social) como medio de defensa ante la inmigración "ilegal" en EE.UU. En este sentido pueden mencionarse las leyes de Arizona[53] y la ley anti-inmigración de Alabama, conocida como "HB 56", de junio de 2011, que prohíbe y criminaliza la asistencia que puedan prestar a inmigrantes ilegales en ese Estado las instituciones educativas, posibles empleadores, así como la realización de contratos, el traslado en auto-stop, etc., siempre que hubiera sido factible advertir que se trataba de un inmigrante "ilegal", es decir, en todos los casos de personas con rasgos físicos determinados y la apariencia de una situación socioeconómica precaria[54].

En un artículo breve, tan elocuente como profundo, *Neoyorquinos al exilio*, el sociólogo David Brotherton[55] relata de principio a fin una audiencia ante una Corte de Inmigración en que debe decidirse la deportación de un joven dominicano que vivió toda su vida en Nueva York junto a toda su familia. La familia pasó por engaños, ya que al joven se le prometió que sólo estaría detenido tres años, en lugar de quince, si reconocía haber intentado robar a un panadero, con quien se había peleado a golpes estando borracho, y sin embargo se entera recién luego de dos años de encierro que a la prisión sigue la deportación. Las leyes sólo habilitan suspender la deportación si el deportado se enfrenta a sufrir torturas en el país al que se lo envía (torturas entendidas —como explica el juez— en el exclusivo sentido de, por ejemplo, arrancar uñas o dar schocks eléctricos en los testículos). Estos procesos ponen de manifiesto lo que Brotherton llama "características invasivas del Estado de seguridad en la época actual"[56], y

52 *Caso No. 12.576, Norín Catriman y otros (Lonkos, dirigentes y activistas del pueblo indígena Mapuche), Chile. Sobre la criminalización de las demandas del pueblo mapuche véase el Informe Final del proyecto dirigido por la Profesora Dra. Myrna Villegas Díaz, "Derecho penal del enemigo y la criminalización de las demandas mapuche", disponible online: <http://www.cienciaspenales.net/descargas/idp_docs/doctrinas/derecho%20penal%20del%20enemigo%20y%20criminalizacion%20de%20las%20demandas%20mapuche.pdf> (estado 22.04.2013).*

53 *State of Arizona Senate Forty-ninth Legislature Second Regular Session 2010 SENATE BILL 1070*, conocida como la "SB 1070". La Corte Suprema de EE.UU. declaró inconstitucional algunos aspectos de la ley y redujo su ámbito de aplicación por considerar que las cuestiones migratorias deben estar a cargo de legislación y agentes federales, y no estaduales. La posibilidad de detención de acuerdo al "olfato" policial en cuanto a si una persona es o no inmigrante indocumentado, sigue sin embargo vigente. Cfr. *Arizona v. United States*, No. 11-182, sentencia del 25 de junio de 2012.

54 *House Bill 56 Beason-Hammon Alabama Taxpayer and Citizen Protection Act*, del 9 de junio de 2011. El 18 de mayo de 2012 se aprobaron por *HB658, Act 212-491* (estadual) cambios que clarifican la original formulación de la Ley, la cual mantiene sin embargo el mismo espíritu excluyente.

55 *Brotherton* 2007.

56 *Brotherton* 2007: 283.

lo que se viene exponiendo como procesos discursivos de securitización: la inmigración pasa de ser una temática propia del ámbito social, a ser un problema político, y de allí, a ser presentado y aceptado como una amenaza existencial para la seguridad de los EE.UU., la cual (mediante exitosos procesos discursivos) termina exigiendo y habilitando la aplicación de medidas excepcionales.

6.3. Los procesados en Ecuador

En Ecuador, el ejemplo lo provee la reforma que se puso en marcha a favor de la extensión indeterminada de los plazos de prisión preventiva, como medida de seguridad y medio de defensa ante el crimen. La primera pregunta del Referendo llevado a cabo en Ecuador el 7 de mayo de 2011 establecía en su primera parte:

> "1. ¿Está usted de acuerdo en enmendar el numeral 9 del artículo 77 de la Constitución, incorporando un inciso que impida la caducidad de la prisión preventiva cuando ésta ha sido provocada por la persona procesada y que permita sancionar las trabas irrazonables en la administración de justicia por parte de juezas, jueces, fiscales, peritos o servidores de órganos auxiliares de la función judicial, como se establece en el anexo 1?".

En la parte pertinente del anexo 1 se establece: "La orden de prisión preventiva se mantendrá vigente si por cualquier medio la persona procesada ha evadido, retardado, evitado o impedido su juzgamiento mediante actos orientados a provocar su caducidad." Mientras que la segunda parte de la pregunta no genera mayores reparos, sí lo hace la primera por medio de la cual, dado que el resultado del referendo ha sido positivo para esta pregunta, la detención de las personas procesadas —no condenadas— pasaría a tener una limitación temporal poco precisa —el límite no está establecido en el referendo, ni en el anexo, ni en las leyes aludidas—. Dados los lentos tiempos de los sistemas judiciales latinoamericanos y siendo que es sencillo atribuir al procesado detenido la responsabilidad por el retardo en la administración de justicia (cualquier petición puede ser entendida como dilación), se trataría de una extensión ilegítima (medida excepcional) de la privación de la libertad de personas sobre las cuales vale (o debería valer) la presunción de inocencia. Los procesados están siendo vistos como amenazas a la seguridad que exigen una modificación incluso constitucional, a fin de neutralizar los potenciales males que los mismos pudieran causar. El público, la sociedad en general, que votó por el sí a esta extensión, está (o fue) convencido de que la extensión de los plazos de la prisión preventiva y el que la misma funcione más como regla que como excepción, es una medida necesaria para disminuir la inseguridad. Si bien la enmienda constitucional no llegó a concretarse de esta manera, por lo que el proceso de securitización no fue exitoso, es indudable que se trató de lo que Buzan, Waever y de Wilde llamarían una *movida securitizante*.

6.4. El narcotráfico en México

En México se han desplegado en los últimos años distintos programas destinados al combate del narcotráfico, entre ellos, la militarización de las funciones policiales, con intervención directa del Ejército[57], lo cual ha acarreado la casi sistemática violación de derechos fundamentales, dado que el ejército no está entrenado para tratar con la población civil, sino para defenderla de sus enemigos. Así, parte de la población se ve afectada por los procederes y operativos militares que la tienen como destinataria, precisamente como enemiga[58]. La medida excepcional de utilización de efectivos militares para el control y la lucha contra el narcotráfico no sólo fue plasmada legislativamente[59], sino que cuenta incluso con aceptación de la Suprema Corte[60].

Así, nuevamente se observa que un específico ámbito de conflictividad social es construido como amenaza existencial requirente de medidas excepcionales que, sin embargo, son incorporadas al ordenamiento regular mediante los canales habituales previstos institucionalmente en el Estado de Derecho.

6.5. La violencia de género en Guatemala

El 9 de abril de 2008 el Congreso de la República de Guatemala sancionó la *Ley contra el Femicidio y otras*

57 Cfr. a modo de ejemplo la nota "Refuerzan con 350 militares combate al narcotráfico en Guerrero" (14.01.2013), disponible en < http://www.provincia.com.mx/2013/01/refuerzan-con-350-militares-combate-al-narcotrafico-en-guerrero/> (estado al 22.04.2013), con mayores referencias.

58 Sobre esta problemática y la violación de derechos fundamentales por parte del ejército en actuación policial cfr. *Pérez González* 2011, con más referencias, así como *Azzolini* 2012, *passim*, quien analiza estas medidas en el marco de las tendencias punitivistas y securitizantes de la política criminal mexicana.

59 Cfr. por ejemplo la *Ley de Seguridad Nacional*, del 31 de enero de 2005.

60 Jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, publicada en marzo de 1996, XXIX/96.

Formas de Violencia Contra la Mujer[61]. Mediante esta ley se tipifica la figura penal del femicidio[62] para la cual se prevé una pena de prisión de veinticinco a cincuenta años y se dispone que "[al condenado] no podrá concedérsele la reducción de la pena por ningún motivo. Las personas procesadas por la comisión de este delito no podrán gozar de ninguna medida sustitutiva." También se tipifica el delito de violencia contra la mujer[63] para el cual se prevé una escala penal de cinco a doce años de prisión en los casos de violencia física o sexual, y de prisión de cinco a ocho años para los casos de violencia psicológica. La tercera figura penal incorporada es la de violencia económica, para la que se prevé también una pena de prisión de entre cinco y ocho años[64]. Se trata en todos los casos de delitos de acción pública (art. 5), es decir, que incluso en los casos de investigación de lesiones, por ejemplo, la mujer no cuenta con la posibilidad de detener el proceso iniciado por ella —o por alguna otra persona en su favor—. En el contexto de un país latinoamericano con fuerte tradición machista, se ha considerado que mediante esta ley se podrá brindar seguridad al género femenino mediante el establecimiento de un régimen penal especial para los hombres prácticamente en cualquier situación en que la perjudicada sea una mujer. No sólo las figuras penales son extremadamente ambiguas en violación del principio de legalidad, sino que el marco procesal e institucional se ha montado con la pretensión de que la amenaza representada por el género masculino pueda ser efectivamente neutralizada. Así, el *Protocolo Interinstitucional para la aplicación de la Ley* establece en su artículo 5.2:

> "En este tipo de procesos debe considerarse la prisión preventiva como necesaria en contra del imputado. Tomando en consideración: la gravedad del hecho concreto, la evaluación del riesgo de la víctima, la agresividad del imputado, siendo que la violencia es un acto repetitivo con distintas manifestaciones. Lo anterior, para evitar que los agresores pretendan modificar, ocultar, suprimir o falsificar elementos de prueba, utilizando todos los medios económicos, amenazas e intimidación a su disposición; así como la influencia que puede tener respecto a testigos y familia, así con la misma mujer violentada".

La imposición de la prisión preventiva (medida cautelar excepcional) deviene por lo tanto en regla en el caso de los procesos por violencia contra la mujer. Ya

61 Decreto Número 22-2008.

62 Artículo 6. Femicidio. Comete el delito de femicidio quien, en el marco de las relaciones desiguales de poder entre hombres y mujeres, diere muerte a una mujer, por su condición de mujer, valiéndose de cualquiera de las siguientes circunstancias: a. Haber pretendido infructuosamente establecer o restablecer una relación de pareja o de intimidad con la víctima; b. Mantener en la época en que se perpetre el hecho, o haber mantenido con la víctima relaciones familiares, conyugales, de convivencia, de intimidad o noviazgo, amistad, compañerismo o relación laboral; c. Como resultado de la reiterada manifestación de violencia en contra de la víctima; d. Como resultado de ritos grupales usando o no armas de cualquier tipo; e. En menosprecio del cuerpo de la víctima para satisfacción de instintos sexuales, o cometiendo actos de mutilación genital o cualquier otro tipo de mutilación; f. Por misoginia; g. Cuando el hecho se cometa en presencia de las hijas o hijos de la víctima; h. Concurriendo cualquiera de las circunstancias de calificación contempladas en el artículo 132 del Código Penal. La persona responsable de este delito será sancionada con pena de prisión de veinticinco a cincuenta años, y no podrá concedérsele la reducción de la pena por ningún motivo. Las personas procesadas por la comisión de este delito no podrán gozar de ninguna medida sustitutiva.

63 Artículo 7. Violencia contra la mujer. Comete el delito de violencia contra la mujer quien, en el ámbito público o privado, ejerza violencia física, sexual o psicológica, valiéndose de las siguientes circunstancias: a. Haber pretendido, en forma reiterada o continua, infructuosamente, establecer o restablecer una relación de pareja o de intimidad con la víctima; b. Mantener en la época en que se perpetre el hecho, o haber mantenido con la víctima relaciones familiares, conyugales, de convivencia, de intimidad o noviazgo, amistad, compañerismo o relación laboral, educativa o religiosa; c. Como resultado de ritos grupales usando o no armas de cualquier tipo; d. En menosprecio del cuerpo de la víctima para satisfacción de instintos sexuales, o cometiendo actos de mutilación genital; e. Por misoginia. La persona responsable del delito de violencia física o sexual contra la mujer será sancionada con prisión de cinco a doce años, de acuerdo a la gravedad del delito, sin perjuicio de que los hechos constituyan otros delitos estipulados en leyes ordinarias. La persona responsable del delito de violencia psicológica contra la mujer será sancionada con prisión de cinco a ocho años, de acuerdo a la gravedad del delito, sin perjuicio de que los hechos constituyan otros delitos estipulados en leyes ordinarias.

64 Artículo 8. Violencia económica. Comete el delito de violencia económica contra la mujer quien, dentro del ámbito público o privado, incurra en una conducta comprendida en cualquiera de los siguientes supuestos: a. Menoscabe, limite o restrinja la libre disposición de sus bienes o derechos patrimoniales o laborales; b. Obligue a la mujer a suscribir documentos que afecten, limiten, restrinjan su patrimonio o lo pongan en riesgo; o que lo eximan de responsabilidad económica, penal, civil o de cualquier otra naturaleza; c. Destruya u oculte documentos justificativos de dominio o de identificación personal, o bienes, objetos personales, instrumentos de trabajo que le sean indispensables para ejecutar sus actividades habituales; d. Someta la voluntad de la mujer por medio del abuso económico al no cubrir las necesidades básicas de ésta y la de sus hijas e hijos; e. Ejerza violencia psicológica, sexual o física sobre la mujer, con el fin de controlar los ingresos ó el flujo de recursos monetarios que ingresan al hogar. La persona responsable de este delito será sancionada con prisión de cinco a ocho años, sin perjuicio de que los hechos constituyan otros delitos estipulados en leyes ordinarias.

sea que se trate de lesiones o de obligación de suscripción de documentos… en todos los casos debe contarse con la alta probabilidad de imposición de la prisión preventiva. Los hombres se han transformado por imperio de la ley en una amenaza generalizada para las mujeres. Las diferencias y la violencia de género se vio así securitizada, contando esta medida con el apoyo social fundamentalmente del grupo de referencia que está siendo pretendidamente protegido[65].

6.6. La criminalización de niños y jóvenes en Argentina

En Argentina estuvieron bajo estudio diversos proyectos de ley por medio de los cuales se proponía bajar la edad de punibilidad, es decir, la edad a partir de la cual una persona puede ser llevada ante el sistema penal. De acuerdo a tales proyectos, ya no desde los dieciséis sino que desde los catorce años los niños y jóvenes deberían ser pasibles de ser condenados. El fundamento de tales propuestas reside en que debido al aumento de la criminalidad y la violencia ejercida por los jóvenes —cada vez más jóvenes— es imperioso que los mismos puedan ser sometidos a un proceso penal, es decir, sancionatorio, y no meramente tutelar. La población se siente amenazada por los adolescentes violentos y requiere que se responda a ellos con el sistema penal y el encierro[66]. Presentar a los niños y los jóvenes "violentos", generalmente marginales, como amenaza existencial para el resto de la población es sin duda mucho más sencillo que aceptar y actuar respecto de las carencias a que tales niños y jóvenes se ven generalmente enfrentados. Esto último implica asumir que el Estado no está debidamente presente en el momento adecuado generando seguridad en forma integral (educativa, sanitaria, alimentaria etc.), positivamente; e implica a la vez dejar de reducir (mediante procesos políticos discursivos) la necesidad de su acción al combate de la inseguridad, negativamente. Los procesos de securitización, sin embargo, tienen esa fuerza ilocutiva innegable, que ha hecho de la problemática de la juventud *al margen* una cuestión de amenaza hacia el centro de la población. Aquí también, como en casos anteriores, se trató de una *movida securitizante* que no llegó a concluirse en un proceso de securitización exitoso —al menos no todavía—.

7. Conclusiones

Los procesos de securitización llevados a cabo mediante la sanción de leyes que, con base en pretendidas situaciones excepcionales de peligro, establecen regímenes especiales y habilitan medidas excepcionales, se encuentran hoy en día, como se pudo ver, en los más variados ámbitos. Históricamente ha existido la identificación de un "enemigo" como paso previo a una reforma o creación jurídico-penal que habilita el avance del poder punitivo respecto de ciertos ámbitos, actividades, grupos poblaciones, etc. De un tiempo a esta parte la particularidad radica en que esa previa identificación está regida por el discurso y los términos de una pretendida seguridad, y que una vez identificada "la amenaza", ya no sólo es perseguida con el sistema penal, sino que es combatida como amenaza existencial aún más allá del tradicional sistema penal. Fue explicado que en los procesos de securitización de acuerdo a la necesidad y la conveniencia política en cada contexto espacio-temporal, se presenta un determinado grupo poblacional (objeto de referencia) como amenazado por otro grupo, el que debe ser neutralizado mediante medidas excepcionales. La medida excepcional, sin embargo, si bien es tal en tanto resulta ser un régimen especial, no lo es desde que en la mayoría de los casos no se trata de leyes temporal y territorialmente limitadas, sino de reformas que se introducen en los ordenamientos legales y hasta constitucionales. La obsesión securitizante facilita los argumentos tanto en los fundamentos legislativos, como en las decisiones judiciales y en los controles de constitucionalidad. Y de esta manera ya no sólo algunos ámbitos o fenómenos sociales son securitizados, sino que el sistema penal y el Estado de Derecho mismo terminan siendo dóciles mecanismos al servicio de su propia securitización —actúan punitivamente a fin de conservarse a sí mismos—.

Con esta crítica no se pretende negar el alto grado de violencia que se pone de manifiesto, por ejemplo, en los delitos sexuales, en los crímenes "de género", en la interacción de las "pandillas" y las "maras" entre sí y con el resto de la población, ni se pretende defender el modo muchas veces agresivo de protesta del pueblo mapuche o las graves consecuencias de las actividades económicamente perjudiciales del así llamado "crimen organizado", etc. Más bien lo que se quiere resaltar con

65 Para una profundización y análisis crítico de esta legislación véase *Böhm/Jáuregui* 2013, *passim*.

66 Los proyectos legislativos pueden consultarse en el sitio web del Congreso de la Nación (http://www.diputados.gov.ar/). Sobre esta discusión y brindando argumentos en contra de la baja de la edad de punibilidad véase *Universidad del Comahue* 2011.

la aplicación del concepto de la securitización a estos casos, es que la construcción discursiva de ámbitos de peligro, y su instalación en la discusión pública como cuestiones de seguridad y amenaza existencial que debe ser combatida exclusivamente mediante un régimen penal excepcional, es un proceso securitizante que anula la posibilidad de avance sobre esta problemática desde otras perspectivas Se provoca así la pérdida de legitimidad de toda medida penal regular, que aparece ahora como superflua, así como la pérdida de confianza en toda iniciativa de acción alternativa que no lleve el sello del discurso combativo.

Seguridad es un concepto amplísimo, y difuso. Pretender alcanzar *algo así como* seguridad postulando la intervención agresiva del sistema penal en ámbitos concretos puede ser una técnica redituable políticamente a corto plazo, pero es sin duda a largo plazo una estrategia socialmente nociva y jurídico-penalmente autodestructiva.

BIBLIOGRAFÍA

Arendt, Hannah (2002), *Denktagebuch - 1950 bis 1973* (recop. por Ursula Ludz e Ingeborg Nordmann), München: Piper

Austin, John L. (1962), *How To Do Things With Words*, Oxford: Clarendon (Edición en castellano: *Cómo hacer cosas con palabras*, Barcelona: Paidós, 1982)

Azzolini Bincaz, Alicia (2012), El sistema penal de la inseguridad - Especial referencia al derecho penal mexicano, en: *Boletín Semestral GLIPGö* Nro. 4 (julio-diciembre 2012), 2-10

Bauman, Zygmunt (1999): *In Search of Politics*, Oxford: Polity Press

Baratta, Alessandro (1998): Entre la política de seguridad y la política social en países con grandes conflictos sociales y políticos, en: *El Cotidiano*, 2-24

Beck, Ulrich (1986): *Risikogesellschaft. Auf dem Weg in eine andere Moderne*, Frankfurt a.M.: Suhrkamp (Edición en castellano: *La Sociedad del Riesgo. Hacia una nueva Modernidad*, 1998, Barcelona: Paidós)

Beck, Ulrich (1988): *Gegengifte. Die organisierte Unverantwortlichkeit*, Frankfurt a.M.: Suhrkamp

Beck, Ulrich (2000): Risk Society Revisited: Theory, Politics and Research Programmes" en: Barbara Adam/Ulrich Beck/Joost Van Loon (comps.): *The Risk Society and Beyond. Critical Issues for Social Theory*, London [u.a.]: Sage, 211-229

Böhm, María Laura (2006): Sicherheitskriminologie. Freiheitskriminologie, en: Rebekka Heinrich/Juleka Schulte Ostermann (comps.): *Im Gespräch. Zur Aktualität der Kriminologie. Tagungsband. Praxis, Forschung, Kooperation. Gegenwärtige Tendenzen in der Kriminologie*, Frankfurt: Verlag für Polizeiwissenschaft, 233-251

Böhm, María Laura (2007): Políticas Criminales Complementarias. Una perspectiva biopolítica, en: *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal. Colección Criminología, teoría y praxis* (Ad Hoc), N° 4, 69-106 (reimpresión en Perú: *Anuario de Derecho Penal Económico y de la Empresa* 1/2011, 159-180)

Böhm, María Laura (2011): *Der 'Gefährder' und das 'Gefährdungsrecht' - Eine rechtssoziologische Analyse am Beispiel der Urteile des Bundesverfassungsgerichts über die nachträgliche Sicherungsverwahrung und die akustische Wohnraumüberwachung*, Göttingen: Universitätsverlag Göttingen

Böhm, María Laura (2012): El *ente insecuritas* y la inseguridad del derecho penal - Reflexiones a partir del caso alemán, en: *Revista de Derecho Penal y Criminología* (dir. Eugenio Raúl Zaffaroni), Año 2, Nro. 3 (abril), 156-180

Böhm, María Laura (2013 - en edición): Políticas de Seguridad y Neoliberalismo, admitido para su publicación en: Armando Fernández Steinko (comp.), *Crimen, finanzas y globalización*, Madrid: Centro de Investigaciones Sociológicas

Böhm, María Laura/Jáuregui, Hugo (2013 - en edición): Ley guatemalteca contra el femicidio y otras formas de violencia contra la mujer-Consideraciones críticas, admitido para su publicación en: *Boletín Semestral GLIPGö* Nro. 5 (enero-junio 2013)

Brotherton, David (2007): Newyorkinos al exilio, en: María Laura Böhm/Mariano H. Gutiérrez (comps.), *Políticas de Seguridad. Peligros y desafíos para la criminología del nuevo siglo*, Buenos Aires: Editores del Puerto, 267-286

Buzan, Barry/Waever, Ole/de Wilde, Jaap (1998): *Security: A New Framework for Analysis*, Boulder, CO: Lynne Riener

C.A.S.E. Collective (2006): Critical Approaches to Security in Europe: A Networked Manifesto, en: *Security Dialogue* vol. 37(4), 443-487

Cremer-Schäfer, Helga (1995): Einsortieren und Aussortieren: Zur Funktion der Strafe bei der Verwaltung der sozialen Ausschließung, en: *Kriminologisches Journal* 27, 89-119

Cremer-Schäfer, Helga/Steinert, Heinz (2000): Soziale Ausschließung und Ausschließungs-Theorien: Schwierige Verhältnisse, en: Helge Peters (comp.): *Soziale Kontrolle. Zum Problem der Normkonformi-*

tät in der Gesellschaft, Opladen: Leske + Budrich, 43-64

Feeley, Malcolm/Simon, Jonathan (1992): The New Penology: Notes on the Emerging Strategy of Corrections and Its Implications, in: *Criminology* 30, 449-474 (Edición en castellano: La nueva penología: notas acerca de las estrategias emergentes en el sistema penal y sus implicaciones, en: *Delito y Sociedad*, Año 6, Nro. 24, 2008, 33-58)

Feeley, Malcolm/Simon, Jonathan (1994): Actuarial Justice. The Emerging New Criminal Law, in: David Nelken (comp.): *The Futures of Criminology*, London [et al.]: Thousand Oaks, 173-201

Garland, David (1996): The Limits of the Sovereign State: Strategies of Crime Control in Contemporary Society, en: *British Journal of Criminology* 36(4), 445-471

Garland, David (2005): *La cultura del control. Crimen y orden social en la sociedad contemporánea*, Barcelona: Gedisa (Original: 2001: *The Culture of Control. Crime and Social Order in Contemporary Society*, Oxford/New York: Oxford University Press)

Gómez Carrasco, Diana Carolina (2010), *Análisis de la Lez Antimaras de 2003 implementada por el Gobierno del Salvador, a la luz de la Constitución Política de 1983 y las normas internacionales de Derechos Humanos*, Monografía de Grado, Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, Facultad de Ciencia Política y Gobierno, Bogotá (disponible en internet: http://repository.urosario.edu.co/bitstream/10336/1938/1/52994710-2010.pdf)

Haggerty, Kevin D. (2003): From Risk to Precaution: The Rationalities of Personal Crime Prevention, en: Richard V. Ericson/Aaron Doyle (comps.): *Risk and Morality*, Toronto [u.a.]: University of Toronto Press, 193-214

Isensee, Josef (1983): *Das Grundrecht auf Sicherheit. Zu den Schutzpflichten des freiheitlichen Verfassungsstaates*, Berlin/New York: Walter de Gruyter

Isensee, Josef (1992): Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht, en: *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschlands*, Band V, München: C.F.Müller Juristischer Verlag, 143-241 (§ 111)

Isensee, Josef (2001) (2. Aufl.): *Subsidiaritätsprinzip und Verfassungsrecht. Eine Studie über das Regulativ des Verhältnisses von Staat und Gesellschaft*, Berlin: Duncker & Humblot

Isensee, Josef (2003): "Der Verfassungsstaat als Friedensgarant", en: Mellinghoff, Rudolf/Morgenthaler, Gerd/Puhl, Thomas (comp.): *Die Erneuerung des Verfassungsstaats*, Heidelberg: Müller

Jakobs, Günther (2004): Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht, en: *Höchstrichterliche Rechtsprechung Strafrecht —HHRS—,* März 2004, 88-95

Möstl, Markus (2002): *Die staatliche Garantie für die öffentliche Sicherheit und Ordnung: Sicherheitsgewährleistung im Verfassungsstaat, im Bundesstaat und in der Europäischen Union*, Tübingen: Mohr-Siebeck

Pérez González, Roberto Raúl (2011): Algunas reflexiones sobre la militarización de la seguridad pública en México, en: *Boletín Semestral GLIPGö* Nro. 2, noviembre 2011, 17-21

Rackow, Peter (2010): Strafrechtliche Terrorismusbekämpfung durch Pönalisierung von Vorbereitungshandlungen, en: Rene Bloy *et al.* (comps.): *Gerechte Strafe und legitimes Strafrecht-Festschrift für Manfred Maiwald zum 75. Geburtstag*, Berlin: Duncker & Humblot, 615-641

San Martín Segura, David (2011): Gubernamentalidad y control del riesgo-Una interpretación del auge del paradigma actuarial en el control social, en: Ignacio Muñagorri y Juan Pegoraro (coord.), *Órdenes normativos y control social en Europa y Latinoamérica en la era de la globalización*, Madrid: Dykinson, 127-148

Schmitt, Carl 1963, *Der Begriff des Politischen*, Berlin: Duncker & Humblot (En castellano: *El concepto de lo político*, distintas ediciones).

Torfing, Jacob (1999): *New Theories of Discourse. Laclau, Mouffe and Žižek*, Cornwall: Backwell

Universidad del Comahue, AAVV (2011): *Estado e Infancia: Más Derechos, menos castigo-Por un régimen penal de niños sin bajar la edad de punibilidad*, Neuquén: Editorial de la Universidad Nacional del Comahue

Werner, Andreas (2008): *Securitization als Diskurs: der Kontext Akteur/Publikum am Beispiel der Irakkriege 1991 und 2003*, Berlin: wvb, Wiss. Verl.

Williams, Michael C. (1998): Modernity, Identity and Security: A Comment on the "Copenhagen controversy", en: *Review of International Studies* 23(3), 435-440

Zaffaroni, Eugenio Raúl (2006): *El enemigo en el derecho penal*, Buenos Aires: Ediar

Zaffaroni, Eugenio Raúl (2011): *La palabra de los muertos-Conferencias de criminología cautelar*, Buenos Aires: Ediar.