



Sustento del uso justo
de Materiales Protegidos
derechos de autor para
fines educativos



UCI

Universidad para la
Cooperación Internacional

UCI
Sustento del uso justo de materiales protegidos por
derechos de autor para fines educativos

El siguiente material ha sido reproducido, con fines estrictamente didácticos e ilustrativos de los temas en cuestión, se utilizan en el campus virtual de la Universidad para la Cooperación Internacional – UCI – para ser usados exclusivamente para la función docente y el estudio privado de los estudiantes pertenecientes a los programas académicos.

La UCI desea dejar constancia de su estricto respeto a las legislaciones relacionadas con la propiedad intelectual. Todo material digital disponible para un curso y sus estudiantes tiene fines educativos y de investigación. No media en el uso de estos materiales fines de lucro, se entiende como casos especiales para fines educativos a distancia y en lugares donde no atenta contra la normal explotación de la obra y no afecta los intereses legítimos de ningún actor.

La UCI hace un USO JUSTO del material, sustentado en las excepciones a las leyes de derechos de autor establecidas en las siguientes normativas:

a- Legislación costarricense: Ley sobre Derechos de Autor y Derechos Conexos, No.6683 de 14 de octubre de 1982 - artículo 73, la Ley sobre Procedimientos de Observancia de los Derechos de Propiedad Intelectual, No. 8039 – artículo 58, permiten el copiado parcial de obras para la ilustración educativa.

b- Legislación Mexicana; Ley Federal de Derechos de Autor; artículo 147.

c- Legislación de Estados Unidos de América: En referencia al uso justo, menciona: "está consagrado en el artículo 106 de la ley de derecho de autor de los Estados Unidos (U.S, Copyright - Act) y establece un uso libre y gratuito de las obras para fines de crítica, comentarios y noticias, reportajes y docencia (lo que incluye la realización de copias para su uso en clase)."

d- Legislación Canadiense: Ley de derechos de autor C-11– Referidos a Excepciones para Educación a Distancia.

e- OMPI: En el marco de la legislación internacional, según la Organización Mundial de Propiedad Intelectual lo previsto por los tratados internacionales sobre esta materia. El artículo 10(2) del Convenio de Berna, permite a los países miembros establecer limitaciones o excepciones respecto a la posibilidad de utilizar lícitamente las obras literarias o artísticas a título de ilustración de la enseñanza, por medio de publicaciones, emisiones de radio o grabaciones sonoras o visuales.

Además y por indicación de la UCI, los estudiantes del campus virtual tienen el deber de cumplir con lo que establezca la legislación correspondiente en materia de derechos de autor, en su país de residencia.

Finalmente, reiteramos que en UCI no lucramos con las obras de terceros, somos estrictos con respecto al plagio, y no restringimos de ninguna manera el que nuestros estudiantes, académicos e investigadores accedan comercialmente o adquieran los documentos disponibles en el mercado editorial, sea directamente los documentos, o por medio de bases de datos científicas, pagando ellos mismos los costos asociados a dichos accesos.

COLECCIÓN CRIMINOLOGÍAS
- IV -

Directores

MARY BELOFF - MÁXIMO SOZZO
Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, UBA Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, UNL

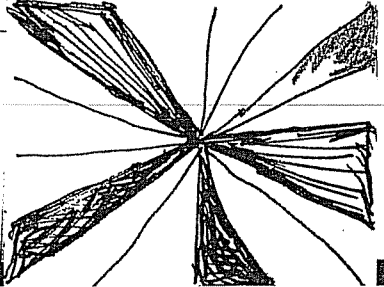
Traducción al castellano:
Máximo Sozzo y Magdalena Candiotti
(Universidad Nacional del Litoral)

Massimo Pavarini

UN ARTE ABYECTO

*Ensayo sobre el gobierno
de la penalidad*


AD-HOC



MASSIMO PAVARINI

significativo que cuanto más nos alejamos del momento puro-mente custodial-carcelario, en pos de un involucramiento distin- to de las agencias de disciplina social y de control social que operan fuera o junto al momento reformulado, la instancia y la encontrar, si bien diversamente reformulada, la instancia y la práctica correccional.

En la actividad rutinaria de las agencias — aun penales— descentradas y territorialmente liberadas de los su- jetos, completa o parcialmente desconianza, de tanto en tanto gativos, se observa una profunda desconfianza, de tanto en tanto imputada ciegamente o por mala conciencia a dificultades técni- co-administrativas o simplemente económicas, en relación a las posibilidades correccionales.

Donde, en cambio, me parece poder individualizar la sede privilegiada de la dislocación de la fe y la práctica coherente de tipo correccionales es al exterior no sólo de los circuitos carce- larios, sino del sistema mismo de justicia penal (Pepa, 1992). Quede claro que me refiero siempre a una instancia pedagógico- correccional frente a tipologías subjetivas desterradas de lo po- nial, definitiva o momentáneamente y que de todos modos po- drían ser nuevamente involucradas en la disciplina penal.

1/27/80 / MASSIMO PAVARINI

34. Instancia y disciplina social y de control social que operan fuera o junto al momento reformulado, la instancia y la encontrar, si bien diversamente reformulada, la instancia y la práctica correccional.

CAPITULO 2

EL ORDEN INJUSTIFICABLE

1. Enmascaramientos y desenmascaramientos

La teoría de la pena moderna es también la historia de una improbable justificación cuando ella deja de ser pena "justa" para devenir pena "útil". Perdida esa razón universal de justicia, sobre la que se había fundado, su supervivencia estuvo signada por la precariedad: para existir debe demostrar ahora servir para algu- na otra cosa.

Al no estar más en condiciones de expresar un universal de justicia, en su proceso de laicización la pena termina por poder justificarse sólo por y en cuanto medio para alcanzar un fin. Pero si la pena se justifica sólo por el fin contingente que persigue, termina por someterse necesariamente a la crítica implícita en otros fines posibles y/o a la verificación de la incapacidad de al- canzar aquel fin predeterminado (Resta, 1992).

Desde el momento en el que la pena debió emanciparse del castigo divino, ella ha estado perennemente amenazada por el riesgo de ser develada como lo que contingentemente está detrás de la ficción de aquello que desea hacer creer que es. Mientras pudo presentarse como pena justa ha podido soportar impertur- bable la crítica de los fines; pero si se presenta como pena útil y el fin se desenmascara como inalcanzable, falso o inconcesable, la pena no está más en condiciones de justificarse, debe mos- trarse como aquello que efectivamente es.

La crisis moderna de la pena esta marcada por estas vicisi- tudes alternas de enmascaramiento y desenmascaramiento: su teoría es la historia de la racionalización de esta aportía y no la de su definitiva resolución.

De esta tensión hacia un ocultamiento siempre precario deseo dar aquí cuenta sintéticamente. Con una advertencia: las lecturas críticas del castigo legal en la época moderna son revisitadas con una atención exclusiva puesta sobre la pena históricamente dominante en el período histórico considerado, es decir, la pena privativa de la libertad.

2. Pena "en abstracto" y "en concreto"

La filosofía utilitaria del siglo XVIII es la primera en empeñarse en la búsqueda de un fundamento teleológico de la pena (Tarello, 1975). Su gran mérito es haber distinguido claramente entre justificación de la pena "en abstracto" (por qué el Príncipe tiene el derecho de punir) y pena "en concreto" (por qué, cuándo y cómo el Príncipe puede y debe punir).

Esta distinción ya no podrá ser olvidada (Hart, 1968). Su fuerza está en haber definitivamente clarificado cómo la finalidad que el Príncipe persigue a través del sistema de las penas, puede justificar el sacrificio de la persona del condenado, sin embargo no está en condiciones de determinar los límites concretos en los que la vida, la propiedad y la libertad del reo pueden ser sacrificadas.

Es evidente que esta distinción sería improponible en una concepción absoluta y ética de la pena en la que ésta no necesitaba de ninguna justificación respecto de un fin y la medida concreta de ella no podía considerarse un límite al poder, sino expresión del poder justo.

Por tanto, atribuir a la pena en abstracto una función de prevención general implica que el Príncipe busca la obediencia a ciertas reglas por parte de los asociados, incluso a través de la amenaza de un sufrimiento. En este sentido el fin de la pena se identifica con el del sistema penal en su conjunto, esto es, la felicidad de los más en el respeto de la ley (Ferrajoli, 1989: 345 y ss.).

Los límites que se ponen al poder o derecho de castigar del Príncipe se deducen de la fundación contractual del derecho penal mismo; el pacto originario en el cual se determinan el contenido de los intereses generales a proteger y su jerarquía y al mismo tiempo los bienes individuales contractualmente disponibles y, por tanto, sacrificables en nombre del interés general.

Otras consideraciones deben hacerse, en cambio, en relación a la pena en concreto. Si bien la prevención general justifica el derecho penal contractualmente fundado, esta finalidad en absoluto no puede ser utilizada para la medición de la pena en concreto. El problema de la pena en concreto se reduce por tanto al problema de su determinación y, en este sentido específico, la pena en concreto no puede sino estar privada de finalidad.

El esquema contractual es nuevamente el que determina en concreto los límites de la pena, interpretando a estos últimos sobre la base de un esquema privatista de una prestación *post factum*. Pero en este caso la retribución no es más expresión de la pena justa sino simple instrumento para garantizar la necesaria proporcionalidad entre delito y pena, para respetar el fundamento sinalagmático de la relación punitiva. El fin utilitario puede satisfacerse, por tanto, dentro de los límites contractuales sólo en la ley penal en abstracto; en su aplicación al caso concreto ella no puede realizarse más que en la determinación proporcionada de la pena sin necesidad de justificarse teleológicamente.

Es difícil no fascinarse por este proyecto, aun cuando seamos conscientes de que su fuerza reside en haber absolutizado y universalizado las formas históricamente determinadas de aquella sociedad fundada sobre el intercambio.

No me parece que pueda decirse lo mismo del pensamiento idealista cuya reflexión en torno a la teoría de la pena sólo termina por dar cuenta, a través de la concepción dialéctica de la libertad, del fundamento retributivo como límite de la pena en concreto, esto es, de su determinación, guardando silencio sobre la justificación del derecho de castigar, o bien, dándole a este último una justificación sólo formal. Perdida toda referencia contractual al derecho de castigar, los fines y los medios a los cuales el ordenamiento penal se orienta y privilegia, cesan definitivamente de ser objeto de conocimiento crítico.

Por tanto, resulta compatible la lectura crítica de Hart (1963; 1968) y Ross (1970) según la cual la reproposición de una concepción jurídica de la retribución en la reflexión hegeliana debe necesariamente limitarse a las cuestiones planteadas por la pregunta: cuándo y cómo debe castigar el Estado. En este caso, la racionalización del principio del talión se realiza en el plano de la pena en concreto en el cual la exigencia de fundamentación no puede deducirse de un universal de justicia, sino sólo de la voluntad culpable. La "pena justa en concreto" es por tanto la "pena

Revisión en
Comité de

Revisión
de

merecida" porque, incluso pudiendo hacer el bien, he deseado el mal.

El paradigma retribucionista tiende por tanto a especificarse también en términos subjetivos, en el sentido de encontrar en la voluntad libre y culpable el límite mismo de su ejercicio. Se trata de una afirmación fundamental en tanto viabiliza un nivel elevado de formalización jurídico-penal en el que situaciones iguales en el plano de la conducta material y la culpabilidad, terminan por encontrar igual respuesta sancionatoria. Pero se trata también de una afirmación inexpressiva en relación a la fundamentación del derecho de castigar en abstracto. Afirmar que el Estado castiga porque a través del mal de la pena se realma el bien de la ley violada sólo implica que la pena debe seguir a la violación de la norma y que abstractamente debe ser proporcionada a esta última; sin embargo, deja absolutamente irresuelta e irresoluble la cuestión de con qué finalidad se castiga. Y en ausencia de una determinación de los fines, todas las finalidades son válidas.

Por otra parte, ni siquiera el criterio de una proporcionalidad abstracta es capaz por sí mismo de expresar un concepto de justicia que no sea más que el de una justicia formal. La importancia de la concepción dialéctica de la pena debe por tanto limitarse al problema de la determinación de la pena en concreto, en el cual el parámetro objetivo de la proporcionalidad entre el valor-delito debe corresponderse con el equivalente valor-pena, en los límites de la culpa legal. Sobre la cuestión de la fundamentación de la pena en abstracto la concepción dialéctica, más allá de afirmar la necesidad de una proporcionalidad abstracta entre delito y pena, no está en condiciones de pronunciarse.

Conclusión cuanto menos significativa y en ciertos aspectos instructiva: la reproposición de un paradigma retributivo en ausencia de un referente ético no puede sino reducirse a la simple y vacía afirmación de la necesaria proporcionalidad. Si acaso pretendiera en cambio justificar el poder de castigar como justo, no puede sino valorar los bienes protegidos por la norma como universales y, por tanto, debería tenerse de cuenta.

Este inicial estadio del proceso de fundamentación laica de la pena, con su afirmación de una relativa indiscutibilidad teórica del fundamento último del sistema penal y de la necesaria proporcionalidad en los límites de la culpabilidad para la determinación de la pena en concreto, conocerá una larga reflexión

que pasará a través de Feuerbach (1799-1800) y en parte, de Von Listz (1905). Una tradición prestigiosa cuanto ineficaz, dando que el debate sobre la teoría de la pena de la segunda mitad del siglo xix en adelante se caracteriza no precisamente por negar de distintos modos aquella postura inicial.

De hecho, una vez asumidas ciertas premisas no es posible llegar a una conclusión diversa. Si se afirma la escisión entre ética y derecho, si se rechaza una fundamentación contractual del poder de castigar; si se demanda como necesidad la proporcionalidad, las posiciones a las que llega la reflexión analizada precedentemente representan la última instancia más allá de la cual la razón no puede aventurarse en la búsqueda de un fundamento laico del derecho de castigar. Si desesamos alejarnos de esta posición, como de hecho lo haremos, sólo podremos hacerlo, incluso por caminos diversos, siempre y de todos modos, negando una de las condiciones iniciales: reponiendo un valor como propio del derecho penal; reafirmando su fundamentación contractual o incluso negando la necesidad de estricta proporcionalidad.

La ruptura del parámetro retributivo en la determinación de la pena ha terminado por representar la gran revolución de la pena moderna en la persecución de sus resultados extremos: la pena ejemplar (según el principio de la prevención general como criterio de determinación de la pena en concreto) y la pena indeterminada (según la finalidad de la prevención especial).

Se asiste así en la escena más reducida de la cuestión de la determinación de la pena en concreto a cuanto se había presentado ya en el marco de la justificación de la pena en abstracto, esto es, a la caída de todo parámetro objetivo. Pero con la transgresión de este último límite, el Principio no sólo es libre de castigar para alcanzar fines no identificados previamente, sino que tampoco tiene límites en la determinación del castigo en concreto. Si la pena en concreto debe servir, no puede ser sino aquella que se muestre —para cada ocasión— más idónea para alcanzar el fin prefijado.

3. La nueva penología

FRANZ VON LIST, 1867 ss

La reflexión moderna sobre el fundamento de la pena ha sido realizada fundamentalmente en torno a una pena históricamente particular, bien definida: la pena privativa de la libertad. Más aun: aquella reflexión, aquel lento y difícil camino de racionalización

zación de una pena laica, ha sido posible sólo y en cuanto se dieron históricamente las condiciones para la emergencia y difusión de la pena carcelaria.

Ya sabemos que el origen de la cárcel no tiene nada que ver, en términos de dependencia causal, con la reflexión filosófico-penal antes examinada. Nadie puede ya creer que la cárcel ha sido inventada por filósofos y juristas. Su origen, como sabemos, está en otro sitio, en las necesidades disciplinarias.

Volvamos entonces a reflexionar sobre la naturaleza paradójica de la pena carcelaria: su intención de conjugar elementos incompatibles entre sí como el "contrato" y la "disciplina". Este nudo temático ha sido descuidado por la reflexión filosófico-penal. La ausencia de fines y objetivos utilitarios en la determinación de la pena en concreto, incluso en la reflexión liberal clásica, se coloca como fundamento objetivo de la determinación exclusivamente judicial de la pena misma. En ese delicado momento el hombre no puede ser objeto para ningún fin; pero en la fase de ejecución penal —aquella que constituye el contenido concreto necesario de la pena privativa de la libertad— el hombre siempre ha sido considerado objeto de una voluntad pedagógica.

Basta reflexionar históricamente: frente a las teorizaciones filosófico-jurídicas de un Beccaria (1764) está la experiencia contemporánea de la casa de trabajo y de la emergencia de las instituciones panópticas; frente a la concesión dialéctica de la libertad de querer en el pensamiento idealista alemán está la invención filadelfiana y auburniana de la penitenciaría. Con esto quiero simplemente sostener que la obsesión pedagógica es una constante preexistente, contemporánea y sucesiva a la consolidación de la norma penal-contrato.

Sólo teniendo presente esta coexistencia de intentos abstractamente inconciliables es pues posible comprender cómo al infringir el límite contractual en la determinación de la pena, ella termina por presentarse casi naturalmente como justificable sólo si se orienta hacia una finalidad de prevención.

Puede afirmarse que la ruptura del límite contractual en la determinación judicial de la pena se realiza cuando el límite contractual mismo es percibido como insensato. Se verifica así una significativa inversión del principio retributivo: pensado y querido como enmascaramiento de la naturaleza vengativa de la pena se muestra ahora, en ausencia de un fundamento material de proporcionalidad, como supervivencia injustificada de la venganza misma.

La insensatez del límite retributivo se explicita en demandas retóricas del tipo: si la pena ya ha alcanzado su objetivo, si ya ha sido útil, ¿por qué continuar con su ejecución? ¿qué sentido tiene retribuir más allá del límite de la utilidad? La falta de sentido del límite retributivo en la determinación de la pena en concreto marca históricamente la ruptura del dique contractual por las presiones de las necesidades disciplinarias. En adelante nada podrá detener la furia pedagógica.

Se abre una nueva etapa, aquella que Fogel (1975; 1982) llama de la *New Penology* inaugurada en 1870 con el Congreso de Cincinnati que tenía por eje precisamente la cuestión: ¿qué sentido tiene aún la pena determinada? La respuesta fue unánime: ninguno.

Eran pocos, pero significativos, los precedentes históricos de excepción al principio retributivo a los que la penología de la época podía recurrir: el instituto de las reducciones de la pena para los deportados y el sistema penitenciario irlandés que ya contemplaba la posibilidad de la liberación anticipada. Todo lo debatido en aquel histórico congreso encuentra aplicación práctica sólo seis años después en el reformatorio de Elvira y luego de algunos años se difunde a todas las instituciones penales en la mayor parte de los Estados norteamericanos. Nació un nuevo modelo penal.

En síntesis: la sentencia de condena —que se funda, al menos en un primer período, sobre el fundamento de la pena merecida en relación a la gravedad del delito y al grado de culpa— determina el límite máximo de la pena. El condenado, después de un período mínimo de detención, puede gozar de la libertad condicional independientemente de la condena impartida y en ausencia de toda condición predeterminada legalmente; la fase ejecutiva propiamente dicha se diferencia en grados y niveles en los que el momento segregativo es modulado en intensidad en función de la conducta del detenido (sobre la base de la experiencia del modelo irlandés); las modalidades de ejecución y la concesión misma de la libertad condicional reingresan en el poder discrecional del aparato carcelario-administrativo; la fase ejecutiva se estructura como tratamiento penitenciario.

Resquebrajado así el principio de la inderogabilidad de lo penalmente juzgado, fue luego relativamente fácil superar y vencer, a partir de esta fisura, toda resistencia retributiva.

Por un lado, el Poder Judicial, confiando en el sentido de responsabilidad de la administración penitenciaria, fiado de la proclamada cientificidad del tratamiento, teniendo la certeza de que la duración efectiva de la pena sería aquella considerada necesaria en el caso concreto, no dudó en conminar máximos de pena siempre más elevados hasta llegar a la idea de la *non-fixed sentence*. Por otro lado, las valoraciones especial-preventivas sobre las que se fundaba la fase propiamente ejecutiva terminaron por influir y contaminar al Poder Judicial mismo en la determinación de la condena (Davis, 1973; Walker, 1972; Frankel, 1973; Hogarth, 1971; Hofstra *Law Review*, 1979-80; Orland-Tyler, 1974).

En este punto —en los Estados Unidos a los inicios del siglo xx— podemos afirmar que, con la imposición del modelo correccional, la superación del modelo retributivo se ha cumplido definitivamente.

En esta progresiva afirmación de las razones especial-preventivas, ya sea en el proceso ejecutivo como en la misma determinación judicial de la pena, un rol fundamental fue ciertamente jugado por el pensamiento positivista que, hasta los años treinta, fue de estricto carácter médico psiquiátrico en lo que concierne a las ciencias criminológicas. Se puede observar cómo la misma práctica de la ejecución penitenciaria fue moldeada directamente en torno a la psiquiátrica: observación, diagnóstico y tratamiento.

Pero ello no explica, en verdad, el éxito de la *New Penology*. Que el objetivo especial-preventivo no era alcanzable no obstante el empleo de diversos medios y de recursos económicos, era una verdad ya presente en la conciencia crítica de los criminólogos de los años treinta. Las estadísticas carcelarias de la época mostraban un aumento constante de la reincidencia. Las razones por las que la cárcel fracasaba en el objetivo resocializador ya han sido explicadas —con argumentos no dispares a los utilizados por la nueva criminología— por la vieja criminología positivista de medio siglo atrás (Padovani, 1981; Garland, 1985; 1990).

4. El modelo correccional

Pero ¿por qué la idea correccional ha continuado dominando y expandiéndose posteriormente aunque la cárcel se ha revelado incapaz de responder a las nuevas exigencias de un más amplio y

difuso control social (véase capítulo anterior). Incluso, cuanto más se manifiesta como un medio indóneo respecto del objetivo —la pena carcelaria no puede resocializar— tanto más se justifica una intervención penal fuera de la cárcel.

La cárcel pierde por tanto su originalidad específica para devenir un segmento de un *continuum* disciplinar en la nueva política de control en el Estado del *welfare*. Es esta la etapa en la cual la sanción penal termina por disolverse en el marco de las estrategias diferenciales y difusas de control-social. Entonces, cuanto más la expectativa especial-preventiva se ve frustrada en la práctica penitenciaria —y por tanto se acentúa la crisis de la cárcel como respuesta apropiada para las necesidades de resocialización— tanto más la resocialización se experimenta a través de otros medios. Es el triunfo del sistema correccional (Lipton, Martinson-Wilks, 1975; Stinchcombe, 1980; Hyton, 1981: 18-28; American Friends Service Committee, 1971; Cohen, 1977).

Si bien las alternativas a la cárcel marcan visiblemente el fracaso de la invención penitenciaria, evidencian al mismo tiempo el máximo dominio del objetivo especial-preventivo de la pena. La crisis de la respuesta carcelaria no solo es temporalmente anterior a la crisis de la finalidad especial-preventiva de la pena, sino que es precisamente la crisis carcelaria la que legitima las finalidades de resocialización en la política penal a través de castigos legales alternativos a la cárcel. Ya hacia fines de los años cincuenta la cárcel se liberó de toda finalidad especial-preventiva. La imposición del sistema correccional de justicia se realiza más en las nuevas estrategias de control en libertad que a través de la práctica de la privación de la libertad. En esta lectura crítica de la crisis de la pena carcelaria me remito, aunque desde otra perspectiva, a lo que precedentemente describí como los "nuevos confines" de la cárcel.

El modelo correccional puede correctamente identificarse solo con la plena afirmación de la pena indeterminada o relativamente indeterminada. La imposición del sistema correccional representa tanto teórica como históricamente el resultado extremo pero coherente de la búsqueda de un fundamento utilitario para la pena. Aun cuando las consecuencias de esta experiencia susciten temores, debemos tener el coraje de confesarlo: si la pena en concreto debe perseguir un fin, difícilmente podrá soportar límites que, de alguna manera, impidan alcanzarlo.

Este modelo está en condiciones de consolidarse en relación directa con el nivel en el cual la razón tecnocrática es capaz de imponerse también en cuestiones de orden social. Representa el punto extremo del proceso de laicización del derecho penal, capaz de reducirlo a uno de los instrumentos de control social. Pero con ello se termina por nublar el nudo político-conflictual sobre el cual se fundaba el derecho penal moderno y, por tanto, por atentar directamente contra el proceso de formalización del derecho penal. Es el vehículo más rápido y persuasivo para la administrativización del derecho de punir, esto es, para la afirmación del derecho penal desigual.

Si el sistema correccional en su dimensión de aparato de estrategias difusas de control de tipo no segregativo se presenta como opción óptima en una hipótesis de Estado social, necesariamente terminará por sufrir la crisis de este último.

La prevención especial —en la determinación histórica del modelo correccional tal como se ha realizado en los estados de bienestar desarrollados— es por tanto expresión estructural de la política del Estado social, tanto más cuanto que la persecución de este fin se realiza en una hipótesis de control *out-door*, en orden a satisfacer las nuevas exigencias de disciplina social. Existe, por tanto, un nexo estructural que liga la imposición del nuevo Estado social, la difusión de prácticas de control de tipo no institucional y la ideología de la resocialización (Garland, 1985; 1990). Este nexo no debe ser ni olvidado ni minusvalorado porque sólo él está en condiciones de explicarnos cómo la crisis de aquel modelo social de desarrollo es causa determinante del fracaso de esta política de control social.

5. Educar con la pena

Deben distinguirse las críticas a la prevención especial de la crisis del sistema correccional. Si innegablemente entre crisis de aquel sistema y análisis crítico de la ideología que lo sostiene no puede sino existir una relación, ésta no va en la dirección —por muchos sugerida— de que la inaceptabilidad científica de aquella teoría, tantas veces denunciada, provocó de algún modo la crisis del sistema mismo. La crisis de la hipótesis correccional es, en primer lugar, la crisis del modelo político y social de la cual ella es expresión concreta en la política de control social.

Ello no quita que la crítica a la finalidad especial-preventiva haya jugado un papel de deslegitimación del sistema.

Veamos en síntesis estos filones críticos. Hacen referencia a los diversos modos en los que es posible entender la prevención especial, esto es, como reeducación en la moralidad, en la legalidad y en la autodeterminación.

La idea de reeducación en la moralidad es ciertamente la concepción originaria de la función especial-preventiva, aquella que menos se ha emancipado de las concepciones éticas de la enmienda y que reenvía más directamente a una concepción consensual de la sociedad.

Si la sociedad es representada como una estructura relativamente homogénea, estable, bien integrada y cuyo funcionamiento se funda sobre el consenso de la mayoría en torno a algunos valores generales, se deduce que la ley penal refleja la voluntad colectiva, en el sentido de que sus miembros concuerdan sobre las definiciones de aquello que está bien y aquello que está mal.

La ley penal termina de esta manera por tener un valor en sí misma; quien viola la ley penal representa por tanto una minoría que precisamente en cuanto tal es definida como diversa. Y esta diversidad, sobre la base del paradigma etiológico, será explicada como efecto necesario de la presencia de factores criminógenos. La prevención especial no es otra cosa que operar positivamente, a través de la pena, sobre estos factores, a fin de que removida o reducida su fuerza determinante, el condenado pueda decirse reeducado, en el sentido preciso de normalizado respecto de valores socialmente dominantes.

Esta interpretación no está en condiciones de representar una sociedad moderna, pluralista y conflictual. Queriendo incluso aceptar esta visión del mundo, siempre es posible contestar racionalmente la necesidad de reeducación en este tipo de organización social. Basta, en este sentido, la referencia a Durkheim (1901: 65-95): una sociedad cuanto más homogénea tanto más necesita de una minoría desviada frente a la cual reafirmar —a través de la pena— el consenso de la mayoría en torno a los valores dominantes.

Si para una sociedad consensual el crimen es una realidad positiva, ¿qué sentido tiene reeducar? Difícilmente se podrá encontrar en nuestros días quien quiera seriamente legitimar una teoría especial-preventiva sobre semejante fundamento y con una referencia específica a una concepción consensual de la sociedad.

En verdad algunas tentativas en esta línea han emergido recientemente, pero presentándose, al menos formalmente, en términos más sofisticados. Se hace referencia, en esta hipótesis, al dato empírico de las percepciones que el público tiene del sistema y de la justicia penal para fundar sobre éstas la determinación de los valores y su jerarquía.

El artículo resulta inaceptable en cuanto tautológico. Tendría razón de ser sólo si se presumiera a la opinión pública sobre la criminalidad y la justicia penal como un *a priori* respecto del sistema de justicia penal y, por tanto, como algo no condicionado por éste. Pero dado que se puede demostrar que la representación social de la justicia penal es un efecto mediato del sistema penal, la fundamentación empírica de los valores no es sino un proceso de validación del sistema mismo (Smauss, 1980: 363-400).

La reeducación en la legalidad es una versión más seductora de la precedentemente criticada. La teoría especial-preventiva como educación sólo en relación con la legalidad penal (sin referencia alguna a la moralidad) puede incluirse entre las interpretaciones penales agnósticas propias de la ideología imperante en las democracias pluralistas.

Mientras el modelo consensual postula la existencia de un consenso general en torno a los valores y a los intereses a proteger, el modelo pluralista reconoce la existencia de una multiplicidad de grupos sociales que tienen intereses diferentes y a veces en conflicto entre sí.

La ley existe, en una concepción pluralista y democrática de la sociedad, no porque los individuos compartan un acuerdo general sobre las definiciones de lo justo y lo injusto, sino exactamente por lo contrario, porque no existe ningún acuerdo general. Al reconocer la necesidad de encontrar algún mecanismo de resolución pacífica de los conflictos, los individuos acuerdan una estructura legal que permite resolverlos. De acuerdo con esta perspectiva, se afirma la existencia de una conflictualidad de intereses y valores y, al mismo tiempo, un consenso general sobre la naturaleza puramente técnica y neutral de la ley, como conjunto de reglas que permiten disciplinar los conflictos.

La ley penal por tanto sólo tutela aquellos intereses cuya violación no permitiría ninguna forma de mediación pacífica de los conflictos mismos. La finalidad especial-preventiva en esta hipótesis debería por tanto poder realizarse como reeducación

en el respeto, aunque más no sea formal, de las normas penales. La inconsistencia teórica de semejante enunciaci3n se hace evidente inmediatamente, en tanto contradice las premisas mismas sobre las que se funda.

De hecho, si se rechaza una concepci3n consensual de la sociedad y se acepta por tanto la existencia de una pluralidad de códigos normativos, no se observa sobre qué fundamento es posible luego negar legitimidad a las mismas culturas criminales. Si se afirma que no puede existir identidad de intereses entre aquellos protegidos por la norma penal (porque son considerados fundamentalmente para una soluci3n pacífica del conflicto) y los de algunos de sus destinatarios, la reeducaci3n no es más que imposici3n autoritaria de los intereses dominantes. También esta forma de reeducaci3n termina, por tanto, caracterizándose por un rasgo autoritario, en contradicci3n flagrante con la aclamada neutralidad respecto de los valores del sistema penal mismo.

Se puede entonces observar que si la reeducaci3n debe limitarse sólo al respeto formal de la ley penal, ésta se deslegitimaría (más aún en una sociedad democrática) en cuanto práctica altamente selectiva porque de hecho se dirige a algunos y no a todos los violadores de la ley penal.

Si de hecho el objetivo central de la prevenci3n especial es reducir la recaída en el delito se puede afirmar que la mayor parte de aquellos que sufren una condena penal no tiene ninguna necesidad de ser reeducados, en tanto ya han sido educados en el respeto a la ley. Piénsese en la delincuencia ocasional, la criminalidad política y, en términos más generales, en todos los violadores de la ley penal que la infringen conscientemente.

Por otra parte, si la prevenci3n especial se limita a perseguir la mera aceptaci3n de las reglas mínimas de la convivencia social, necesariamente se terminan por universalizar los *standards* educativos y comportamentales del ciudadano medio, que es una abstracci3n científicamente inutilizable o bien la tipificaci3n históricamente determinada de la moralidad corriente. En esta segunda hipótesis, por tanto, se condenaría a la reeducaci3n sólo a aquella minoría de delincentes que, por la raz3n que fuera, orienta la propia conducta por un código normativo diverso.

Se reestablece así la contradicci3n ya esbozada: o el condenado no tiene ninguna necesidad de reeducaci3n porque ya ha sido educado según la moralidad corriente o bien tiene necesidad

de reeducación, pero ciertamente ya no en el sentido del respeto sólo a la legalidad penal sino como socialización coactiva en los valores dominantes. Y, por tanto, el sistema, además de descubrir su naturaleza selectiva, se muestra todavía fundado sobre valores.

Se deduce que también en esta interpretación la reeducación termina por realizarse a través de la imposición autoritaria de una moralidad. Así, lo que se deseaba echar por la puerta reingresa por la ventana: la resocialización como adaptación a una expectativa de conducta conforme a la legalidad termina por no ser más que una expectativa de conducta según los valores y los intereses de una parte, aun cuando mayoritaria, de los destinatarios de la ley penal. Una educación que se limite sólo al respeto de la legalidad penal implicaría una limitación de la finalidad reeducativa, esto es, la renuncia a una estabilidad del comportamiento conforme, porque sin infraestructura ética este empeño especial-preventivo se transformaría en una simple inducción a la simulación.

En la doctrina penal-criminológica de estos últimos años se han realizado significativos esfuerzos para desanclar la teoría de la prevención especial de las arenas en las cuales había encallado, entre resocialización a través de la moralidad y resocialización a través de la legalidad. En verdad, estas tentativas son tan elogiables cuanto ineficaces, terminando por reproducir —aunque a niveles culturalmente más aceptables— las mismas aporías precedentemente examinadas.

Así Eser (1974), fundándose en la teoría de la pedagogía en la autodeterminación de Von Hentig, intenta esta empresa desplazando significativamente el contenido mismo del proceso de reeducación: reeducar o educar ya no en un sistema de valores, sino en un método a través del cual el condenado pueda alcanzar la propia autodeterminación frente a aquél. En este sentido el condenado sería educado en la libertad de elección entre las varias alternativas ofrecidas por un contexto social heterogéneo.

También esta interpretación es blanco de críticas insuperables. En primer lugar, de hecho, también esta teorización mantiene el carácter de una práctica selectiva, en tanto para muchos condenados la elección de la criminalidad puede ser una libre elección y precisamente no se advierte por qué deberían ser educados para ser más libres.

En segundo lugar —como observa Haffke (1976: 607-34)— incluso si hipotéticamente se pudiera individualizar una población criminal caracterizada por un nivel reducido de conciencia de la realidad, el proceso de autodeterminación sólo podría lograrse a través de una imposición coactiva externa (la pena y su ejecución) y, de este modo, no se lograría ciertamente superar dialécticamente la contradicción entre dominio y autodeterminación respecto a los valores. Nos encontramos nuevamente en el punto de partida.

Existen también quienes intentan, como Haffke mismo, una vía diferente retomando la teoría de la pedagogía emancipatoria y sugiriendo por tanto una ejecución penal que respete la autonomía individual a través de la oferta de todas las ayudas posibles a fin de que el condenado pueda libremente resolver, en términos positivos, aquellos problemas que lo han llevado hacia una conducta delictiva.

Otra vez se reafirma una interpretación de la criminalidad a través de una etiología reduccionista ya que no se comprende cómo semejante teoría social emancipatoria puede operar en relación con aquellas contradicciones criminógenas que en tanto estructurales no son ciertamente resolubles individualmente.

Si esta impostación, como observa Sack (1972: 4-21), no desea permanecer en el plano de la utopía —frente a cada delito es la sociedad y no el individuo la que debe ser reeducada— termina inevitablemente por reducirse a poca cosa. Puede sólo invocar una modalidad de ejecución penal que no sea de por sí desocializante y que no consista en quemar los puentes a las espaldas del condenado... esperando su, en verdad no muy probable, fulguración sobre la calle de Damasco.

6. El retorno a la pena merecida

Las críticas dirigidas a la prevención especial poco tienen que ver con la crisis del sistema correccional que coherentemente se inspira en aquella finalidad de la pena.

Muchas de aquellas críticas, de hecho, fueron formuladas cuando el modelo correccional ni siquiera existía o cuando parecía que no podía detenerse en su irresistible ascenso.

Aquello que ha puesto en crisis aquel modelo, y por tanto, de reflejo, ha revigorizado también la recuperación de las teorías

1973: 217-43; 1979: Hirst, 1980: Cooper, 1971; Norrie, 1982: 59-73; Honderich, 1969; Acton, 1969).

En la constatación de incompatibilidad entre desarrollo económico y reformismo social, el cordón umbilical a cortar es aquel que ve en la solución positiva de las contradicciones sociales el modo más eficaz para combatir la criminalidad. Por ello, por parte del nuevo realismo criminológico de derecha (Von Hirsch, 1976; Van den Haag, 1975) se afirma que la evolución de la criminalidad depende en una medida limitada de la situación socioeconómica: en los años en los que el empeño reformista llegó a su máxima extensión, las estadísticas registraron un aumento constante de los índices de criminalidad; este aumento debe por tanto ser vinculado fundamentalmente a una declinación de la actividad punitiva. Este razonamiento lleva a una sola conclusión: imano dura en la represión del delito!

Otro lugar común del que es necesario deshacerse —agregan los nuevos realistas de derecha— es aquel que sostiene que las formas de ilegalidad socialmente percibidas como peligrosas son aquellas llevadas adelante por la criminalidad organizada. Si se presta atención, en cambio, a cuanto emerge de las investigaciones sobre la opinión pública se puede constatar que aquello que crea alarma social es la criminalidad callejera, la microcriminalidad. Si estas formas de criminalidad parecen ser propiedad casi exclusiva de las clases sociales más desventajadas, es cierto también que las víctimas de esta violencia pertenecen a estas mismas clases. ¿Por qué entonces prestar tanta atención al marginado del ghetto que asalta, al joven drogado que roba y tan poca consideración a sus víctimas que provienen del mismo ambiente social?

Se replantea así —en términos en verdad cuanto menos simplistas— el viejo arsenal justificativo del merecimiento justo al sentido común de la gente, afirma la existencia de un referente seguro —en cuanto histórica y culturalmente determinado— sobre el cual es posible decidir la pena en concreto como aquélla socialmente merecida. La referencia a un concepto de merecimiento no opera aquí en la perspectiva de poner límites al poder discrecional en la determinación judicial de la pena, sino que procura ligarla al *moral panic*, a la alarma social. Basta, en este sentido, leer a Von Hirsch (1976), Van den Haag (1975) y sus colegas.

críticas de la prevención especial, ha sido algo diferente y más determinante: la crisis del sistema político-social del cual la ideología correccional fue expresión coherente en las políticas criminales.

El sistema correccional comienza a mostrarse cada vez más inadecuado para solucionar los problemas para los cuales había sido originariamente pensado y querido. Y es en este preciso momento que el sistema correccional fue asediado y finalmente asaltado desde diversos frentes: al ser demasiado costoso fue denunciado como inútil; al sobrevivir solamente como aparato de control social siempre más invasivo fue denunciado como político-camente inaceptable. Pero más allá de haber sido atacado desde frentes opuestos, la razón material de su crisis parece ser simplemente la misma: la inadecuación del medio en relación con las nuevas estrategias de control.

En el nuevo clima de restauración, el optimismo en relación con una solución racional de los fenómenos de malestar social fue uldado de utópico y mistificador, por estar ligado a objetivos bien diferentes. Por un lado, se denuncia la mentira piadosa de una posible recuperación social del delincuente y se redescubren —con pesimismo— las teorías sobre la naturaleza malvada del hombre. Por el otro, se critica a un aparato de control que, bajo la apariencia paternalista de la ayuda, termina por extender la propia estructura de control con la progresiva negación de toda espacio de autonomía.

La crítica del sistema correccional se dirige fundamentalmente a las políticas de desencarcelamiento y de socialización del control. La cárcel se evita en cuanto ajena a todo fin especial-preventivo. La cárcel, al estar privada de fines especial-preventivos, termina por satisfacer posiciones diametralmente opuestas: su demostrada inutilidad resocializadora se conjuga bien con una concepción vengativa del derecho de castigar sobre la base de la pena merecida y, en cuanto contenedor vacío, puede también permitir el retorno a una pena simplemente retributiva y, de este modo, salvar algunas instancias garantistas.

El desencanto frente a la prevención especial se expresa con-tradictoriamente: forma parte del patrimonio cultural de las nuevas fuerzas neoliberales en la teorización de un "nuevo realismo criminológico de derecha" y al mismo tiempo subyace, aun con fines diversos, en las posiciones políticas de la criminología liberal y radical (Clarke, 1978: 27-62; 1982: 25-57; Murphy, 1970:

De esta forma el redescubrimiento del merecimiento justo como teoría de la determinación de la pena en concreto —en cuanto es justificada como retorno a una concepción absoluta de la pena y no faltan referencias a la teorización hegeliana de la retribución— termina significativamente por auspiciar una función preventivo-general de la pena en concreto (*deterrence*) (Andenaes, 1974; Beyleveld, 1980) una vez que el paradigma de la necesaria proporcionalidad se refiere a la necesidad de seguridad que la colectividad expresa frente a la criminalidad (para una verificación empírica de los efectos disuasivos de la pena sobre las tasas de criminalidad; conf. Ehrlich, 1972: 259-76; 1975: 397-417; 1983: 124-39; Blumstein-Cohen-Nagin, 1977; Danziger-Wheeler, 1975: 113-31; Friedman, 1977: 61-87; Gibbs, 1975; Fattah, 1978: 79-92). Es siempre desde esta óptica que se justifica la pena capital, la única que se supone que es siempre disuasiva, ciertamente poco costosa y, en cuanto eliminatória, capaz de resolver el problema de la reincidencia.

Desde el costado opuesto, el sistema correccional de justicia es atacado por la cultura garantista. En la realidad norteamericana de la década de los setenta esta cultura se ha expresado en el movimiento del *Justice Model*. Por *Justice Model* no se entiende una escuela penal o una dirección coherente de pensamiento, sino un conjunto de ideas, una especie de manifiesto sobre el que parecen confluir una pluralidad de autores de formación cultural diversa (Morris, 1974; Morris-Hawkins, 1969; 1977; Bottoms-Preston; 1978). Aquello que los une es una decidida oposición a la prevención especial y a las prácticas de tipo correccional, un cierto apoyo al Poder Judicial en oposición a la hegemonía de los aparatos administrativos, una incondicionada adhesión a los principios clásicos de la certeza del derecho y un énfasis más acentuado en la centralidad de la acción —en lugar del actor.

El disenso del *Justice Model* se dirigió esencialmente contra los mecanismos perversos del *sentencing* en un sistema de pena relativamente indeterminada (Paternoster-Bynum, 1982: 7-24; Barry-Greer, 1981: 254-71; Brewer-Beckett-Holt, 1981: 200-231; Hussey-Lagoy, 1981; Greemberg-Humphries, 1979: 206-25; Forst-Rhodes-Wellaford, 1979: 355-78; Wilkins, 1978). Por tanto, encuentran espacio al interior de esta posición, los nunca acallados reclamos de una codificación penal en la que la

intención de introducir una pena cierta y adecuada a ciertos parámetros —en la medida de lo posible— más objetivos a fin de limitar el poder discrecional del juez, ha llevado en algunos casos al exceso de proyectar un derecho penal de tipo clásico, enfaticando una técnica sancionatoria favorable a la pena tarifada.

Más allá de esto —y ciertamente en su mayor parte— las posiciones al interior del *Justice Model* divergen profundamente: van de teorizaciones iusnaturalistas a la Schwendinger (1975) orientadas a un nuevo derecho penal que tutele los derechos del hombre a las hipótesis neocontractualistas que sobre el modelo filosófico de Rawls proponen un nuevo pacto constitucional que sea capaz de determinar los bienes jurídicos a tutelar penalmente y su jerarquía; a las enunciaciones neoliberales de Fogel (1975; 1982) que se inclinan por una radical limitación de la interferencia penal en lo social y por un retorno a los mecanismos privados de resolución de conflictos.

A pesar de ser distantes en sus presupuestos, estas diversas posiciones terminan por relegitimar el rol formal de la igualdad ante la ley, al interior de una realidad profundamente heterogénea y atravesada por fuertes desigualdades económico-sociales. La referencia constante al interés general, al contenido lesivo de ciertas conductas en relación con los intereses materiales de la colectividad, la reproposición del esquema sinalagmático en la justificación de la pena para quien ha violado un acuerdo fundado sobre la reciprocidad, el retorno a las doctrinas del formalismo jurídico, todo ello contribuye a oscurecer la naturaleza fuertemente selectiva y, por tanto, productora y reproductora de desigualdad, del sistema de justicia penal en el reclutamiento de su propia clientela.

El *Justice Model* corre el riesgo de traducirse en un intento ideológico de encontrar un fundamento al derecho de castigar una vez que ha desaparecido aquel formidable aparato justificativo que ha sido el *Social Model* o principio de la justicia social. Este cumple, por tanto, funciones de legitimación de un sistema penal que —depurado de toda instancia social-utilitaria— se ha ido reduciendo a un aparato de mera represión y, como tal, cada vez más necesitado de justificarse en función de los atributos formales de la neutralidad y la certeza (Platt-Takagi, 1977: 2-25).

7. La pena simbólica

Tentativas aparentemente más seductoras — o al menos científicamente más sofisticadas — de dar justificación a la presencia embarazosa del sufrimiento legal, han sido buscadas — en particular en la cultura penal alemana (Jakobs, 1983; Amelung, 1972; Otto, 1975; 1982; Roxin, 1973; 1974; 171-97; 1979: 279-310) — al interior de la teoría sistémica del derecho (Luhmann, 1981; 1983).

Estos enfoques — comúnmente etiquetados bajo el rótulo de la teoría de la prevención-integración o de la prevención general positiva — utilizan específicamente en lo que se refiere a la justificación de la pena la concepción luhmanniana del derecho como instrumento de estabilización del sistema social, de orientación de la acción y de institucionalización de las expectativas. En el centro de su atención está en particular el concepto de confianza institucional, entendida como forma de integración social que, en los sistemas complejos, sustituye las formas espontáneas de confianza recíproca de los individuos en las comunidades elementales (Luhmann, 1974).

El ordenamiento jurídico, según Luhmann, con sus normas abstractas y sus relaciones desresponsabilizantes, termina por sustituir la confianza personal de las organizaciones sociales simples con la confianza institucional propia de aquellas complejas. La institucionalización de las expectativas de comportamiento producida por el derecho tiene de tal modo la función de garantizar la única forma de confianza que hoy es posible en nuestras sociedades complejas. Pero aquello que llama la atención es que esta función de orientación y estabilización jugada por el sistema jurídico es independiente del contenido específico de las normas mismas.

Se asiste así a un significativo desplazamiento del centro de la subjetividad del sistema social del individuo al sistema mismo. La teoría sistémica, de hecho, conduce a atribuir más valor para la estabilidad del sistema social a la producción del consenso y a sus equivalentes funcionales que al principio crítico de la valoración política y ética de los individuos. Sostiene que la violación de la norma es socialmente disfuncional no tanto porque sean lesionados determinados intereses jurídicos protegidos por ella sino porque ella misma es puesta en discusión en tanto orientación de la acción y, en consecuencia, es amenazada la confianza

institucional de los asociados (Luhmann, 1983: 53 y ss.; 1964: 251 ss.; Jakobs, 1983: 28 y ss.).

La reacción punitiva frente a la violación de la norma tiene, en el marco de esta teoría, la única función de restablecer la confianza y de prevenir los efectos negativos que la violación de las normas produce en la integración social.

La teoría sistémica no afirma entonces que se castiga para retribuir un mal con otro equivalente ni para disuadir a los potenciales violadores de delinquir. Se castiga porque a través de la pena se lleva adelante una función primaria que es la de ejercitar el reconocimiento de las normas y la fidelidad en relación al derecho por parte de la mayoría de los observadores. Si el delito es en sí — prescindiendo del bien protegido por la norma violada — una amenaza a la integridad y la estabilidad social en cuanto expresión simbólica de una falta de fidelidad al derecho, la pena no puede ser sino la expresión simbólica que contradice la representación por el delito. La pena es, por tanto, prevención general, porque esta orientada a restablecer la confianza y a consolidar la fidelidad en el ordenamiento jurídico por parte de los terceros y sólo eventualmente también por parte del autor de la violación (Jakobs, 1983: 9).

Así mismo de esta forma en el plano de la teoría de la pena,

a la sustitución simultánea del principio positivo de la prevención especial y del principio negativo de la prevención general. La pena que no reeduca, la pena que no intimida, porque su finalidad es la de producir reconocimiento y fidelidad con respecto a la norma; la pena es por tanto prevención-integración.

En verdad, si bien seductora y refinada, la teoría de la prevención-integración no me parece original. De hecho, remite a las teorías expresivas de la pena y, como todas ellas, a la teoría funcionalista del delito y de la pena de Durkheim. El nuevo fundamento del derecho penal propuesto por Jakobs en el cuadro de la teoría sistémica de Luhmann repone hoy en toda su problemática actualidad y sin sustanciales innovaciones, la "vieja" concepción durkheimiana del delito y de la pena (Marra, 1984: 31-85).

Pero la cuestión nodal no recae tanto sobre el pretendido atributo de originalidad científica de la teoría misma. Más que nada merece ser críticamente estigmatizado el uso instrumental de esta teoría para relegitimar el sistema penal vigente, evadiendo la cuestión de los contenidos — que se protege y como se pro-

tege penalmente— y, más aún todavía, el problema de sus posibles alternativas (qué y cómo se podría tutelar de otro modo). La teoría de la prevención general positiva, al oscurecer el nudo político de la cuestión criminal, es científica —y de alguna manera dice la verdad— cuando denuncia que el actual sistema penal resulta ya inadecuado para perseguir algunas funciones utilitarias, pero al mismo tiempo es ideológica cuando termina por acreditar esta realidad como la única normalidad posible.

8. Radicalismos penológicos

En la sociología crítica del derecho penal la institución del derecho penal en una sociedad desigual es considerada junto a las instituciones de socialización como la instancia decisiva —para decirlo a la Steinert (1973)— del aseguramiento de la realidad social. El derecho penal realiza, en el extremo inferior del *continuum*, lo que otras instituciones de socialización realizan en la zona media y superior del mismo: diferenciar el *status* de los sujetos.

En la zona más baja de la escala social la función selectiva del sistema se transforma en función marginadora. La línea límite entre los estratos más bajos y las zonas de la marginación marca de hecho un punto permanentemente crítico en el cual, a la acción reguladora del mecanismo general del mercado de trabajo se agrega, en ciertos casos, la de los mecanismos reguladores y sancionadores del derecho. Esto se verifica, justamente, en la creación y gestión de aquella particular zona de marginación que es la población criminal.

De esta forma, las normas del derecho penal no sólo se aplican selectivamente, reflejando las relaciones de desigualdad existentes (lo que tradicionalmente se define como la función de clase del derecho penal) sino que el sistema penal ejercita una función activa de producción y reproducción de las relaciones de desigualdad —en este sentido, véanse los análisis críticos de Peters (1971: 93 y ss.; 1973), Goldman (1963) y Feest-Blankenburg (1972).

De hecho, la aplicación selectiva de las sanciones penales, por su naturaleza fuertemente estigmatizante en el proceso de criminalización secundaria, es un momento superestructural esencial para el mantenimiento de la escala vertical de la sociedad. Incidiendo negativamente, sobre todo, en el *status* social de los

individuos pertenecientes a los estratos sociales más bajos, la sanción penal actúa contrastando el ascenso social de estos últimos. Este fenómeno es macroscópicamente perceptible en la función cumplida por la pena carcelaria, tradicional y universal contenedor de la marginalidad económica, social y cultural.

En segundo lugar la punición de ciertos comportamientos ilegales sirve para ocultar un número más amplio de comportamientos ilegales que quedan por tanto inmunes al proceso de criminalización, ésta es una de las funciones simbólicas de la pena, recientemente redescubierta por el análisis foucaultiano pero patrimonio desde hace tiempo de la criminología americana. De modo que la aplicación selectiva del derecho penal tiene como resultado colateral la cobertura ideológica de la misma ilegalidad.

Pero aún más esencial es la función realizada por la cárcel en la producción no sólo de la relación de desigualdad sino también de los mismos sujetos pasivos de ella. Esto resulta evidente si se considera que la relación de desigualdad se da esencialmente como relación de subordinación. Actualmente la cárcel produce, reclutándolo sobre todo de las zonas más deprimidas de la sociedad, un sector de marginalidad social particularmente definido por la intervención estigmatizante del sistema punitivo. Este sector de marginalidad específicamente rotulado, cumple no sólo funciones específicas al interior de la dinámica social "legal", sino también fuera de ella. Piénsese en el empleo de la población criminal en los mecanismos de circulación ilegal de riquezas —me refiero, en este caso, a las investigaciones de Pearce (1976) y de Chambliss (1978).

Las conclusiones a las que arriban estos enfoques se dirigen a individualizar en la sanción penal la punta del *iceberg* de todo el sistema de control social, el momento culminante de un proceso de selección que comienza todavía antes de la intervención del sistema penal, con la discriminación escolar, con la intervención de los institutos de control de la desviación juvenil, de la asistencia social, etcétera.

Más que ser la respuesta de la sociedad honesta a una minoría delincuente, para usar una expresión de Baratta (1982: 185 y ss.), la pena —y en particular la cárcel— es el instrumento esencial para la creación de una población criminal reclutada casi exclusivamente entre las filas de la población marginal y excluida, por tanto, de la sociedad.

9. Aproximaciones tecnológicas

Frecuentemente el léxico técnico de los que tienen responsabilidades en la administración de los castigos legales es revelador de cambios significativos en las prácticas penales. Y, actualmente, este lenguaje no se refiere a sujetos necesitados de tratamiento y de ayuda. En cambio habla de la justicia penal como un sistema que persigue objetivos de eficiencia. Por ejemplo, como diferenciar la respuesta en torno a diversos niveles de peligrosidad e implementar estrategias de control sobre los diversos grupos sociales así diferenciados (Reichman, 1986: 151-72). La retórica del tratamiento es progresivamente reemplazada por aquella del cálculo probabilístico y de la distribución estadística aplicada a las poblaciones que crean problemas sociales (Simon, 1987: 61-86; 1990).

Bajo formas no muy diversas a las propias de las técnicas del seguro, el lenguaje de la utilidad social y del gobierno de los riesgos sociales toma progresivamente el lugar de aquel referido a la responsabilidad individual, al déficit y la prevención especial en las políticas de control social. El lenguaje de la penología tecnológica se caracteriza, por tanto, por un énfasis en la racionalidad sistemática y formal (Heydebrand-Caroll, 1990).

El gobierno administrativo del control penal tiende a convertirse en torno a objetivos sistémicos que radicalmente divergen del uso político-simbólico de la penalidad. De hecho, mientras este último responde socialmente al sentimiento difuso de inseguridad, a la necesidad social de justicia (Melossi, 1988: 13-19) al interior de una construcción social fundada sobre los valores fuertes del castigo y de la censura (Sumner, 1990; Garland, 1990), la gestión administrativa de la penalidad responde, en cambio, sólo a una lógica interna, desvinculada de finalidades extra-sistémicas, en la que la actividad de castigar misma pierde cada vez más significado.

A partir de esta "imagen" del presente es posible trazar una "visión" del control social de la criminalidad en el futuro próximo, en el cual la gestión administrativa de las penas no será más instrumento coherente del mandato social de punir, pues se colocará más allá de la cultura de la pena. Más aun, una administración de las penas que invertirá los paradigmas mismos del uso político-simbólico del sufrimiento legal. Mientras el recurso simbólico del sistema de justicia penal utiliza un vocabulario cuyos

términos más empleados son: imputación, responsabilidad personal, merecimiento del castigo, ejemplaridad de la pena, etc. — en suma, las múltiples expresiones que definen la reducción individual de la dimensión social de los problemas (Baratta, 1984: 5-30; Silbernagl, 1987: 269-314) — la gestión administrativa de las penas ya comienza a hablar otra lengua: no es más aquella de punir a los individuos, sino la de gestionar grupos sociales en razón del riesgo delictivo (Gordon, 1991): no es más aquella de la corrección sino la de optimizar burocráticamente recursos escasos, en la que la eficacia de la acción punitiva no está más referida a los telos externos al sistema (educar, intimidar), sino a las exigencias intrasistémicas (neutralizar, reducir los riesgos). Si el recurso político-simbólico del sistema penal se exalta como instrumento de lucha contra el crimen para su eliminación (y el lenguaje es siempre el de la guerra), el recurso administrativo se contenta con gobernarlo y hacerlo compatible con ciertas condiciones sistémicas dadas.

Todo el arsenal correccional sufre una radical transformación de función y sentido: el tratamiento y la terapia, como la ayuda, pierden toda referencia en relación al fin especial-preventivo. El tratamiento, la terapia y la ayuda devienen herramientas útiles para garantizar el gobierno de la cuestión criminal en niveles compatibles con el sistema de justicia penal mismo. Instrumentos útiles para diferenciar las poblaciones desviadas en razón del riesgo criminal, para incapacitar selectivamente a los más peligrosos, para articular el espectro custodial, para economizar recursos (Feeley-Simon, 1993: 449-74). El uso impropio de la cultura y de la praxis tratamental por parte de la nueva penología es incontestable e irresistible. Solo algunos ejemplos entre los más llamativos.

Durante el largo período de hegemonía de la cultura y la praxis correccionales, la recaída en el delito implicaba la confirmación de la inutilidad de la inversión educativa en la prisión. La reincidencia sancionaba el fracaso. En la etapa de las medidas alternativas, su revocación hacía ilusoria la esperanza de la reintegración social. Hoy, más allá de toda filosofía especial-preventiva, los parámetros que evidenciaban el fracaso son interpretados, en cambio, como indicadores útiles de la eficiencia del sistema penal en su conjunto. Los índices de reincidencia muestran, por un lado, que el sistema penal ha seleccionado correctamente desde el inicio su propia clientela y, por el otro, que sobre

la base del análisis de la exposición a la recaída en el delito por grupos sociales, es posible definir predictivamente las categorías en riesgo y, en consecuencia, diversificar la respuesta punitiva.

Lo mismo puede decirse de las revocaciones de las medidas alternativas: su distribución diferenciada entre diversos grupos sociales, deviene un criterio decisivo de reforma de las políticas penitenciarias y judiciales, en el sentido de que sugiere a las administraciones y a las jurisdicciones los "nuevos" criterios estadísticos a los cuales aferrar el ejercicio de su discrecionalidad. Una discrecionalidad, entonces, que no se ilusiona más con fundarse en observaciones científicas sobre la personalidad, sino que ancla siempre más la propia decisión en un cálculo estadístico de riesgos por poblaciones criminales y grupos sociales desviados, antes que fiarse en el pronóstico sobre el individuo.

El mismo proceso de diferenciación tratamental en la cárcel no responde más a la necesidad de individualización de la ejecución en función de fines especial-preventivos, sino que se pliega progresivamente a las necesidades de usar también la cárcel como variable dependiente en razón de una distribución diversa de los riesgos. De esta forma, el instrumento de la cárcel de máxima seguridad no se orienta más hacia una lógica de incapacitación individual, en tanto respuesta extrema para los culpables de delitos particularmente graves o para los detenidos "subjetivamente" peligrosos, sino que deviene el contenedor para todos aquellos que resultan, en una lógica de incapacitación selectiva, parte de grupos sociales con elevado riesgo criminal.

El sistema de control social de tipo penal mantiene por tanto una amplia gama de modalidades ejecutivas y tratamentales, sólo que este *continuum*, en una época de tipo correccional (*correctional continuum*) en cuanto considerado apto para responder mejor a las diversas necesidades de rehabilitación del condenado, actualmente deviene cada vez más de tipo custodial (*custodial continuum*) para responder mejor a las necesidades de control social en función de la variable del riesgo.

Este enfoque sistémico del gobierno de los criminales refleja un nuevo discurso sobre el crimen mismo y sobre el rol del sistema penal. Los desviados no son más, o son siempre menos, el referente organizativo de saber criminológico, porque la criminología está progresivamente deviniendo un capítulo marginal en el análisis general de la *public policy*. La cuestión en juego no es más aquella tan pretenciosa como ingenua de vencer al delito,

sino simplemente de racionalizar la operatividad de los sistemas que posibilitan "gestionar" la criminalidad. Como felizmente observan Malcolm Feeley y Johnatan Simon (1992: 459): "Las mismas técnicas que son utilizadas para la circulación y distribución de los equipajes en los aeropuertos o la distribución de la ración en un cuartel, pueden ser utilizados para mejorar la eficiencia del sistema penal".