

Racionalidad legislativo-penal y Teoría de Sistemas

Aportación desde la investigación criminológica y la sociología jurídico-penal

José Luis Domínguez Figueirido

Universitat de Barcelona

Abstract

Este artículo plantea si la Criminología puede aportar elementos de racionalidad legislativa en el ámbito penal a partir de estudios empíricos sobre fenómenos delictivos complejos. Para comprobar esta capacidad se someten los resultados de una investigación sobre el mercado de drogas de síntesis en la ciudad de Barcelona al modelo de racionalidad legislativa propuesto por M. Atienza. En el marco teórico se destaca que la idea de racionalidad legislativa debe tener en cuenta los límites fácticos que describe la Teoría de sistemas sobre la toma de decisiones (N. Luhmann) y los axiomas que el welfarismo penal establece sobre el funcionamiento del sistema de justicia criminal (D. Garland).

This article proposes whether Criminology can provide elements of legislative rationality in the criminal sphere based on empirical studies on complex criminal phenomena. In order to verify this capacity, the results of an investigation on the synthetic drug market in the city of Barcelona are submitted to the model of legislative rationality proposed by M. Atienza. In the theoretical framework, it is emphasized that the idea of legislative rationality must take into account the factual limits described by the Theory of systems on decision-making (N. Luhmann) and the axioms that welfare state establishes on the operation of the criminal justice system (D. Garland).

Title: Legislative-penal rationality and Systems Theory. Contribution from criminological research and Sociology of penal law.

Keywords: Criminology, sociology of penal law, criminal justice, legislative rationality, theory of systems, public security, drug policy, synthetic drugs.

Palabras clave: Criminología, sociología jurídico-penal, justicia criminal, racionalidad legislativa, teoría de sistemas, seguridad pública, política de drogas, drogas de síntesis.

Sumario

1. Introducción
 2. El bienestarismo penal y los circuitos informativos de las políticas públicas de seguridad
 3. La información sobre un completo delictivo sometida a examen de racionalidad
 - 3.1. Acotaciones previas sobre el instrumental disponible y las condiciones de la prueba
 - 3.2. Los datos empíricos sometidos a la prueba de racionalidad y su resultado: los debates aportados por la Criminología al ámbito legislativo
 4. Conclusiones
- Bibliografía

1. Introducción

Este artículo se plantea qué puede aportar la investigación criminológica, y la reflexión socio-jurídica que surge de los resultados de la misma, en materia de racionalidad en el ámbito legislativo-penal. De entre las diversas maneras en que hipotéticamente podría tener lugar esta aportación, se pretende someter a examen la capacidad racionalizadora que presenta la elaboración y el análisis de la información sobre fenómenos delictivos complejos.

Este objeto se ubica en un espacio poco transitado en nuestra literatura. Se encuentra, además, conectado con debates que no fueron resueltos de manera plenamente satisfactoria por las corrientes criminológicas que se preocuparon del fenómeno legislativo en el campo penal, si bien su revisión permite identificar aspectos nucleares de este fenómeno. En este sentido, si acudimos a las reflexiones que la teoría social y sus derivaciones criminológicas – tanto en su línea más liberal como en su línea marxista – realizaron sobre la legislación penal ¹ se observa cierta indeterminación sobre el papel del sistema jurídico-penal en el marco del estado del bienestar, si bien debe reconocerse el sentido orientador de ciertas cuestiones que resaltan la existencia en la sociedad de grupos con intereses diversos y en conflicto y que constatan la presencia de momentos selectivos en la creación y en la aplicación del derecho penal.

Esta indeterminación se conectaba con el mantenimiento de una concepción instrumental del derecho, en la que éste era concebido como mera correa de transmisión de los intereses de los grupos que dominan las estructuras económicas y estatales. Sin embargo, incluso los sectores más radicales que la sostuvieron acabaron por aceptar que suponía una reducción a esquemas demasiado simples de la realidad en el marco de relaciones que planteaba el modelo de estado del bienestar ², llegando a afirmar que la función del estado no consiste únicamente en controlar a los ciudadanos, que la delincuencia no es el mero resultado de la actividad de control de las agencias estatales, que las dinámicas institucionales presentan en los estados democráticos múltiples influencias e interacciones y que el derecho penal puede ser reivindicado como instrumento de defensa de intereses legítimos e, incluso, de colectivos desfavorecidos ³.

Hoy en día puede afirmarse que los debates sobre la legislación en el campo penal pivotan en torno a tres preocupaciones fundamentales: la determinación de cómo se articulan los intereses

¹ Una visión sumaria de estos enfoques puede ser consultada en DOMÍNGUEZ, 2003:144-263 y DOMÍNGUEZ, 2018:111-125.

² Así, sobre la revisión que realiza, a partir de la década de los años ochenta del siglo pasado, la Criminología Crítica puede consultarse a LARRAURI, 1991:156-191.

³ Una cuestión que surgirá más adelante exige subrayar una de las conclusiones a las que llega un sector de la Criminología Crítica: que el delito común debe ser criminalizado pues buena parte de esta tipología de delitos presenta un carácter intragrupal (YOUNG, 1981). Al constatarse que las clases trabajadoras son las víctimas privilegiadas de estos delitos y que se encuentran en una especial situación de desprotección, se acaba produciendo una reevaluación del derecho y de los derechos. Se recuerda que el derecho penal no sólo legitima la intervención punitiva, sino que también la limita, de manera que las formas jurídicas y la propia idea de seguridad quizás pueden ser utilizadas para proteger los derechos de los débiles. En ello insistieron J. SCHWENDINGER Y H. SCHWENDINGER (1985).

Quizás ha sido BARATTA (1985) quien mejor ha teorizado desde la perspectiva crítica que los derechos humanos podían ser al mismo tiempo objeto y límite de la ley penal en una estrategia minimalista. Esta línea de trabajo ha sido desarrollada, desde la perspectiva de la filosofía del derecho penal, por FERRAJOLI (1995).

de los actores que sean identificados como relevantes en cada caso; la identificación de la información sobre la que se desarrollan los debates sobre esos intereses; y la enumeración de los efectos que la producción normativa tiene sobre la realidad social. El objetivo de este texto se vincula directamente a las dos últimas preocupaciones. Como una de las cuestiones problemáticas en materia de racionalidad consiste en poder detectar sobre qué evidencias se fundamentan realmente las decisiones tomadas por el legislador en los temas penales, se pretende reflexionar en este momento sobre una de esas fuentes de información. De esta manera, emerge la cuestión de las tareas propias del entramado *securitario* que se construye en el marco de las sociedades modernas y se reorienta en el modelo *bienestarista*.

El análisis socio-histórico pone de manifiesto la existencia de *entramados institucionales* destinados a proteger a la población de los riesgos que sean considerados relevantes en cada momento sociopolítico (seguridad en el trabajo, protección frente a la enfermedad, seguridad frente al delito, auxilio frente al desamparo económico, etc.). También permite observar que la acción desarrollada por estos complejos institucionales necesita para llevar a cabo esa protección, además de tareas operativas, tres acciones reflexivas básicas: valorar mediante criterios de relevancia los riesgos concretos frente a los cuales la población debe ser protegida, establecer los mecanismos institucionales y estratégicos que hagan posible esta protección y reexaminar periódicamente el diseño y las estrategias que las instituciones deben poner en marcha ante los riesgos considerados como relevantes.

Para que el sistema jurídico ejecute, imbricado en ese entramado, las tareas operativas y reflexivas que le corresponden en el campo penal es necesario, desde la perspectiva de la eficacia y de la eficiencia de sus decisiones, que tenga a su disposición información sobre los riesgos-delito (entendiendo por tal no sólo los datos sobre los actos de contravención a la norma, sino también sobre los fenómenos sociales e institucionales que se generan a partir de ellos) ⁴. En suma, lo que conocemos como sistema penal ⁵ necesita observar la realidad, interpretarla y traducirla en criterios pragmáticos de actuación y de orientación estratégica; lo mismo ocurre - al menos hipotéticamente - cuando el sistema jurídico-político debe tomar decisiones sobre este campo en sede normativa. Y ello hasta el punto que las organizaciones penales han generado unos circuitos específicos para disponer de esa información ⁶. Por este motivo, antes de

⁴ Como se verá al desarrollar la noción específica de sistema penal en el segundo apartado de este texto, en Teoría de sistemas cada subsistema social está llamado a tratar de manera especializada cierto tipo de riesgos. Con el binomio *riesgo-delito* identificamos de manera genérica las variadas infracciones penales (y las problemáticas sociales que se vinculan a las mismas) cuyo tratamiento corresponde al sistema de justicia criminal. Sería un equivalente, por ejemplo, del ya mencionado *riesgo-enfermedad* que correspondería al sistema sanitario.

⁵ Los términos *sistema penal* o *sistema de justicia criminal* son utilizados en la actualidad de manera frecuente por los sociólogos, criminólogos e, incluso, por los penalistas para referirse al conjunto de instancias encargadas de aplicar las normas penales. Pero en realidad la idea de sistema remite a una serie de concepciones mucho más específicas. De manera provisional el término sistema se utiliza, hasta nueva indicación, en el sentido inespecífico de conjunto de instancias que participan - interactuando entre sí y con otros actores sociales - en la realización de una función social.

⁶ La idea de circuitos de información surge en el contexto de las organizaciones complejas, tanto en el ámbito empresarial como en el de la administración pública. Hace referencia al establecimiento por la propia organización de canales más o menos estables por los que circula y se reelabora una información relevante, sea para determinar unos objetivos comunes para sus propias unidades o para coordinar la acción de organizaciones que forman parte de un mismo sistema (circuitos internos), sea para concertar estos objetivos con los propios de

adentrarnos en la comprobación de la posible aportación de racionalidad de la información sobre los riesgos-delito parece oportuno realizar una descripción de estos circuitos con el objetivo de comprender su alcance.

Ahora bien, la exigencia de realismo que se deriva de un enfoque propio de las ciencias sociales exige que la capacidad de esa información sea validada. Por ello, someteremos los resultados de una investigación empírica, que proporcionan una *muestra analizable*, a un modelo analítico que permita visualizar de manera sistemática qué es lo que realmente se obtiene si se intenta reintroducir la información sobre un riesgo-delito concreto en el sistema jurídico-político con el objetivo de tomar decisiones normativas sobre las cuestiones penales. Se utilizará a este fin el modelo de racionalidad legislativa propuesto por M. Atienza. Al hilo de este examen se explicitarán las sugerencias criminológicas y socio-jurídicas derivadas de esta prueba.

2. El bienestarismo penal y los circuitos informativos de las políticas públicas de seguridad

En un trabajo anterior (DOMÍNGUEZ, 2018:259-269) he sostenido que la reconstrucción criminológica de un complejo delictivo puede realizarse a partir de fuentes de tipo policial, que deben ser debidamente reelaboradas y contrastadas mediante una combinación de técnicas cuantitativas y cualitativas, al ser la policía un actor cercano al fenómeno, permanente en cuanto a su control y que no tiene interés en *mantenerse oculto*⁷. La accesibilidad a las fuentes directas – en el caso que fue analizado, los actores de un mercado de drogas – es mucho más compleja por razones evidentes y no puede aportar con regularidad datos sobre la evolución del ámbito delictivo de que se trate⁸, lo cual no apunta a su descarte sino más bien a un uso estratégico y puntual de las mismas.

Esta opción podría resultar sospechosa de caer en una *óptica policializada*⁹, especialmente si se tienen en cuenta algunos caracteres de lo que ha venido en denominarse como fase de expansión *securitaria* del sistema penal en la sociedad del riesgo (DÍEZ RIPOLLÉS, 2004 y 2005; GRACIA, 2003; MENDOZA, 2001; PÉREZ, 2006; SILVA, 1999)¹⁰.

organizaciones pertenecientes a otros sistemas (circuitos externos). La información así elaborada está dirigida a ayudar a la toma de decisiones operativas o estratégicas. Estos canales pueden asumir la forma de reuniones, en las que estarán representadas las unidades u organizaciones implicadas – que se encargarán de la redistribución posterior de las directrices establecidas –, o la forma de gabinetes técnicos que centralizan tareas informativas que tienen un carácter más permanente y periódico.

⁷ La policía constituiría una de las *poblaciones espejo* (DOMÍNGUEZ, 2018:264-266) a las que podemos acudir con esta finalidad reconstructiva.

⁸ Por otra parte, las pautas de consumo ligadas a los mercados de drogas sí pueden quedar reflejadas a grandes trazos en los instrumentos cualitativos o cuantitativos, dirigidos a población general o a poblaciones específicas, y ofrecen una información complementaria de interés. Pero estos instrumentos no tienen la capacidad de reflejar las dinámicas del fenómeno delictivo en todas sus dimensiones.

⁹ Por tal se entiende sostener una visión acrítica de la realidad delictiva a partir de la percepción que de la misma ofrece la instancia policial. La propuesta mantenida en estas páginas considera que esta percepción debe ser sometida a diversos tipos de contratase y no niega que la policía participe de manera activa en los procesos comunicativos que construyen la percepción social sobre el riesgo-delito. Pero subraya – desde un construccionismo limitado (BUNGE, 1995) – que no lo hace desde una posición omnimoda y, por tanto, excluyente de otros relatos.

¹⁰ Un análisis condensado de las diversas formulaciones teóricas sobre el concepto de riesgo en el modelo de la sociedad del riesgo y su conexión con el sistema jurídico puede consultarse en los trabajos de CAMPIONE (2003) y

Uno de los aspectos que caracterizan a esta fase es, efectivamente, el redescubrimiento de la instancia policial como un actor central en las políticas penales (GARLAND, 2005:280-281 y 304-305). Frente a la pretendida ineficacia ante el delito de la justicia y del sistema penitenciario, se plantea la predisposición anticipatoria - preventiva - de la policía ante ciertos tipos de delincuencia (delincuencia organizada, violenta, reiterada, etc.)¹¹ y también su capacidad de generar información sobre los riesgos. Se trata de dos virtualidades vinculadas entre sí, más si cabe en un contexto de crisis y debido a los avances tecnológicos, pero que requieren una valoración autónoma.

Para comprender el alcance de la segunda virtualidad, la informativa, es necesario retrotraerse al momento en que el estado social abre un proceso reflexivo sobre el modelo de seguridad aplicado al campo penal. GARLAND (2005) se refiere a los resultados de este proceso - que se desarrolla entre la última década del siglo XIX y los años cincuenta y sesenta del siglo XX - con la definición del modelo del *welfarismo penal*. Dicho modelo se basaría en tres axiomas fundamentales: las medidas penales, siempre que fuera posible, debían consistir en intervenciones destinadas a la rehabilitación y no únicamente en castigos de carácter meramente negativo¹²; la reforma social y la mejora económica son los factores que deberían incidir en una reducción de la frecuencia delictiva; y, asociado a todo lo anterior, el estado no sólo debía preocuparse por el control y el castigo de los delincuentes sino que también debía ocuparse de asistirles en las situaciones de desequilibrio o marginación que les afectaran¹³.

de PRIETO (2003). SEELMANN (1994) ha descrito los diversos modelos generales mediante los que esta noción se ha trasladado al campo penal. (SILVA, 1999:31-36) ha puesto de manifiesto cómo esta cuestión tiene un papel preeminente en la discusión sobre la expansión y modernización del derecho penal. Por mi parte, valoro especialmente la explicación que BECK (1993, 21-22) ofrece sobre las virtualidades de esta noción, ya que permite entender el proceso comunicativo que intenta relegitimar desde una perspectiva científica la acción del sistema penal en un contexto de crisis del estado (DOMÍNGUEZ, 2018:72-73).

REITH (2004) nos recuerda que las formulaciones recién señaladas se desarrollan de manera paralela a las propias del modelo cultural-constructivista preocupado por la aceptabilidad del riesgo, con M. Douglas como máxima exponente, y del modelo genealógico centrado en las ideas de gubernamentalidad y de dispositivos de poder, articulado a partir de los trabajos de Foucault por autores como O'Malley o Castel. Si bien no es el momento oportuno para profundizar en las prestaciones analíticas de estos dos modelos críticos, ni en los debates cruzados que suponen con la perspectiva de la sociedad del riesgo, creo que es posible mantener que ésta se ha introducido de manera evidente en los debates político-criminales - cuestión diferente es si presenta la suficiente entidad explicativa como para orientarlos - y que hace referencia a problemas diversos a los tratados por los modelos críticos: el tipo de relación que se establece entre instituciones e individuos, marcadamente cuando entran en contacto con los universos disciplinarios, en el caso genealógico, y la valoración ético-política de la conexión de carácter funcional que se establece entre mundo de la vida, sistemas político y económico y organizaciones en el caso cultural-constructivista.

¹¹ En términos empíricos el debate sobre la pretendida ineficacia de unas instancias y la virtualidad de la otra no está plenamente resuelto. Además, desde una perspectiva garantista, se recuerda que estamos ante una organización que genera desconfianza por sus posibles abusos y arbitrariedades. Esta tensión entre ser una instancia al mismo tiempo demandada y generadora de desconfianza es explicada en un nivel abstracto por (FERRAJOLI, 1995:763-765): al ubicarse entre dos sistemas, el político y el jurídico, la instancia policial vive, desde sus orígenes, la contradicción de recibir las presiones derivadas de dos principios, el de legalidad y el de eficacia. Se trata de la misma tensión que afecta en general a los poderes públicos en la crisis del estado del bienestar (HABERMAS, 1991;OFFE, 1988 y 1994).

¹² En la misma línea, desde el terreno político-criminal, se define (ROXIN, 2000:33).

¹³ La doble línea de actuación asumida por el *welfarismo penal* en torno a los problemas penales, una destinada a la prevención penal y otra a la integración social, no ha sido modificada en su esencia por los debates criminológicos posteriores, los cuales proponen, en todo caso, una readaptación de estos elementos constitutivos

La incidencia de los axiomas *bienestaristas* en el ámbito policial tuvo diversas manifestaciones. En primer lugar, fue necesario encajar conceptualmente el sentido de la actividad policial con el discurso sobre las finalidades del estado social. Así aparece en sede normativa la idea de seguridad ciudadana, que presenta más una naturaleza sociopolítica que un perfil de concepto jurídico determinado ¹⁴. La seguridad ciudadana quedará ligada a partir de este momento a la idea de la protección de los derechos y libertades de los ciudadanos: sin seguridad (individual) no es posible el ejercicio efectivo de los derechos y de las libertades preconizadas por el estado social, y sin ese ejercicio efectivo carece de sentido todo el discurso que legitima a este estado.

Junto a ello se opera en la policía una adaptación institucional a las nuevas condiciones impuestas por el estado social. Esta adaptación planteó tres exigencias. La primera consistió en traducir en términos operativos la nueva idea de seguridad, lo que demandaba identificar con la mayor claridad posible las peticiones ciudadanas en cada ámbito de actuación. Reconocida la imposibilidad, tanto por problemas conceptuales como técnicos, de conocer el grado de seguridad real de una determinada sociedad a partir de una cuantificación exacta de lo que atenta contra ella ¹⁵, los esfuerzos se encaminaron a conocer la percepción que los ciudadanos tienen de su propia seguridad, a determinar el grado de seguridad/inseguridad subjetiva. Por este motivo cobraron importancia como instrumento de las políticas de seguridad las encuestas de victimización y las encuestas sobre preocupaciones *securitarias* de los ciudadanos ¹⁶.

La segunda exigencia consistió en promover una serie de cambios en las estrategias policiales: cambiaron las tareas a realizar y cambiaron los procedimientos aplicados en tales tareas. Estas estrategias policiales pueden ser agrupadas en dos grandes grupos: las que defienden un modelo

básicos, otorgándoles un peso diferenciado (así ocurre, en mi opinión, en el caso de la denominada *expansión securitaria* pero también en el caso de la prevención situacional y con otros enfoques recientes).

Otorgar un peso diferenciado a una u otra línea supondrá privilegiar las estrategias relativas a los distintos tipos de prevención ligadas a las mismas, como bien explica (MEDINA, 2013:1-31), pero parece difícil discutir que todos estos tipos preventivos constituyen alternativas disponibles - que además son implementadas de manera contemporánea, eso sí, con diversos acentos - por los diversos subsistemas sociales.

Ciertamente, cada readaptación incidirá en tipo de información requerida para su desarrollo fáctico e influirá en el rol desarrollado por los actores institucionales, especialmente en el ámbito operativo o, si se prefiere, pragmático. Sin embargo, debe resaltarse, por lo que se indica a continuación, que estas modificaciones no alteran el esquema de circuitos informativos disponibles diseñados en el modelo *welfarista*, motivo por el cual este modelo es objeto de atención privilegiada en este trabajo. El libro de Medina, citado en esta misma nota, constituye una excelente descripción de las readaptaciones propuestas en los últimos años respecto de ese modelo base. Ver en el mismo sentido los trabajos de AYOS y DALLORSO (2011) y de SELMINI (2009).

¹⁴ Sobre la indeterminación relativa del concepto de seguridad puede consultarse el texto de CRAWFORD (2014).

¹⁵ Hoy en día se reconoce de manera pacífica que las estadísticas oficiales sobre delitos tienen un alcance limitado, es decir, que son básicamente un indicador de la cantidad y del tipo de trabajo que realizan las instancias del sistema penal y no un reflejo exacto de la *realidad* del delito.

¹⁶ Estos instrumentos ocupan un lugar importante en la determinación de estrategias de seguridad, pero aportan sólo una información parcial - de funcionalidad básicamente situacional, en términos criminológicos - sobre la fenomenología de los complejos delictivos. De todas maneras, sus resultados deben ser integrados, cuando sea posible, en el análisis de estos complejos delictivos, especialmente cuando aporten datos sobre las víctimas del delito y cuando permitan territorializar y temporalizar ciertas dimensiones del fenómeno.

En el caso de la investigación que utilizaremos como referencia, los datos disponibles no se vinculaban directamente a la tipología de la sustancia que constituía su objeto y las prácticas observadas manifestaban que estábamos ante lo que se ha denominado como *delito sin víctima* (LAMO DE ESPINOSA, 1989).

de policía que actúa fundamentalmente una vez cometidos los hechos, la policía reactiva ¹⁷, y las que inciden en la orientación proactiva de la policía ¹⁸. El paso de una estrategia a otra puede ser analizado desde diversas perspectivas, pero a los efectos de este trabajo nos interesa su consecuencia fundamental: todas las adaptaciones que supone este cambio conectan la información sobre los problemas delictivos y sociales con la vertiente preventiva de las tareas policiales, y lo hacen yendo más allá de la mera constatación de que la policía introduce información sobre el delito en el sistema jurídico, a través del atestado policial y de su necesaria colaboración con los órganos jurisdiccionales en ciertas tareas de investigación delictiva [**Circuito externo 1**].

La estrategia reactiva ya establecía canales para la llegada de información desde el entorno a la institución policial - información que servía para el impulso de sus tareas o que era derivada a otras instancias con la misma finalidad [**Circuito interno 1**] - y colocaba a la disuasión y a la capacidad de resolución de los asuntos delictivos en el eje de sus estrategias preventivas. Pero su fracaso promovió que el modelo proactivo propusiera un aumento y una mejora cualitativa de los canales de llegada de la información. Se mantiene que los contactos cotidianos y la permeabilidad por el tejido social permitirán que la policía realice una mejor observación de la sociedad.

A partir de esta presunta capacidad, la estrategia proactiva se compromete a que esa información circule ¹⁹ y que sirva para que la policía autoobserve sus actuaciones (por la vía del análisis

¹⁷ Sobre las características de la estrategia reactiva - la denominada *política de las tres R* - puede consultarse el trabajo de GARLAND (2005:195-198). Las bajas tasas de resolución delictiva - cuyas razones son explicadas por WILSON (1968) - y los procesos de desplazamiento delincencial inherentes a las estrategias disuasorias cuestionaron este modelo y exigieron su reforma.

¹⁸ La principal preocupación de esta estrategia fue establecer una conexión de proximidad entre policía, territorio y ciudadanos que generara cierta capacidad de anticipación frente a los problemas sociales. Las estrategias proactivas determinaron que las tareas policiales fueran más allá de la lucha contra la criminalidad, implicándose en formas de resolución tempranas de los problemas comunitarios y en cuestiones que afectaban a la calidad de vida de los ciudadanos; se focalizaron en un nivel local - y en unidades geográficas más pequeñas, como el barrio, el vecindario, etc.-, estableciéndose mecanismos de participación y de cooperación con los agentes sociales de la comunidad; buscaron la descentralización de la organización policial, de manera que las unidades de base terminan por adquirir más responsabilidad decisoria y la estructura de mando se hizo más horizontal; insistieron en la visibilidad de la policía en las calles y en el contacto habitual con la población o con sus representantes cívicos; y, por último, tendieron a reforzar los controles externos de la policía mediante la evaluación de sus servicios y la rendición de cuentas frente a responsables políticos y a ciudadanos. Se habla en este segundo grupo de estrategias tales como la policía comunitaria o de proximidad, la policía orientada a la resolución de los problemas y el *partenariado*.

¹⁹ Dentro de la propia policía (desde el patrullero hacia servicios policiales más especializados, desde los servicios operativos hacia los servicios enfrascados en las tareas de capilarización social, etc.) [**Circuito interno 2**], entre diversos cuerpos policiales [**Circuito interno 3**], hacia los otros sectores de la administración pública implicados en los problemas sociales [**Circuito externo 2**] y, finalmente, hacia la comunidad - específicamente, hacia los actores sociales afectados por cada problema - y hacia los gestores políticos [**Circuito externo 3**].

Algunos autores (ERICSON y HAGGERTY, 1997; GIDDENS y BIRDSALL, 2004:291-293) han señalado que recientes cambios sociales y tecnológicos han introducido modificaciones en las pautas de comunicación de riesgos que la policía realiza en relación a otras instituciones. Como consecuencia de estas modificaciones la circulación de información entre institución policial e instituciones externas al sistema de justicia criminal adquiere un sentido diverso al marcado por el enfoque *bienestarista*. Las tareas de vigilancia policial permiten que esta organización acumule información sobre la población considerada como sospechosa, pudiendo determinar de esta manera su perfil de riesgo delictivo o conflictual, en un enfoque propio de la denominada Criminología actuarial (BRANDARIZ, 2016; DOMÍNGUEZ y RODRÍGUEZ, 2003). Esta información se acumularía a la ya disponible en otros

operativo, de la inteligencia estratégica, etc.) y sea observada por el sistema político al hilo de esa información (mediante la evaluación de servicios policiales, la rendición de cuentas, la elaboración de planes de seguridad, etc.). En consecuencia, puede afirmarse que esta estrategia se basa, al menos teóricamente, en la gestión de la información (GLEIZAL, 1985:41-42; TORRENTE, 1997:158). Y aún cabría añadir un último circuito, en la medida en que esos datos se integren en los procesos de trabajo propios de dinámica legislativa [**Circuito externo 5**], sea para reformas propiamente *securitarias*, sea para auxiliar cambios legislativos penales o sea sobre otro tipo de cuestiones en las que el campo penal tenga incidencia.

Cuadro 1: Circuitos de la información sobre el riesgo-delito en el modelo *securitario* *bienestarista*

Circuito interno 1 (CI1): definición e impulso de las tareas policiales
Circuito interno 2 (CI2): coordinación entre diversas áreas de un cuerpo policial
Circuito interno 3 (CI3): coordinación entre cuerpos policiales diversos
Circuito externo 1 (CE1): toma de decisiones ‘operativas’ del sistema jurídico
Circuito externo 2 (CE2): coordinación con sectores de la administración pública implicados en problemas sociales
Circuito externo 3 (CE3): toma de decisiones político-estratégicas de la comunidad y del sistema político sobre seguridad ²⁰
Circuito externo 4 (CE4): coordinación con gestores privados de seguridad
Circuito externo 5 (CE5): toma de decisiones legislativas del sistema jurídico

Fuente: Elaboración propia

Pero además de constatar la existencia de estos circuitos, conviene subrayar que en el *bienestarismo* se pretende que los problemas planteados por los riesgos-delito se afronten desde una perspectiva *multisistema*, es decir, aplicando respuestas que presenten cierta unidad de sentido para el subsistema jurídico, para las organizaciones penales y para el resto de subsistemas (económico, educativo, sanitario, etc.) y de instituciones encargadas de aplicar políticas sectoriales en los ámbitos afectados por esos conflictos. Aflora así la tercera exigencia del modelo *bienestarista* penal: la política de seguridad frente a los riesgos-delito es diseñada como un ámbito de actuación pública necesariamente compartido debido al carácter estructural de buena parte de los problemas a los que se enfrenta.

ámbitos institucionales que se ocupan de distintos aspectos de la vida cotidiana de las personas (de la salud, del trabajo, de la capacidad económica, etc.). Gracias a ello la policía ya no se relacionaría *con el exterior* como mera reproductora de un orden compartido sino coparticipando en las normas, en los formatos y en las tecnologías de la información sobre el riesgo que se elaboran desde cada sector institucional (ERICSON, 1994), en especial con gestores privados de la seguridad, como la seguridad privada y las aseguradoras [**Circuito externo 4**]. La manera en que se estable esa colaboración con el sector privado de la seguridad se describe brevemente en DOMÍNGUEZ (2018, p. 65).

²⁰ La información obtenida a partir de encuestas de victimización, sobre preocupaciones *securitarias* de la población y sobre valoración de servicios policiales – junto a la obtenida a partir de otro tipo de formatos – se incluiría en este circuito.

Ahora bien, y entramos aquí en una noción más específica de sistema penal, como lo propio de los subsistemas es utilizar códigos diversos para afrontar esos problemas, lo que observamos empíricamente al analizar las políticas públicas de seguridad son unas *irritaciones* constantes entre los mismos que presentan carácter fractal ²¹. Y como estas irritaciones tienden a traducirse, al menos temporalmente, en resistencias sistémicas a las adaptaciones ²² y en diversos criterios de eficiencia (que son construidos a partir de diferentes acumulaciones de información), se tiene la sensación de que la lógica propia del *bienestarismo* no ayuda a solucionar los problemas recurrentes de las políticas públicas - la limitación de recursos, la pluralidad de intereses en juego, la competencia entre actores, los problemas de coordinación, la carga de trabajo de las instituciones, etc. - sino todo lo contrario, que tiende a hacerlas más complejas.

La idea de códigos orientativos de los subsistemas es lo suficientemente central como para exponer, aunque sea de manera concisa, los elementos teóricos en los que se sustenta. Desde la perspectiva *autopoiética* de la teoría de sistemas presentada por LUHMANN (1990), el código es una estructura de carácter binario (por ejemplo, el sistema científico utiliza el código *verdadero-no verdadero*, el sistema jurídico usa el código *lícito-ilícito*, el político el código *mando-obediencia*, etc.) que permite la conexión y ordenación de las comunicaciones que se producen en el sistema social a uno, y sólo a uno, de sus extremos. Gracias al código se garantiza que los subsistemas pueden interpretar y reelaborar internamente esas comunicaciones que proceden del exterior, pero necesitan además de criterios para que las comunicaciones se atribuyan de manera correcta a los valores del código. Estos criterios son recogidos en los programas - la ley en el sistema jurídico, la teoría y los métodos en el científico, etc. -, los cuales también pueden introducir elementos externos al subsistema que permitan una mejor interpretación de la información externa.

Los códigos específicos son consustanciales al concepto de subsistema. Para Luhmann los subsistemas - como el jurídico, el político, etc. - permiten que el sistema social se adapte a los cambios del entorno en la medida en que desarrollan funciones específicas - aparecen por diferenciación funcional - e interpretan la realidad a partir de las exigencias de la función que tienen asignada, a partir de su propio código. Esto supone que los temas y los problemas más destacados para la sociedad son tratados por diversos subsistemas de manera simultánea y diversa y que, por tanto, cada subsistema puede dar al problema de que se trate un tratamiento distinto, lo cual puede generar interferencias y conflictos.

Este aspecto *disruptor* que presentan los códigos se justifica, sin embargo, en la medida en que la adaptación a los cambios sociales no se produce, desde la perspectiva luhmanniana, como consecuencia de una influencia directa del entorno ni de una dirección consciente desde el sistema social; lo que ocurre en realidad es que el entorno provoca un *ruido de fondo* que es

²¹ Entre las unidades de un cuerpo policial, entre los diferentes cuerpos de policía pública, entre éstos y las organizaciones privadas de seguridad, entre la policía y el resto de organizaciones que forman el sistema penal y, por último, entre los diferentes subsistemas sociales que están llamados a intervenir en un ámbito *problematizado*.

²² Sobre la idea de resistencia sistémica puede consultarse el trabajo de DOMÍNGUEZ, GUARNÉ y VALLÉS, 2003:307-310.

percibido por los sensores de los subsistemas y que motiva, si es el caso, un cambio estructural. Estaríamos, por tanto, ante una *dirección intermediada* por las comunicaciones entre subsistemas.

Este tipo de intermediación, a su vez, es imprescindible debido a que las comunicaciones de los sistemas están referidas entre sí de un modo *autopoietico*. La *autopoiesis*²³ significa autoproducción: el sistema produce sus elementos constitutivos – las comunicaciones – a partir de otros elementos que pertenecen al propio sistema. En consecuencia, las comunicaciones que realiza el sistema son producto de las previas comunicaciones del sistema y son, a su vez, la base desde la que se generan las otras comunicaciones del sistema. De lo anterior LUHMANN (1998: 390-423) deduce dos reglas. De un lado, la regla de la *clausura operativa* describe que cuando el sistema social opera – es decir, cuando se constituye y se reproduce – está aislado del entorno y del resto de los sistemas, sólo trabaja con los elementos que él mismo produce. De otro, la regla de la *apertura cognitiva* significa que los sistemas necesitan – como si se tratara de su energía – recibir información sobre el entorno y sobre los efectos que el propio sistema produce en el entorno e incluirla en sus operaciones internas. Esto ocurre porque los sistemas necesitan autoanalizarse de manera continua; es decir, porque revisan constantemente el sentido que ellos mismos crean. De hecho, al autoanalizarse desarrollan dos procesos diversos e imprescindibles: por una parte, refuerzan su identidad, su diferencia, respecto del entorno; por otra, pueden descubrir nuevas alternativas, nuevas posibilidades operativas²⁴.

A mi parecer, la descripción luhmanniana da buena cuenta de las razones *genéticas* de una paradoja sistémica que el estado del bienestar, según lo visto, no sólo no resuelve sino que amplifica cuando intenta afrontarla: aun siendo imprescindible para los subsistemas compartir información, es costoso – no siempre se visualiza como eficiente – para los mismos hacerlo, y cuesta especialmente establecer mecanismos estables de comunicación entre subsistemas y entre organizaciones, puesto que son muy sensibles a la competencia (también entendida como pugna entre diversos criterios de funcionamiento), al exceso de información irrelevante y al aumento de carga de trabajo que implican estas interacciones²⁵.

La lógica sistémica en que se sustenta esta paradoja lleva a LUHMANN (1994) a afirmar que el subsistema jurídico no es el instrumento adecuado para conseguir la integración social de los individuos ni el control de sus comportamientos, llegando a la conclusión de que el estado de bienestar fracasa cuando intenta utilizar dicho subsistema como mecanismo de cambio social²⁶.

²³ Concepto que procede de la biología (MATURANA, 1997a y 1997b; MATURANA y VARELA, 1999).

²⁴ Ambos procesos son básicos para su supervivencia y para la ya citada creación de subsistemas especializados (LUHMANN, 1998:172-198). La introducción de estas ideas produce un giro fundamental en la teoría sistémica luhmanniana, para comprender su conexión con la ya citada perspectiva biológica en la que se basa el autor puede consultarse el trabajo de PONT (2018).

²⁵ Éste es uno de los puntos empíricos básicos que se encontraría tras las primigenias expresiones de la disputa entre Habermas y Luhmann, y que hace que el primero (HABERMAS, 1991:164-168) reproche al segundo no dar una respuesta válida para las necesidades de planificación ligadas a las exigencias de racionalidad y de legitimación que observa en la crisis del estado social. Esta cuestión remite a otros problemas más abstractos como el de la identidad y función del entramado jurídico o el de la fuente de legitimidad (formal o material) del sistema político-jurídico.

²⁶ La propuesta de TEUBNER (1985, 1986, 1993 y 2002) centrada en el concepto de *derecho reflexivo*, puntualiza las consideraciones de Luhmann sobre la capacidad directiva del sistema jurídico. Para Teubner el sistema jurídico

Para comprender de manera plena esta incapacidad, y su conexión con el tema de la información, es necesario acudir a la provocación luhmanniana sobre cómo se desarrolla realmente el decidir en organizaciones (LUHMANN, 1997). Este autor entiende que éstas no operan en el ámbito de las decisiones complejas sobre la base del esquema medio-fin sino sobre el mecanismo de la descarga de unas decisiones sobre otras, mecanismo que recibe el auxilio de diversas fórmulas de suposición o de postergación de premisas decisorias ²⁷.

Desde esta perspectiva, cuando las organizaciones toman sus decisiones tienen que enfrentarse a límites fácticos, marcadamente a los costes de tiempo y al crecimiento de los sistemas – este último correlacionado con problemas de burocratización e inoperatividad –, que constriñen los principios de participación democrática y de capacidad de reducción de la complejidad del ambiente a términos aprehensibles. Estos límites determinan que las organizaciones no siempre decidan *habiendo decidido* sobre las que serían premisas previas de la resolución a tomar, es decir, que con más frecuencia de lo que parece asumen riesgos al decidir. El autor usa la fórmula *converting uncertainty to risk* para expresar esta cuestión de manera resumida (LUHMANN, 1997:10). En consecuencia, ni los subsistemas observan la realidad de la misma manera y con el mismo fin, lo cual determina un uso selectivo y diverso de la información sobre la realidad, ni ellos ni las organizaciones disponen siempre de la información necesaria para decidir.

Teniendo presente este planteamiento, DÍEZ RIPOLLÉS (2003:76 y 87, notas 29 y 58) afirma que las sugerencias luhmannianas sustituyen una posible idea de racionalidad por las reglas de la *autopoiesis*. Entiendo, sin embargo, que es posible otro planteamiento: proponer que las reglas sistémicas sólo describen ciertos límites fácticos que deben ser tenidos en cuenta en la gestión y en el debate de la información (sobre los fenómenos delictivos, en nuestro caso) y que deben ser incorporados a un modelo de racionalidad, proponiendo mecanismos para su *minimización*.

Una postura prudente sobre la incidencia efectiva de la racionalidad legislativa parece exigir que quedemos a la espera de los resultados provenientes de la investigación empírica sobre el funcionamiento real de las diversas fases del proceso legislativo en el campo penal ²⁸. Como indica LAPORTA (1999), en realidad conocemos poco sobre la manera en la que se desarrolla la articulación de intereses en sede legislativa ²⁹. Sin embargo, considero posible partir de dos

actual quedaría caracterizado por producir un nuevo tipo de derecho, el derecho regulativo. Se trata de un derecho funcionalmente preordenado hacia la exigencia de guiar al estado social y estructuralmente caracterizado por su particularismo, por su orientación teleológica y por su fuerte dependencia del auxilio de las ciencias sociales. TEUBNER, 1986:202, relaciona este concepto con un modelo de análisis sistémico al concebir a la sociedad como un conjunto de sistemas de comunicación organizados de manera *autopoietica*. Desde su perspectiva, los procesos legislativos pueden verse como relaciones complejas entre sistemas susceptibles de autorregularse – el jurídico, político y social –, y el intento de organizar jurídicamente la sociedad sólo puede tener éxito si se respetan los límites de autorreproducción de cada ámbito (TEUBNER, 1985:16). Cuando esto no sucede se cae en el *trilema regulativo*: o se produce una indiferencia recíproca entre derecho y sociedad, o se desintegra la sociedad por parte del derecho, o se desintegra el derecho por parte de la sociedad.

²⁷ Las fórmulas a las que hace referencia este autor son la suposición de decisiones, la probabilidad de decisiones y el decidir sobre la decisión (LUHMANN, 1997:23-24).

²⁸ Tal necesidad, entiendo, se deriva de esquemas como el propuesto entre nosotros por DÍEZ RIPOLLÉS (2003).

²⁹ Sobre lo que podríamos denominar como el aspecto estático de las decisiones relativas al campo penal que se toman en sede legislativa ver los trabajos de BECERRA, 2013a y 2013b.

cuestiones-base, replanteadas a la luz del enfoque sistémico, para dotar de un contexto realista al ideal racionalizador.

En primer lugar, no se puede negar o minusvalorar la interferencia del código político en las decisiones que se toman sobre el campo penal en la medida que los riesgos-delito seguirán siendo materia susceptible de confrontación para los actores políticos en el *mundo de la vida* habermasiano. En una lógica *bienestarista* esta primera cuestión-base conduce a la necesidad de comprender correctamente la tarea político-integrativa de los parlamentos y de otros órganos con capacidad normativa. En este sentido, debe recordarse que el conocimiento empírico aportado por la Ciencia Política en otros ámbitos indica que en la práctica esta tarea remite no sólo a los valores últimos que propone el planteamiento ético sino también a la determinación del *peso político* de cada subsistema, es decir, a la incidencia que presenten los subsistemas implicados en la dinámica interna del subsistema político (a través de los actores que los representen o que asuman sus razones en el proceso legislativo) y/o a la capacidad de respuesta que la información propuesta por éstos otorgue a los problemas que se plantean al subsistema político. Es posible que, como consecuencia de ello, racionalizar no signifique *primariamente* escoger una respuesta a los problemas sino, sobre todo, plantearse la enumeración e interconexión de los diversos niveles de problematicidad que implica un complejo decisional con implicaciones delictivas para los diversos subsistemas³⁰.

En segundo lugar, como recuerda PRIETO (1994), cabe subrayar que el proceso de formación de voluntades presenta múltiples problemas informativos, no sólo en cuanto a la calidad de la información sino también en cuanto a los circuitos que están preordenados a canalizarla. Por tanto, si la existencia de límites fácticos en el decidir es ineludible cualquiera que sea el marco institucional que se plantee, se hace necesario tener presente de alguna manera la incidencia de los condicionamientos que afectan al decidir en organizaciones, marcadamente las reglas sistémicas de reducción de la complejidad (existe el riesgo de que un sistema informativo o decisorio demasiado complejo o exigente paralice a las instituciones) y de dar salida a la presión del tiempo (gastar demasiado tiempo en preparar una decisión es un coste que puede ser vivido por los decisores como un lujo o como un riesgo).

Una manera de afrontar estos problemas sería privilegiar los tránsitos de información sistémica relevante, que en la lógica *bienestarista* serán aquellos que promuevan entendimiento entre los diversos códigos en juego (en suma, cuando la información aportada sea interpretable de manera diversa pero coordinable), los que permitan reducir la competencia y la carga de trabajo a las organizaciones implicadas, y los que *aten* esa información a decisiones concretas y determinadas en el tiempo (LUHMANN, 1997:31ss.). En términos más específicamente criminológicos, esta información debe recoger todas las dimensiones del fenómeno delictivo observado, pero también

³⁰ Los trabajos empíricos sobre complejos decisionales en diversos ámbitos de las políticas públicas parecen apuntar a que no existe una regla explicativa general de los mismos. Esto es lo que se visualiza, por ejemplo, en la aplicación de la metodología de la prospectiva. Esta técnica permite comprender procesos decisionales ya acaecidos, identificando sus elementos (actores, intereses, etc.) y las interacciones que influyen en la toma de decisiones, también permite construir diversos escenarios futuros a partir de los datos recabados. Sobre esta metodología puede consultarse el trabajo de GODED (2007).

La vinculación entre racionalidad penal y racionalidad del sistema político también es puesta de relieve por (DÍEZ RIPOLLÉS, 2003:91).

las prácticas y motivaciones de los actores de dicho fenómeno, las estrategias de control sobre el mismo y las *zonas de roce* mutuo, de influencias recíprocas, entre los subsistemas que se encuentren implicados en el complejo delictivo de que se trate. La existencia de unos circuitos de información sobre el riesgo-delito favorece de entrada esta posibilidad, si bien es cierto que ciertos niveles de la información requerida aparecen, con frecuencia, esparcidos y desordenados por diversos subsistemas o en manos de diversos actores ³¹. Así entendidos, los diversos niveles de problematicidad y los criterios sistémicos de relevancia deberían ser trasladados en forma de presiones al contenido de la información que se acumule sobre los riesgos-delito, lo que irá intrínsecamente ligado a los requisitos de los formatos y de los procedimientos de trabajo para obtenerla.

3. La información sobre un completo delictivo sometida a examen de racionalidad

3.1. Acotaciones previas sobre el instrumental disponible y las condiciones de la prueba

Se indicaba al principio de este texto que para valorar la virtualidad racionalizadora de la información sobre los riesgos-delito se aplicará el modelo planteado por M. ATIENZA (1989a, 1989b, 1992 y 1997), que trata a la racionalidad legislativa como un aspecto de la racionalidad práctica en general. Ya he tenido ocasión de describir los elementos constitutivos de este modelo (DOMÍNGUEZ, 2003:264-278) por lo que en este momento me limitaré a realizar una descripción general del mismo, resaltando el aspecto que considero más pertinente a la prueba de verificación aquí planteada: a partir del esquema que propone este autor es posible dirigir de manera ordenada cuestiones concretas a la información obtenida sobre la realidad, siendo posible valorar entonces si las respuestas recabadas cumplen las exigencias que acabamos de plantear ³².

Estas preguntas son presentadas de manera inmediata, pero antes conviene señalar que el propio objeto de la investigación empírica realizada determina que algunas de las cuestiones posibles hayan sido descartadas. La investigación de la que se obtienen los datos trasladados al modelo de racionalidad hacía referencia al tráfico de drogas de síntesis en la ciudad de Barcelona y su área de influencia ³³ y se planteaba dos objetivos descriptivos: enumerar las características que

³¹ La tarea de recopilación y de contraste de esta información da lugar a un instrumento específico de carácter criminológico, el Informe de Situación Delictiva (ISD). Sus exigencias metodológicas han sido expuestas en DOMÍNGUEZ, 2018:259-269.

³² DÍEZ RIPOLLÉS (2003) ha planteado diversas matizaciones al modelo de M. Atienza. Estas matizaciones tienen mucho que ver con el momento analítico de referencia escogido por ambos autores: mientras que Atienza propone un modelo más abstracto, aplicable a las diversas fases del trabajo legislativo, Díez Ripollés toma como punto de referencia el momento parlamentario, si bien en un sentido amplio (canales de entrada, trabajos preparatorios, debates en las diversas etapas del recorrido parlamentario y producto jurídico elaborado). La opción escogida por Díez Ripollés exige, a mi entender, un marco teórico específico que tenga en cuenta las reglas específicas de funcionamiento de los subsistemas político y jurídico, y remite a un tipo de análisis empírico (centrado en el material propiamente legislativo, entendido en sentido amplio) diverso del aquí utilizado, por lo que ha parecido metodológicamente plausible utilizar en este caso el modelo más abstracto. Ahora bien, la comprobación del papel que juega la información propiamente criminológica en la decisión parlamentaria parece de la mayor relevancia.

Un debate diverso, pero conectado con el anterior, que también debería tenerse presente en esta materia es el relativo a la tensión entre conocimiento experto y participación ciudadana. Para un planteamiento general de esta cuestión puede consultarse el trabajo de VARONA (2018).

³³ El proyecto en el que se enmarcó originariamente, 'Tráfico de drogas de síntesis en tres ciudades europeas: principales tendencias y presencia del crimen organizado', fue financiado por la Comisión Europea - Directorate General Justice and Home Affairs de la European Commission: JAI/B5381/2001/004 - y recibió el soporte del United Nations Interregional Crime and Justice Research Institute (UNICRI).

presentaba el mercado oculto de estas sustancias en ese territorio y las peculiaridades presentaba la acción institucional ante el mismo. Se intentó cumplir con estos objetivos a partir de una metodología compleja que contrastaba la información policial existente con fuentes procedentes de otros actores (institucionales, no institucionales, con origen en la comunidad científica o de elaboración propia). No se trataba, por tanto, de un trabajo vinculado a una propuesta insertada en un proceso legislativo sino a los circuitos de creación de información de los riesgos-delito que venimos comentando, motivo por el cual apenas se prestó atención al aspecto comunicativo de la normativa - **R1** en el esquema de Atienza -. A los efectos de la investigación la normativa era entendida como un dato existente y conocido por las comunidades implicadas en esos mercados ocultos.

El modelo de Atienza se fundamenta en la existencia de una serie de interacciones que tienen lugar entre elementos distintos y que dan lugar a diversos niveles de racionalidad ³⁴. Los niveles de racionalidad que identifica plantearían las cuestiones más genéricas sobre la racionalidad de una ley. En el nivel de la racionalidad comunicativa o lingüística (**R1**): si su emisor ha sido capaz de transmitir con fluidez un mensaje al receptor; en el de la racionalidad jurídico-formal (**R2**): si la norma se ha insertado armoniosamente en el sistema jurídico; en el de la racionalidad pragmática (**R3**): si la conducta de los destinatarios se adecúa a lo prescrito en la norma; en la racionalidad teleológica (**R4**): si se alcanzan los fines sociales perseguidos por la ley; y, por último, en la racionalidad ética (**R5**): qué valores están implicados en la normativa y qué justificación ética presentan.

Estos niveles de racionalidad pueden ser sometidos a un análisis interno y a otro externo. El análisis interno supone tener en cuenta que cada idea de racionalidad construye de una cierta manera los elementos de la actividad legislativa, permite diferenciar entre las disciplinas rectora y auxiliares para obtener racionalidad en cada nivel, define una noción de irracionalidad y sugiere qué técnicas utilizar para incrementar la racionalidad. El análisis externo trataría de mostrar las relaciones que se establecen entre los diversos niveles de racionalidad, planteándose tanto desde una perspectiva estática (que muestra cómo se relacionan entre sí de manera abstracta, prescindiendo del proceso real de la legislación) como dinámica (atenta a su combinación en el proceso legislativo real).

Dos aspectos de este modelo son los más relevantes a los efectos de la prueba a la que se pretende someter la información criminológica obtenida. Como se señalaba anteriormente, a partir del análisis interno que propone podemos obtener una serie de preguntas dirigidas a la información obtenida, identificando entonces los supuestos de irracionalidad posibles en cada nivel y conectando ambos aspectos con el auxilio que se espera de las ciencias sociales. Reordenamos dichas cuestiones en base a los criterios que surgen de la investigación. En **R3**: ¿Es posible

Sus resultados más relevantes han sido recogidos en diversos trabajos (BARRUTI *et al.*, 2003; DOMÍNGUEZ *et al.*, 2003; DOMÍNGUEZ, 2012), pero la versión más amplia de los mismos puede ser consultada en DOMÍNGUEZ, 2018.

³⁴ Los elementos con los que trabaja Atienza son los edictores (los autores de las normas), los destinatarios (aquellos a los que se dirigen las normas), el sistema jurídico (conjunto del que pasa a formar parte la nueva ley), los fines (objetivos o metas perseguidos al establecer las leyes) y los valores (ideas que sirven para justificar dichos fines).

identificar quién desobece la normativa? ³⁵, ¿es posible identificar qué factores - es decir, qué motivos objetivos y/o subjetivos - influyen en esa desobediencia? En **R4**: ¿Qué efectos produce la normativa?, ¿qué intereses se pueden identificar tras estos efectos? En **R5**: ¿Existe alguna justificación ética - o de otro tipo - sobre la manera en que se desarrollan la aplicación de la normativa y los fenómenos relacionados con su obediencia y sus efectos? En **R2**: ¿Qué criterios se siguen para que el sistema jurídico no caiga en contradicciones, se desarrolle armoniosamente y permita hacer previsible el comportamiento humano?

En segundo lugar, en relación al análisis externo propuesto por Atienza, correspondería analizar las siguientes relaciones entre niveles de racionalidad: aspectos que vinculan **R3** con **R4**, el tipo de conexión que se establece entre **R5** y los demás niveles, y cómo responde **R2** a las interacciones presentes en **R3/R4**.

3.2. Los datos empíricos sometidos a la prueba de racionalidad y su resultado: los debates aportados por la Criminología al ámbito legislativo

En este apartado se enumeran las *sugerencias significativas* identificadas a partir de la investigación empírica siguiendo la estructura que se acaba de describir. Cuando se afirma que se trabaja con *sugerencias significativas* se quiere expresar que para realizar el test de racionalidad se han seleccionado y concentrado aquellos aspectos de la investigación suficientemente contrastados que presentan una conexión directa con los debates habituales en el ámbito del control y de la política legislativa sobre los diversos tipos de mercados de drogas, si bien, como se derivan de un estudio de caso, presentan rasgos peculiares. Estos aspectos son significativos en la medida en que permiten que emerjan los elementos esenciales de esos debates. Por tanto, con esta prueba no se pretende una aplicación directa de los resultados de la investigación a decisiones penales sino determinar dentro de qué límites - o, dicho a la inversa, para decidir qué aspectos - resulta útil la investigación criminológica.

Empecemos enumerando las que emergen sobre la cuestión del incumplimiento (**R3**) por parte de los destinatarios de la norma primaria. El estudio empírico permitió identificar cuatro tipos de estrategias en el mercado oculto de drogas de síntesis analizado. Todas estas actividades se desarrollaban en el ambiente del ocio - predominantemente nocturno - de colectivos juveniles, donde como criterio general prevalecía un uso recreativo de la sustancia ³⁶.

En primer lugar, nos encontramos ante una estrategia de carácter preeminentemente *amateur*, que ocupaba los escalafones inferiores del mercado. Los actores que siguen esta estrategia presentan elementos subjetivos o identitarios que influyen de manera firme en las prácticas de consumo y

³⁵ Debe recordarse que el mandato de la norma penal está dirigido tanto al ciudadano común (no realizar el comportamiento previsto; *norma primaria*) como a los poderes públicos (poner en marcha los procedimientos de trabajo oportunos para que se establezca la consecuencia jurídica establecida en caso de incumplimiento de la norma primaria; *norma secundaria*).

³⁶ Se entiende por tal uso que la sustancia sea utilizada por el consumidor para mejorar las sensaciones o experiencia ligadas a sus pautas lúdicas (DOMÍNGUEZ *et al.*, 2003:91; DOMÍNGUEZ, 2018:157-161). Sobre los parámetros generales de la conexión entre ocio juvenil y consumo de drogas puede consultarse el trabajo de PALLARÉS y FEIXA (2000).

de tráfico de la sustancia: la pertenencia al *mundo de la noche* o a colectivos autoconsiderados como *alternativos* y la generación de interacciones de transacción en las que prima la relación *confianza*³⁷. En el siguiente escalafón se observó una estrategia caracterizada por una mayor profesionalización en las prácticas - desarrollada con frecuencia por sujetos que regentan o trabajan en locales de ocio - y por la existencia de contactos de abastecimiento con productores y distribuidores extranjeros de mayor nivel productivo y/o distributivo, pero sin que se establezcan pautas relacionales diversas con los clientes. Por lo tanto, nos encontramos en estos dos casos ante una economía informal - con operaciones llevadas a cabo por unidades de pequeña escala (WENDORFF, 1983) - cuyas prácticas se autolimitan en base a criterios contextuales. En un escalafón intermedio también pueden ser ubicados traficantes que se vinculan con organizaciones delictivas dedicadas al tráfico de otras sustancias, estos sujetos buscan obtener un *plus de rentabilidad* mediante el tráfico de *pastillas* aprovechando los momentos o lugares que suponen un aumento en la demanda de la sustancia.

Las dos primeras estrategias tienen en común el hecho de presentar un bajo nivel de riesgo si se analizan los indicadores que se les asocian³⁸, este nivel pasa a la consideración de moderado en el caso de la tercera estrategia por su interacción con redes de tráfico estabilizadas. La última estrategia presente en el mercado tenía que ver con el papel de los aeropuertos de Barcelona y de Madrid como *zona de paso* de cargamentos importantes hacia destinos de carácter internacional³⁹. Los indicadores existentes manifestaban que esta estrategia presenta fuertes conexiones con la criminalidad organizada internacional, lo cual eleva su nivel de riesgo delictivo; además, no se corresponde con los mismos parámetros identitario-culturales descritos, prevaleciendo el objetivo de obtención de un beneficio económico.

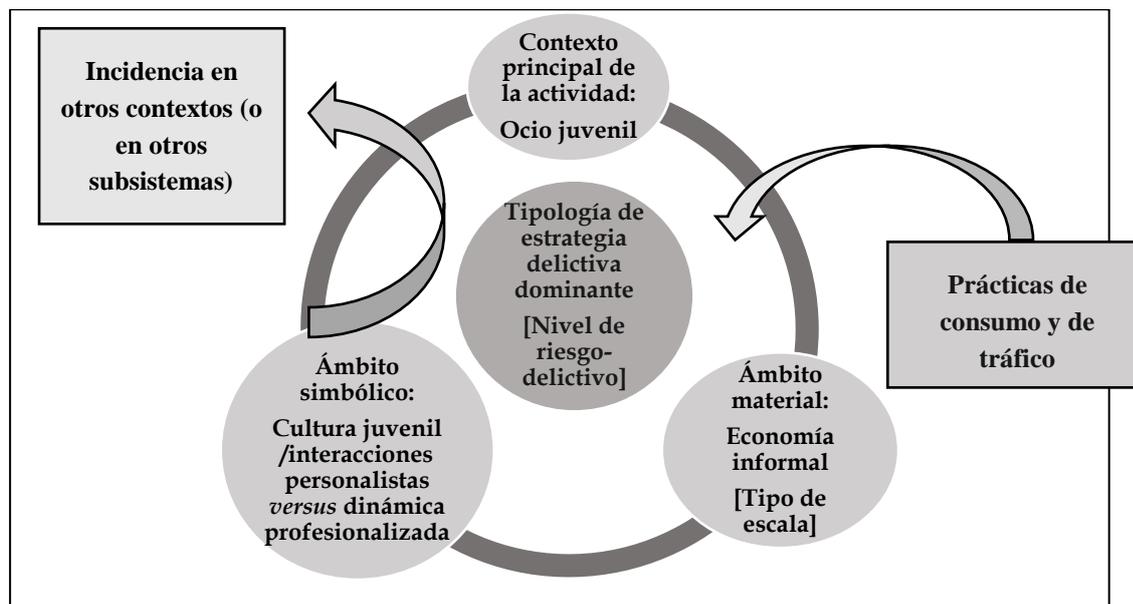
Gracias a su potencial descriptivo, el análisis criminológico de las estrategias presentes en el mercado oculto permite identificar los elementos constitutivos de la actividad de tráfico, tal como se visualizan en el siguiente **Cuadro 2**, y, en consecuencia, la lógica del fenómeno delictivo.

³⁷ Sobre la importancia de la relación de confianza ver DOMÍNGUEZ (2018:220). El *emprendedor* que se autoabastece de *pastillas* y obtiene un beneficio con el pequeño tráfico, además de *moverse* en el mismo ambiente que sus clientes (reclutándolos), admite el pago a crédito, comparte con ellos la información sobre las características de la sustancia y sus efectos, etc. La importancia de las relaciones interpersonales en los mercados de drogas es resaltada por la literatura especializada, esta cuestión es resaltada en la revisión panorámica realizada por MOELLER (2017).

³⁸ En cuanto al riesgo delictivo se observa un escaso nivel de profesionalización, una escasa conexión con formas de criminalidad organizada y no se constata que el tráfico se asocie permanentemente a otras actividades delictivas o violentas (sólo se constatan conflictos puntuales entre los actores por el control de específicos espacios de venta en momentos de punta de la demanda). Por todo ello el fenómeno tiende a ser visto en este nivel como controlable (fácil identificación de los colectivos implicados, de los ámbitos y espacios donde se desarrolla la actividad, de los momentos que pueden generar conflictividad, etc.). En cuanto al riesgo salud se constata la baja lesividad del consumo de la sustancia, los niveles de adulteración percibidos son mínimos, sólo un uso incorrecto - según las pautas conocidas por los consumidores - o la introducción en el mercado de sustancias no estandarizadas provocan accidentes y la prevalencia del consumo en sectores de riesgo (como población escolarizada) es reducida. Otros sectores vinculados al mercado - como la industria química productora de los precursores necesarios para producir *pastillas* - tampoco generan un aumento del nivel de riesgo percibido institucionalmente.

³⁹ De manera prioritaria hacia los Estados Unidos. La aparición en los últimos años de laboratorios de drogas de síntesis en México y la distribución hacia ese país de la sustancia usando los canales ya existentes para otras sustancias puede haber marcado cambios en este nivel del mercado. Los datos más actualizados sobre esta cuestión pueden consultarse en DRUG ENFORCEMENT ADMINISTRATION (2018).

Cuadro 2: Esquema de elementos constitutivos básicos de la actividad de tráfico



Fuente: Elaboración propia a partir de DOMÍNGUEZ (2018:191-230)

La información criminológica sobre **R3** podría orientar el debate legislativo en el sentido propuesto en el apartado anterior estableciendo las preguntas criminológicas *difíciles* que se deben plantear sobre el fenómeno. En primer lugar, identificando, en un contexto y en un momento dado, la variable determinante del fenómeno: si domina el aspecto simbólico-cultural (las pautas de los consumidores y el contexto cultural determinan la demanda, y ésta tiene la capacidad de incidir en la oferta, es decir, en las prácticas del traficante) o, por el contrario, domina el aspecto material (los intereses económicos y las prácticas de los traficantes y su profesionalización determinan las prácticas de consumo y, por tanto, la demanda). En segundo lugar, permitiendo proyectar de manera aproximativa hacia el futuro cómo evolucionará el mercado, lo que equivale a plantearse la *capacidad colonizadora* de la lógica delictiva sobre el mismo (con la posibilidad de que su eslabón más débil – el consumidor – reciba las posibles consecuencias negativas de un mercado colonizado), sobre los subsistemas implicados y, en fin, sobre el propio sistema político.

Por su parte, el análisis del cumplimiento de la norma secundaria por parte de las instituciones implicadas en el control del fenómeno – en la investigación se analizaron básicamente las instituciones de control *securitario*⁴⁰– manifiesta que el nivel **R3** está íntimamente relacionado con **R4**: el tipo de control se adapta, como factor primario, al nivel de riesgo de las diferentes estrategias delictivas del mercado (luego es un efecto de estas estrategias) y, como factor secundario, busca evitar los efectos negativos o perversos que se pueden derivar del mismo.

⁴⁰ Los aspectos generales de esta cuestión son tratados en DOMÍNGUEZ *et al.*, 2003:116-119 y DOMÍNGUEZ, 218:230-236.

Así, en base a los datos recopilados puede afirmarse que en el control de las dos primeras estrategias del mercado se realiza a través de normativa de carácter administrativo ⁴¹, mientras que la presión de tipo penal se orienta principalmente hacia aquellas manifestaciones del fenómeno donde está más presente el elemento organizativo criminal. Esos datos también manifiestan que la autolimitación del sistema *securitario* tiene lugar de manera más evidente en las dos primeras estrategias y que se basa en la percepción de los operadores de ciertas manifestaciones de tolerancia social ante el fenómeno, aspecto relacionado con **R5** ⁴². Esa tolerancia genera un sistema de interacciones bastante dinámico - sobre todo a nivel local - y permite que coexista el control clásico del mismo con estrategias más integrativas, como es el caso de la reducción de riesgos. En suma, este análisis plantea que cuando no es posible responder de manera clara o definitiva a las preguntas difíciles antes explicitadas es más racional aventurarse a la práctica del *converting uncertainty to risk* o que puede tener sentido mantener la aplicación de la normativa vigente en los términos de un control aceptable y modulable a las circunstancias de cada caso.

Como el incumplimiento de la norma es la premisa de la regulación penal, es evidente que la generación de un mercado oculto es el efecto primario derivado de la misma, y que tal efecto es previsible. La cuestión de la irracionalidad en **R4** se plantea, entonces, desde la perspectiva de la producción de efectos en otros subsistemas sociales. Desde el punto de vista del riesgo-delito, el efecto principal a tener en cuenta se liga con manifestaciones de la colonización de la actividad delictiva en diversos subsistemas. En el caso estudiado esta colonización presenta, como ya se ha comentado - recordar nota 38 de este texto -, como regla general niveles bajos debido a los elementos que configuran el mercado; de hecho, los informadores sólo señalaban que la actividad delictiva podía presentar cierta funcionalidad económica para algunos empresarios del ocio nocturno (por ejemplo, si se encontraban en una situación económica difícil), aconsejando mantenerse atentos a la posible infiltración en este ámbito de grupos criminales organizados.

Aunque de manera sumaria, ya se ha indicado que de la investigación emergen las prácticas irracionales - discrecionales - de las organizaciones de control, así como las tipologías específicas de actores sociales implicados y sus intereses; también que permite identificar en qué sentido el conocimiento experto criminológico-*securitario* es relevante y, por último, que remite a conocimientos técnicos auxiliares (el económico, el antropológico-cultural o el sociológico, por ejemplo)

⁴¹ Se hace referencia aquí a una diversidad de instrumentos: inspección de locales de ocio para comprobar diversos requerimientos (salubridad, permisos administrativos, etc.), control de las ventas de precursores químicos, aplicación de las posibilidades otorgadas por la normativa de seguridad ciudadana en ciertos eventos, controles de tráfico vial, etc. Los datos a este respecto pueden consultarse en DOMÍNGUEZ *et al.*, 2003:116-119 y DOMÍNGUEZ, 2018:233-237. Sobre la importancia del control no penal de los mercados de drogas puede consultarse el trabajo de DORN - Editor- (1999).

⁴² Para ciertos empresarios de ocio nocturno un consumo controlado de estas sustancias puede ser un elemento de atracción de clientela, cosa que puede llegar a ser considerada como *funcional* por algunos ayuntamientos, las familias de los probables colectivos consumidores se quejan ante controles que consideran como demasiado intrusivos o indiscriminados, se tiene en cuenta que ciertos contextos de consumo son propios de grupos *alternativos* y que una excesiva presión sobre los mismos puede generar incidencias colectivas más importantes y que estos colectivos pueden presentar puntualmente apoyos vecinales o incluso políticos, etc.

Cuadro 3: Resumen de las aportaciones criminológicas a los debates normativos

R3	Valores	R4
Lógica del fenómeno delictivo	Valores presentes en la lógica delictiva	Efectos para el subsistema penal
Pregunta difícil	Valores presentes en la aplicación normativa	Efectos para otros subsistemas y sectores conectados
Posibilidad de proyección	Conexión de valores con R5	Técnicas auxiliares para determinar el peso del fenómeno
Identificación de sectores afectados		

Fuente: Elaboración propia

Finalmente, por lo que hace al nivel **R5**, ya se ha advertido que se puede percibir una presencia de valores que lo conectarían con los niveles de racionalidad **R3** y **R4**⁴³: por una parte, el elemento cultural aparece como contexto justificante de ciertas prácticas presentes en algunos actores del mercado; por otra, esos valores generan un cierto marco de tolerancia en los agentes institucionales de control que termina influyendo en la aplicación de la normativa.

Las evidencias también constatan la incidencia de **R5** en **R2**. Como es bien conocido, la regulación jurídica del tráfico de drogas penaliza todo el ciclo de la droga, incluso la tenencia preordenada al tráfico. Por tanto, quedaría fuera de la penalización aquella tenencia que se considere que no se encuentra conectada con una actividad de tráfico (ámbito tolerado del autoconsumo), con independencia de que ello implique o no un daño grave a la salud individual. Este ámbito de no punición es identificado, por lo que respecta al caso específico del tráfico de las drogas de síntesis, mediante dos *categorías de ajuste* jurisprudenciales, la posesión no preordenada al tráfico y el consumo compartido⁴⁴.

Estas categorías de ajuste hacen compatible la protección del bien jurídico *salud pública* con una expresión limitada de la autonomía individual/libertad en esta materia, evitando una excesiva extensión de la punición, que podría devenir sin ellas en un efecto perverso en **R2**. Y al mismo tiempo, hace viable la idea de previsibilidad de la reacción estatal para ciertos colectivos que contactan con el mercado en calidad de clientes, garantizando las expectativas de los individuos

⁴³ En todo caso, podemos señalar que la racionalidad ética de una norma no tiene por qué coincidir plenamente con los criterios éticos que sirven para orientar el código jurídico de una norma - lo que DÍEZ RIPOLLÉS (2003:109ss.) identifica como reglas de contención - ni con los valores que aparecen en la realidad ligados a la obediencia y a los efectos de la norma.

⁴⁴ En el primer caso, los tribunales deben valorar una serie de indicios - establecidos por la propia jurisprudencia - que manifestarían que estamos ante un consumo privado que no se conecta con el tráfico de la sustancia de que se trate. En el segundo, considera que la adquisición de la sustancia, también si se dan ciertos requisitos, para un posterior consumo grupal no lesiona el bien jurídico protegido (DOMÍNGUEZ, 2018:185-189).

que los integran, pero dejando a salvo la regla de no favorecimiento de la colonización delictiva de los subsistemas.

4. Conclusiones

A continuación, recapitularemos las aportaciones realizadas en este texto a partir de dos niveles analíticos: el relativo a la incidencia de las reglas sistémicas en la gestión de los fenómenos delictivos complejos y el relativo al potencial racionalizador de la información criminológica. Se añade al final de este apartado una breve reflexión de carácter más práctico y valorativo.

Fenómenos delictivos complejos, reglas sistémicas y circuitos informativos. Por fenómenos delictivos complejos entendemos aquellos cuyas prácticas afectan tendencialmente al funcionamiento de diversos subsistemas sociales. En el caso analizado, el fenómeno delictivo puede afectar al sistema jurídico (que debe decidir cotidianamente sobre cuestiones que afectan a las diversas organizaciones de control que lo conforman), al sistema sanitario (por la posible incidencia en la salud de la población consumidora de sustancias), al sistema económico (ya sea por la vía del sector de la hostelería implicada en el ocio nocturno, por las vías mediante las cuales la economía sumergida intenta aflorar en la formal o, finalmente, por la vía de la industria química), al sistema político (que puede ser sensible a los intentos de las organizaciones criminales más potentes de encontrar en él conexiones de apoyo, llegando a retarlo en determinadas situaciones críticas de enfrentamiento por el control del territorio/mercado, que debe gestionar los conflictos e intereses de los actores del mercado y de sus redes relacionales, y que está obligado a interactuar con los actores sociales que intentan influir en la toma de decisiones sobre la materia) así como, finalmente, al sistema educativo (por la vía de la incidencia del consumo en los procesos de socialización formal de los jóvenes) y a otros sectores que inciden en las políticas sobre la juventud.

Mediante las sugerencias derivadas de la Teoría de sistemas hemos intentado remarcar la consecuencia fundamental de esta afectación: cuando se trata de elaborar políticas legislativas en el campo penal y políticas públicas de seguridad, los actores políticos e institucionales deben enfrentarse a un elemento de complejidad que se suma a los ya resaltados en las perspectivas tradicionales por las ciencias sociales, esto es, la convivencia de diversos códigos de funcionamiento en los diferentes subsistemas que implican diversas valoraciones del fenómeno delictivo y plantean diversos objetivos institucionales. Además, debe tenerse en cuenta la influencia fundamental del código político en esta materia. Sabemos que el sistema político es el encargado de elaborar el producto resolutivo final, con la intermediación de las reglas propias del sistema jurídico, pero también sospechamos que no responde a la aplicación sistemática de unas reglas tasadas en cuanto a la manera en que toma estas decisiones.

Cada uno de los subsistemas afectados establece canales para analizarse, evaluándose a la luz de la información recogida mediante ellos. Al centrarnos en el conjunto de organizaciones que conforman el entramado con funciones de control penal dentro del subsistema jurídico, hemos podido concretar los circuitos que, a partir del modelo *bienestarismo* penal, se prevén con la finalidad de introducir información relevante sobre el entorno - relativa al fenómeno delictivo de que se trate - en sus procesos decisionales internos. En este sentido, puede resaltarse que la

policía es un actor privilegiado en cuanto a la mirada del subsistema jurídico hacia la realidad, ya que es una puerta de entrada directa de la información sobre lo que ocurre en los mercados de drogas, un instrumento de otras organizaciones penales en su investigación de carácter criminal y un aplicador sobre el terreno de un sector de las políticas de control no penal.

En consecuencia, desde un punto de vista criminológico hemos sostenido que la información acumulada en los circuitos *securitarios*, debidamente contrastada con la recabada en los circuitos que otros agentes institucionales promueven en paralelo y con la información cualitativa obtenida de los actores del mercado de drogas, permite la recomposición de la realidad delictiva.

A partir de estos elementos, concluíamos que según las reglas sistémicas el potencial racionalizador de la información criminológica dependerá de su capacidad para reconocer e implementar tránsitos de información relevante, entendiendo por tal aquella que promueva el entendimiento – o más bien el contraste sistemático - entre objetivos de los diferentes códigos de los subsistemas implicados, que permita reducir la competencia y la carga de trabajo de las organizaciones implicadas y que ate esa información a decisiones determinadas en el tiempo y en el espacio.

Este tipo de racionalidad se ubica en un plano diverso al del efectivo contraste entre objetivos sistémicos, que se produce tanto en el constante actuar en el mundo de la vida como en la acción de los diversos subsistemas. De hecho, estos dos elementos pueden ser integrados en la información recabada – analizando qué hacen y piensan los actores sociales y las instituciones sobre el fenómeno en cuestión o, más en concreto, sobre las cuestiones específicas que afectan al sector del fenómeno que es objeto de tratamiento por el subsistema de que se trate (por ejemplo, sobre la manera en que se controla el mercado de drogas) – produciendo, entonces, un conocimiento experto que no excluye necesariamente a productos reflexivos propios de la participación social.

El potencial racionalizador de la información criminológica sometido a prueba. Para comprobar si el planteamiento que se acaba de realizar es meramente ideal o plantea un camino realmente transitable, hemos querido someter una información concreta sobre un fenómeno delictivo complejo a un test de racionalidad. El objetivo de esta prueba consiste en comprobar si desde la investigación criminológica es posible obtener un tipo de información que, respondiendo a los requerimientos indicados, sea útil para los procesos legislativos, racionalizándolos y, por tanto, legitimándolos materialmente.

Por tanto, era importante que la información *testada* respondiera al marco conceptual descrito y que, al mismo tiempo, hubiera siendo recabada siguiendo los criterios de relevancia antes indicados. De ahí que se haya utilizado como muestra la investigación sobre el mercado de drogas de síntesis en la ciudad de Barcelona elaborada por los equipos en los que tuve ocasión de participar en su momento.

Con esta muestra no se ha pretendido, por tanto, afirmar que el mercado actual de drogas de

síntesis en la ciudad de Barcelona se haya mantenido del todo invariable desde el momento en que se realizó la investigación, aunque los datos disponibles manifiestan que sus líneas generales siguen estando vigentes. Los hechos delictivos son variables y esta característica ha querido ser resaltada, precisamente, en este mismo texto – recordar lo indicado en la nota 39 de este texto - subrayando alguna modificación interesante, pero muy específica. En consecuencia, no interesa *testar* tanto los resultados detallados de la investigación como las sugerencias que resultan significativas a los efectos de identificar los contenidos necesarios para que la información criminológica resulte útil. En todo caso, la validez – y el alcance real - de la prueba se obtiene cuando se contrasta el resultado obtenido con la literatura existente en materia de mercados de drogas, operación que se realiza a continuación.

Para ordenar la información disponible y comprobar si como resultado del test ésta reacciona transformándose en racionalidad, se ha seguido un modelo – el de M. Atienza - que puede ser útil en relación a cualquier fase del proceso legislativo y que presenta un carácter lo suficientemente abstracto como para ser compatible con el plano analítico en el que nos movemos. Ello no prejuzga que al descender a fases específicas del proceso legislativo pueda ser necesario matizar o completar el instrumental ahora utilizado, esta cuestión debería ser objeto de análisis detallado antes de abordar el estudio empírico de estas fases.

La investigación empírica recogida en la literatura científica especializada nos permite resaltar, al menos, tres aspectos de los mercados de drogas sobre los que la criminología, combinada con otros conocimientos sociales, puede aportar información válida para preparar procesos decisionales legislativos. Los mercados deben ser entendidos como "arenas socialmente construidas donde los intercambios reiterados entre compradores y vendedores se dan bajo un conjunto de reglas formales y de sobreentendidos informales que gobiernan relaciones entre agentes en competencia, tanto proveedores como clientes" (FLIGSTEIN y DIOUN, 2015:67). Debe tenerse en cuenta que en cada espacio-tiempo-ámbito por sustancia no existe en realidad un único mercado sino una diversidad de ellos, y que cada uno presenta, a su vez, diversos niveles y fórmulas organizativas (DESROCHES, 2007). Así ha quedado descrito en nuestro estudio de caso al describir las estrategias del mercado desde la perspectiva del incumplimiento normativo (**R3**) por parte de los destinatarios de la norma primaria.

Identificados estas diversas estrategias de mercado pasamos a señalar, en primer lugar, el sentido económico diverso de cada uno de ellas (lo que en nuestro esquema denominamos como ámbito material de la economía informal). La literatura especializada nos indica que dicho sentido económico influye en la estructura del mercado de diferentes maneras (BECKERT y WEHINGER, 2013:12): en la valoración de los elementos constitutivos de las operaciones de intercambio (así, por ejemplo, en la fijación de los precios de la sustancia de que se trate); en la determinación de la utilidad de la estrategia de cooperación (es decir, en la necesidad de que los actores inviertan tiempo y esfuerzo en la obtención de reputación y en el uso de la 'buena voluntad'), lo que marca la importancia de la manera en que se gestionen las relaciones interpersonales entre los actores del mercado, y en la fijación de la concreta estrategia de competencia, que está dirigida tendencialmente a reducir costes de distribución.

En este ámbito, la criminología y la perspectiva económica encuentran un campo de colaboración, pero la comprensión de la eficiencia económica de los mercados ilegales también se liga con la interpretación de las relaciones sociales que se desarrollan entre los actores del mercado y del factor cultural presente en las mismas. En nuestro trabajo estos últimos aspectos encuentran su manifestación cuando identificamos el contexto principal de la actividad (ocio juvenil) y en los valores que son sostenidos tras las actividades propias de ese contexto (lo que hemos denominado como ámbito simbólico). La antropología y la sociología permiten una interpretación de los valores e intereses de los actores. Ahora bien, lo que hemos intentado resaltar en estas líneas es que la concreta ecuación que se produzca en cada mercado entre elementos relativos al interés económico y elementos relacional-valorativos es la que configura, con la matización que se realiza más abajo sobre las acciones desarrolladas en el ejercicio de la ley, las prácticas de sus actores. Así lo hemos indicado al describir la conexión entre **R3** con **R5**. Hemos denominado pregunta difícil a la determinación específica, en cada caso, de los valores de esa ecuación y, en consecuencia, del modelo dominante en el mercado.

Como consecuencia de lo anterior, la investigación aplicada aportará, en segundo lugar, datos sobre las concretas prácticas desarrolladas. La literatura especializada nos indica que, ciertamente, la ganancia de los actores tiene un papel importante en la determinación de los precios o de la calidad de la sustancia, pero que este criterio es matizado por las variables relacionales que acabamos de señalar. En este sentido, REUTER Y CAULKINS (2004) llegan a afirmar que la distribución de drogas ilícitas no se colapsa mediante el uso del constante engaño oportunista en precios y calidad debido a que los participantes en el mercado entienden que la transacción es parte de un juego repetido de confianza y honor. Recordemos que en nuestra investigación el elemento de la confianza aparecía como central en las interacciones que se daban en los niveles medio e inferior estudiados.

En relación a las prácticas también deben ser tenidos en cuenta las cotas de conflictividad delictiva del mercado (se hace referencia a los fraudes y abusos de los que son víctimas los consumidores y al uso de la violencia entre productores y distribuidores y entre proveedores al por menor y consumidores). Por los estudios realizados sabemos que en situaciones de normalidad las prácticas delictivas son más frecuentes – si bien menos intensas – en el nivel del comercio *a pie de calle* que en los niveles superiores (BERG y LOEBER, 2015), donde la búsqueda del pacto entre actores sólo se ve alterada por específicos episodios de amenaza o de venganza. La producción científica también nos recuerda que la violencia presenta el elemento perverso de llamar la atención de los cuerpos de seguridad si es demasiado abierta y visible (DECKER y CHAPMAN, 2008; ZAITCH, 2005). La preeminencia en nuestro estudio de caso del elemento *amateur*, y de las dinámicas que lo acompañan, permitían afirmar que los episodios violentos y las prácticas fraudulentas presentaban un riesgo mínimo, pero la presencia de otras estructuras más profesionalizadas y conectadas con la criminalidad organizada exigían estar atentos a posibles cambios de tendencia que favorecieran procesos de colonización delictiva.

En tercer lugar, la criminología nos puede hablar sobre el papel que cumple el ejercicio de la ley.

La literatura sobre mercados de drogas suele señalar que la actividad de control es otro de los elementos que determina las prácticas de los actores. En el nivel minorista, por ejemplo, conduce a tipos de organización basados en redes de confianza, relativamente cerradas y con elementos de cohesión de tipo familiar o cultural (NATARAJAN, 2006). En estos casos, la maximización del beneficio es sacrificada en aras a la seguridad (BOUCHARD, 2007). Aspectos como la pertenencia al mundo de la noche, a determinados colectivos juveniles, etc. pueden jugar un rol similar en nuestro caso. Pero nuestra investigación ha manifestado además (**R4**; conexión de **R4** con **R2** y con **R5**) que el ejercicio de la ley también se adapta a las diferentes estrategias del mercado, al contexto en el que se desarrolla la actividad, a las valoraciones sociales sobre el sentido funcional del mercado y a las consecuencias del mismo en otros sistemas. Esta adaptación resulta especialmente llamativa en el ámbito local.

Reflexión final: un camino transitable. Lo expuesto hasta este momento incita a pensar que la investigación criminológica puede aportar información de interés sobre los fenómenos delictivos complejos, favoreciendo un análisis reflexivo – no meramente ideológico – sobre su riesgo delictivo y, a partir de ahí, cabe entender que tiene capacidad para marcar pautas de racionalidad útiles para los debates legislativos.

Según la perspectiva sistémica aquí mantenida, esta información no tiene pretensión de exclusividad, puesto que debería ser objeto de contraste y de valoración conjunta con la obtenida por los circuitos que corresponden a otros subsistemas sociales (en el caso analizado también sería relevante información recabada por el sistema sanitario, educativo, etc.), con la aportada por los agentes sociales que se implican en los procesos de reforma legal y por la recabada acerca de las prácticas y opiniones de la población en general. Una vez confirmada la posible aportación de racionalidad por la Criminología deberíamos proceder en futuras investigaciones a comprobar cómo es preparada, recibida y absorbida esa información por los órganos que preparan la actividad de cambio normativo y qué papel juega en el debate parlamentario.

Ni que decir tiene que una investigación específica sobre una manifestación determinada de un concreto fenómeno delictivo complejo no tiene la capacidad representativa necesaria para alimentar la dinámica legislativa. Este objetivo finalista requiere de circuitos estabilizados que realicen su trabajo informativo de manera, más o menos, constante y con el mayor alcance material posible.

De lo expuesto hasta ahora también se deduce que el tipo de información requerido exige el uso tanto de datos cuantitativos como cualitativos. Buena parte de los campos relevantes de un mercado de drogas pueden ser objetivados mediante indicadores de seguimiento, pero como acabamos de referir al tratar las prácticas de los actores – institucionales y no institucionales - de ese mercado, estos indicadores requieren de un contexto interpretativo socio-cultural. Es en este ámbito donde *lo cualitativo* juega un papel imprescindible.

Que no estamos ante un mero *desiderátum* viene confirmado por el hecho de que la información delictiva está llamada a circular por circuitos institucionalmente establecidos. Mencionando ahora sólo el ámbito *securitario*, las diversas unidades de los cuerpos policiales implicados en una

materia acumulan de hecho información sobre las incidencias de las que conocen; las unidades de inteligencia y los gabinetes técnicos que se crean en el entorno directivo de las cúpulas policiales elaboran análisis de carácter operativo o estratégico que reelaboran esta información; a petición política pueden introducirse en operaciones estadísticas periódicas ya estabilizadas nuevos aspectos que hayan sido considerados de especial interés en un momento dado y que amplíen los datos ya disponibles, lógicamente también pueden crearse operaciones específicas (pero no es frecuente dado su coste); y las administraciones públicas de todos los niveles competenciales pueden encargar estudios cualitativos específicos a la comunidad científica o a asociaciones especializadas en los ámbitos de que se trate.

Desde un punto de vista institucional y técnico-científico estamos, por tanto, ante un camino transitable, que tendría un indudable interés para el pleno desarrollo de un sector de la Criminología aplicada en el estado español. Sin embargo, no podemos olvidar que otros factores (como la voluntad o la oportunidad política, la disponibilidad de recursos y la confianza interinstitucional entre academia y sector *securitario*) condicionan el acceso al mismo.

Bibliografía

- AYOS, Emilio J. y DALLORSO, Nicolás (2011), "(In)seguridad y condiciones de vida en la problematización de la cuestión social: Políticas sociales y políticas de prevención del delito", *Política Criminal*, Volumen 6, 11, págs. 1-18.
- BARATTA, Alessandro (1985), "Principi del diritto penale minimo. Per una teoría dei diritti umani como oggetti e limiti della legge penale", *Dei Delitti e delle Pene*, Tomo III, Fascículo 3, págs. 443-473.
- BARRUTI, Mila *et al.* (2003), "The synthetic drug market in Barcelona", en AA. VV., *Synthetic Drugs Trafficking in Three European Cities: Major trends and the Involvement of Organised Crime*, Gruppo Abele, Turín, págs. 95-165.
- BECERRA, José (2013a): *La Toma de Decisiones en Política Criminal. Bases para un Análisis Multidisciplinar*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- BECERRA, José (2013b): "La toma de decisiones legislativas penales", *Revista Española de Derecho Constitucional*, 99, págs. 125-158.
- BECK, Ulrich (1993), "De la sociedad industrial a la sociedad del riesgo. Cuestiones de supervivencia, estructura social e ilustración ecológica", *Revista de Occidente*, 150, págs. 19-40.
- BECKERT, Jens y WEHINGER, Frank (2013), "In the shadow: Illegal markets and economic sociology", *Socio-Economic Review*, 11, págs. 5-30.
- BERG, Mark T. y LOEBER, Rolf (2015), "Violent conduct and victimization risk in the urban illicit drug economy: A prospective examination", *Justice Quarterly*, 32, 32-55.
- BIANCHI, Eugenia (2012), "El problema del riesgo. Notas para una reflexión sobre los aportes surgidos de la usina genealógica en torno al concepto de riesgo en salud mental", *Espacio. Estudios de Biopolítica*, 7, págs. 84-97.
- BOUCHARD, Martin (2007), "On the resilience of illegal drug markets", *Global Crime*, Volumen 8, 4, págs. 325-344.
- BRANDARIZ, José Ángel (2016), *El Modelo Gerencial-Actuarial de Penalidad. Eficiencia, Riesgo y Sistema Penal*, Dykinson, Madrid.
- BUNGE, Mario (1995), "Realismo y antirrealismo en las ciencias sociales", *Mientras Tanto*, 61, p. 21-47.
- CAMPIONE, Roger (2003), "El que algo quiere algo le cuesta: Notas sobre la *Kollateralchädengesellschaft*", en Cândido da AGRA *et al.* - Eds. -, *La Seguridad en la Sociedad del Riesgo. Un Debate Abierto*, Atelier, Barcelona, págs. 11-26.
- CRAWFORD, Adam (2014), "L'hétérogénéité du concept de sécurité: ses implications sur les politiques publiques, la justice et la durabilité des pratiques", *Cahiers de la Sécurité et de la Justice*, 27/28, págs. 125-134.
- DECKER, Scott H. y CHAPMAN, Margaret Townsend (2008), *Drug Smugglers on Drug Smuggling*, Temple University Press, Philadelphia.

DESROCHES, Frederik (2007), "Research on upper level drug trafficking: A review", *Journal of Drugs Issues*, 37, págs. 827-844.

DIAZ, Frédéric (2013), "La construction sociale du risque et de la sécurité : une question de gouvernance", *Loisir et Société*, Volumen 36, 1, págs. 8-26.

DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis (2003), *La Racionalidad de las Leyes Penales. Práctica y Teoría*, Trotta, Madrid.

DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis (2004), "El nuevo modelo penal de la seguridad ciudadana", *Jueces para la Democracia. Información y Debate*, 49, págs. 25-42.

DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis (2005), "De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: un debate desenfocado", *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 07-1 (<http://criminet.ugr.es/recpc/07/recpc07-01.pdf>).

DOMÍNGUEZ, José Luis (2003), "Sociología jurídico-penal y actividad legislativa", en Roberto BERGALLI - Coordinador -, *Sistema Penal y Problemas Sociales*, Tirant lo Blanch, Valencia, págs. 243-285.

DOMÍNGUEZ, José Luis (2018), *Criminología, Sociología Jurídico-penal y Políticas Públicas de Seguridad. Introducción a los Informes de Situación Delictiva (ISD)*, Atelier, Barcelona.

DOMÍNGUEZ, José Luis *et al.* (2003), "El tráfico de drogas de síntesis en la ciudad de Barcelona. La mirada de las instituciones", *Revista Catalana de Seguretat Pública*, 12, págs. 87-125.

DOMÍNGUEZ, José Luis, GUARNÉ, Blai y VALLÉS, Maria Dolors (2003), "Resistencias y contradicciones en la convivencia del prohibicionismo con las políticas de reducción de daños. El caso de los Programas de Intercambio de Jeringuillas en las prisiones catalanas", en Xabier ARANA, Douglas HUSAK y Sebastian SCHEERER - Coordinadores -, *Globalización y Drogas, Políticas sobre Drogas, Derechos Humanos y Reducción de Riesgos*, Dykinson, Madrid, págs. 297-317.

DOMÍNGUEZ, José Luis y RODRÍGUEZ, Anabel (2003), "Lógica actuarial, seguridad y sistema de justicia criminal", en Cândido da AGRA *et al.* - Editores -, *La Seguridad en la Sociedad del Riesgo. Un Debate Abierto*, Atelier, Barcelona, págs. 329-351.

DORN, Nicholas - Editor - (1999), *Regulating European Drug Problems. Administrative Measures and Civil Law in the Control of Drug Trafficking, Nuisance and Use*, Kluwer Law International, The Hague/London/Boston.

DRUG ENFORCEMENT ADMINISTRATION (2018), *National Drug Threat Assessment*, DEA Intel Publications, s.l.

ERICSON, Richard Victor (1994), "The division of expert knowledge in policing and security", *British Journal of Sociology*, 45, 149-175.

ERICSON, Richard Victor y HAGGERTY, Kevin D. (1997), *Policing the Risk Society*, Clarendon Press, Oxford.

FERRAJOLI, Luigi (1995), *Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal*, Trotta, Madrid.

FLIGSTEIN, Neil y DIOUN, Cyrus (2015), "Economic Sociology", en James D. Wright (Editor), *International Encyclopedia of the Social & Behavioral Sciences*, Elsevier, Amsterdam, Volumen 7, págs. 67-72.

GARLAND, David (2000), "The culture of high crime societies. Some preconditions of recent law and order policies", *The British Journal of Criminology*, Tomo 40, Fascículo 3, págs. 347-375.

GARLAND, David (2005), *La Cultura del Control. Crimen y Orden Social en la Sociedad Contemporánea*, Gedisa, Barcelona.

GIDDENS, Anthony y BIRDSALL, Karen (2004), *Sociología*, Alianza Editorial, Madrid [4ª. reimp.; 1ª. ed. en español: 2002]

GLEIZAL, Jean-Jacques (1985), *Le Désordre Policier*, Presses Universitaires de France, París.

GODET, Michel (2007), *Prospectiva Estratégica: Problemas y Métodos*, Prospektiker, San Sebastián.

GRACIA, Luis (2003), *Prolegómenos para la Lucha por la Modernización y Expansión del Derecho Penal y para la Crítica del Discurso de Resistencia*, Tirant lo Blanch, Valencia.

HABERMAS, Jürgen (1991), *Problemas de Legitimación en el Capitalismo Tardío*, Amorrortu Editores, Buenos Aires.

JIMÉNEZ, María José (2014), "Sociedad del riesgo e intervención penal", *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 16, 08, págs. 1-25.
(<http://criminet.ugr.es/recpc/16/recpc16-08.pdf>)

LAMO DE ESPINOSA, Emilio (1989), *Delitos sin Víctima. Orden Social y Ambivalencia Moral*, Alianza Editorial, Madrid.

LAPORTA, Francisco Javier (1999), "Materiales para una reflexión sobre racionalidad y crisis de la ley", *Doxa*, 22, págs. 320-330.

LARRAURI, Elena (1991), *La Herencia de la Criminología Crítica*, Siglo Veintiuno de España Editores/Siglo Veintiuno Editores, Madrid/México D. F.

LUHMANN, Niklas (1990), *Sociedad y Sistema: La Ambición de la Teoría*, Ediciones Paidós Ibérica/I.C.E.-Universidad Autónoma de Barcelona, Barcelona.

LUHMANN, Niklas (1994), *Teoría Política en el Estado del Bienestar*, Alianza Universidad, Madrid.

LUHMANN, Niklas (1997), *Organización y Decisión. Autopoiesis, Acción y Entendimiento Comunicativo*, Anthropos/Universidad Iberoamericana/Instituto de Sociología de la Pontificia Universidad Católica de Chile, Rubí/México D. F./Santiago de Chile.

LUHMANN, Niklas (1998), *Sistemas Sociales. Lineamientos para una Teoría General*, Anthropos/Universidad Iberoamericana/Centro Editorial Javeriano, Rubí/México D. F./Santafé de Bogotá.

MATURANA, Humberto (1997a), *La Realidad: ¿Objetiva o construida? I. Fundamentos Biológicos de la Realidad*, Anthropos/Universidad Iberoamericana/ITESO, Rubí/México D. F./Guadalajara. [1ª. reimp. de la 1ª. ed. en español: 1995]

- MATURANA, Humberto (1997b), *La Realidad: ¿Objetiva o construida? II. Fundamentos Biológicos del Conocimiento*, Anthropos/Universidad Iberoamericana/ITESO, Rubí/México D. F./Guadalajara. [1ª reimp. de la 1ª. ed. en español: 1996]
- MATURANA, Humberto y VARELA, Francisco (1999), *El Árbol del Conocimiento. Las Bases Biológicas del Conocimiento Humano*, Debate, Madrid. [3ª edición en español; 1ª. ed.: 1990]
- MEDINA, Juanjo (2013), *Políticas y Estrategias de Prevención del Delito y Seguridad Ciudadana*, EDISOFER, Madrid.
- MENDOZA, Blanca (2001), *El Derecho Penal en la Sociedad del Riesgo*, Civitas, Madrid.
- MOELLER, Kim (2017), "Drug market Criminology: Combining economic and criminological research on illicit drug markets", *International Criminal Justice Review*, Volumen 28, 3, págs. 191-205.
- NATARAJAN, Mangai (2006), "Understanding the structure of a large heroin distribution network: A quantitative analysis of qualitative data", *Journal of Quantitative Criminology*, 22, págs. 171-192.
- NIETO, Adán, MUÑOZ, Marta y BECERRA, José -Directores- (2016), *Hacia una Evaluación Racional de las Leyes Penales*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- OFFE, Claus (1988), "Criterios de racionalidad y problemas de funcionamiento político-administrativo", en *Partidos Políticos y Nuevos Movimientos Sociales*, Sistema, Madrid, págs. 7-25.
- OFFE, Claus (1994), *Contradicciones en el Estado de Bienestar*, Alianza Editorial, Madrid.
- PALLARÉS, Joan y FEIXA, Carles (2000), "Espacios e itinerarios para el ocio juvenil nocturno", *Estudios de Juventud*, 50, págs. 23-41.
- PÉREZ, Ana Isabel (2006), "El código penal de la seguridad: una involución en la política criminal de signo reaccionario", en María José BERNUZ y Ana Isabel PÉREZ - Coords. -, *La tensión entre Libertad y Seguridad. Una Aproximación Socio-jurídica*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de La Rioja, Logroño, págs. 223-243.
- PONT, Josep (2018), "Autopoiesis en la teoría de sistemas de Niklas Luhmann: Reflexiones para una reontologización comunicativa", *Athenea Digital*, 18, 3, págs. 1-26.
- PRIETO, Evaristo (1994), "Algunas consideraciones sobre las relaciones entre derecho e integración social en el último Habermas", *Doxa*, 15-16, págs. 339-352.
- PRIETO, Evaristo (2003), "Sobre los límites y las posibilidades de la respuesta jurídica al riesgo", en Cándido da AGRA et al. - Editores -, *La Seguridad en la Sociedad del Riesgo. Un Debate Abierto*, Atelier, Barcelona, págs. 27-46.
- REITH, Gerda (2004), "Uncertain times: The notion of 'risk' and development of modernity", *Time & Society*, Volumen 3, 2/3, págs. 383-403.
- REUTER, Peter y CAULKINS, Jonathan P. (2004), "Illegal 'lemons': Price dispersion in cocaine and heroin markets", *Bulletin on Narcotics*, 56, págs. 141-165.

ROXIN, Claus (2000), *La Evolución de la Política Criminal, el Derecho Penal y el Proceso Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia.

SCHWENDINGER, Julia y SCHWENDINGER, Herman (1985), "Defensores del orden o custodios de los derechos humanos", en Ian TAYLOR, Paul WALTON y JOCK Young - Dtores. -, *Criminología Crítica*, Siglo Veintiuno Editores, México D. F., págs. 149-189.

SEELMANN, Kurt (1994), "Societat de risc i dret penal", *Iuris: Quaderns de Política Jurídica*, 1, págs. 271-288.

SELMINI, Rosella (2009), "La prevención: estrategias, modelos y definiciones en el contexto europeo", *Urvio. Revista Latinoamericana de Seguridad Ciudadana*, 6, 41-57.

SILVA, Jesús-María (1999), *La Expansión del derecho Penal. Aspectos de la Política Criminal en las Sociedades Postindustriales*, Civitas, Madrid.

TEUBNER, Gunther (1985), "Aspetti, limiti, alternative della legificazione", *Sociologia del Diritto*, Tomo XII, Fascículo 1, págs. 7-30.

TEUBNER, Gunther (1986), "Evoluzione giuridiche ed autopoiesis", *Sociologia del Diritto*, Tomo XIII, Fascículo 2-3, págs. 199-214.

TEUBNER, Gunther (1993), *Autopietic Law*, Basil Blacwell, Oxford.

TEUBNER, Gunther (2002), "Elementos materiales y reflexivos en el derecho moderno", en BORDIEU, Pierre y TEUBNER, Gunther, *La Fuerza del Derecho*, Ediciones Uniandes/Universidad de los Andes/Instituto de Estudios Sociales y Culturales-Pensar/Siglo del Hombre Editores, Bogotá, págs. 81-152.

TORRENTE, Diego (1997), *La Sociedad Policial. Poder, Trabajo y Cultura en una Organización Local de Policía*, Centro de Investigaciones Sociológicas/Universidad de Barcelona, Madrid.

URTEAGA, Eguzki (2012), "Los determinantes culturales de la percepción social del riesgo", *Argumentos de Razón Técnica*, 15, págs. 39-53.

VARONA, Daniel (2018), "Derecho penal democrático y participación ciudadana", *InDret. Revista para el Análisis del Derecho*, 2.

WENDORFF, Carlos (1983), "Unidades de pequeña escala de operación en la economía urbana: criterios de identificación", *Debates en Sociología*, 9.
(<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/debatesensociologia/article/view/6890>)

WILSON, James Q. (1968), *Varieties of Police Behavior: The Management of Law and order in Eight Communities*, Harvard University, Cambridge.

YOUNG, Jock (1981), "Thinking seriously about crime: some models of Criminology", en *Crime and Society*, Routledge & Kegan Paul, Londres, págs. 248-309.

ZAITCH, Damián (2005), "The ambiguity of violence, secrecy, and trust among Colombian entrepreneurs", *Journal of Drug Issues*, 35, págs. 201-228

